



Ius Comitiālis

ISSN 2594-1356

Año 3
Núm.

5

enero-junio 2020



Universidad Autónoma
del Estado de México



Universidad Autónoma del Estado de México

EQUIPO EDITORIAL:

Director: Joaquín Ordóñez Sedeño
Editora: Adriana Guadarrama Chaparro
Asistente editorial: Andrés de la Cruz Torres
Corrección de estilo: Erika Mendoza Enriquez
Diseño: Iracema Méndez Sánchez

CONSEJO CIENTÍFICO:

Alioune Badara Fall, Université Montesquieu, Bordeaux IV, Francia.
Ernesto F. Garzón Valdés, Johannes-Gutenberg Universität, Alemania.
Gianfranco Pasquino, Università di Bologna, Italia.
José Francisco Jiménez Díaz, Universidad Pablo de Olavide, España.
Juan Pablo Micozzi, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México.
María Martín Sánchez, Universidad de Castilla-La Mancha, España.
Riccardo Guastini, Università degli studi di Genova, Italia.
Roderic Ai Camp, Claremont McKenna College, Estados Unidos.
Rodolfo L. Vigo, Pontificia Universidad Católica, Argentina.
Santiago Nieto Castillo, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Antonio Lazari, Universidad Pablo de Olavide, España.
Michele Taruffo, Università degli studi di Pavia, Italia.

COMITÉ EDITORIAL:

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Enrique Uribe Arzate, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Eréndira Salgado Ledesma, Universidad Anáhuac, México.
Francisco Entrena Durán, Universidad de Granada, España.
Gabriela Fuentes Reyes, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Isaac de Paz González, Universidad Autónoma de Baja California, México.
José Alexander Herrera Contreras, Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Colombia.
José Francisco Báez Corona, Universidad Veracruzana, México.
José Saúl Trujillo González, Unisabaneta, Colombia.
Juan de Dios González Ibarra, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México.
María Guadalupe Sánchez Trujillo, Universidad Anáhuac Mayab, México.
Mélanie Barragán Manjón, Universidad de Salamanca, España.
Olga Alcántara Francia, Universidad de Lima, Perú.
Ramiro Medrano González, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Suga Fumie, Hosei University, Japón.
Tamás Szabados, Eötvös Loránd University, Hungría.
Víctor Manuel Alarcón Olguín, Universidad Autónoma Metropolitana, México.
Wilson Hernández Breña, Universidad de Lima, Perú.
Carlos Alberto Suárez Arcos, Universidad de las Tunas, Cuba.

Con el apoyo de la Dirección de Publicaciones Universitarias
Coordinador de Publicaciones Periódicas: Alain García Peñaloza

Ius Comitidis, vol. 3, núm. 5, enero-junio de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx), Instituto Literario núm. 100 ote., Colonia Centro, Toluca, Estado de México, C.P. 50000; correo electrónico: iuscomitidis@uaemex.mx. Editor responsable: Joaquín Ordóñez Sedeño, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Cerro de Coatepec s/n, Toluca de Lerdo, Estado de México, C. P. 50110, Tel.: 7222144372 ext. 186. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2017-072110; ISSN: 2594-1356, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR). Responsable de la última actualización de este fascículo: Joaquín Ordóñez Sedeño. Fecha de última modificación: 12 de agosto de 2020. Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores responsables de la publicación y de la actualización. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido aquí publicado sin fines de lucro, siempre que se cite la fuente completa y se comparta en términos de la licencia aplicable.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.
Hecho en México, Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx), 2020.

CONTENIDO

- 7 Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho
RODOLFO L. VIGO
- 21 ¿Cuál autonomía de los Órganos Constitucionales Autónomos en México?
El caso del Instituto Nacional Electoral en perspectiva comparada
CÉSAR CANSINO
LUIS ARTURO PATIÑO LEÓN
- 50 La Unión Europea y la Constitución que no entró en vigor
MAURICIO JOSÉ HENRRNÁNDEZ SARTI
LILIANA ANTONIA MENDOZA GONZÁLEZ
KARINA GONZÁLEZ ROLDÁN
- 73 La administración pública frente a la norma inconvencional
SERGIO CARULLO
- 85 El sistema penal acusatorio mexicano como producto del sistema penal
de expansión
JUAN CARLOS DELGADO SILES
RICARDO COLÍN GARCÍA
MARCO ALFREDO RAMÍREZ BARRANCO
- 99 El voto electrónico: su viabilidad en las elecciones mexicanas
MARÍA GUADALUPE GONZÁLEZ JORDAN
- 115 Principales enfoques analíticos de los derechos humanos:
una revisión a su pertinencia metodológica
EDUARDO ELÍAS GUTIÉRREZ LÓPEZ
- 131 Inconstitucionalidad de la norma que otorga al Ministerio Público la
facultad para solicitar la reducción de las penas en el Procedimiento
Abreviado
ALEJANDRO NAIME GONZÁLEZ
LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS
- 149 Funcionarios públicos y su libertad de expresión en materia electoral
dentro de redes sociales
ENRIQUE JOSÉ CHAIRES VELASCO
- 161 El presupuesto participativo en Porto Alegre y la Ciudad de México,
un análisis comparado ante la eventual implementación del presupuesto
participativo en el Estado de México
SANDRA LÓPEZ BRINGAS
- 181 La defensa de los derechos colectivos en México. Un análisis comparativo
STEPHANY CONSUELO SÁNCHEZ ESTRADA
GUSTAVO AGUILERA IZAGUIRRE
- 198 El código de ética de la Universidad Autónoma del Estado de México:
una realidad pertinente
RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS

Editorial

“Es verdad que en ciencia no hay caminos reales; que la investigación se abre camino en la selva de los hechos, y que los científicos sobresalientes elaboran su propio estilo de pesquisa...”

Mario Bunge

El investigador asume una gran responsabilidad y compromiso social que no sólo involucra el indagar y profundizar en su objeto de estudio, sino que, además, tiene la obligación de dar a conocer los hallazgos de su investigación a la comunidad académica. La Revista *Ius Comitiālis*, editada por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) a través de su Facultad de Derecho, cumple la función de brindar a los investigadores, estudiantes de posgrado y académicos en general, la posibilidad de que sus aportaciones sean difundidas, por medio de un proceso de revisión por pares doble ciego (*double blind peer review*) que nos permite garantizar los estándares mínimos de calidad científica y originalidad en cada publicación.

Por tanto, presentamos el fascículo número 5, con la participación de excelentes académicos, tanto nacionales como internacionales, quienes han confiado en nosotros para compartir sus hallazgos teóricos y su experiencia científica. Este fascículo consta de doce artículos en donde se expone una variedad de temas de actualidad acordes a la cobertura temática de nuestra revista:

Primero; se reflexiona sobre la conexión entre la razón y la voluntad del derecho a través de las distintas posturas teóricas y prácticas que han definido estas facultades humanas, Segundo; se realiza un estudio acerca del Instituto Nacional Electoral, desde una perspectiva comparada, que permite evaluar su grado de autonomía como órgano constitucional autónomo, cuyo objetivo es establecer la concordancia o discrepancia entre el discurso y la realidad, Tercero; se lleva a cabo un estudio de la Unión Europea y su Constitución a fin de conocer su origen y evolución para encontrar las determinantes que indujeron a su fracaso y a que no entrará en vigor, Cuarto; se aborda la posibilidad jurisdiccional de que en sede administrativa pueda ejercerse el control de convencionalidad, Quinto; se analiza el sistema penal acusatorio y sus posibles inconsistencias constitucionales que pueden representar una vulneración a los derechos de los justiciables y denotar una falla de la política criminal, Sexto; en el aspecto electoral se presenta el estudio de viabilidad del voto electrónico en México como una forma de hacer frente a los nuevos desafíos derivados de los incrementos de tecnologías de la información y comunicación, Séptimo; desde un enfoque multidisciplinario con una carga preponderante en lo jurídico se contrastan posturas teóricas que permiten abordar los derechos humanos dentro de las ciencias sociales sin omitir el marco metodológico, Octavo; se presenta una revisión exhaustiva del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como de la inconstitucionalidad en la norma relativa al otorgamiento de la facultad al Ministerio Público que le permite solicitar la reducción de penas en el procedimiento abreviado, Noveno; como pilar de la democracia, la libertad de expresión, además de ser un derecho fundamental para garantizar su efectivo ejercicio, es todo un reto ante la aparición de las redes sociales y su uso por parte de funcionarios públicos, Décimo; se retoma el presupuesto participativo en el Estado de México y la forma en la que puede contribuir a la construcción de la gobernanza ciudadana, para ello, se analizan las experiencias que éste ha tenido en otras



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

ciudades para destacar en sus consideraciones finales aspectos positivos y negativos de su regulación en nuestro Estado, Décimo primero; se presenta un análisis comparativo de los derechos colectivos, mediante el estudio de su origen, clasificación y defensa contenida en el sistema jurídico mexicano y de otros países y se reflexiona sobre la figura del interés legítimo en la Ley de Amparo, Décimo segundo; finalmente, se pone de relieve la necesidad de contar con un código de ética dentro de las instituciones educativas, tal es el caso de la UAEM, con el objetivo de que la práctica cotidiana permita la ejecución de conductas acorde a un esquema deóntico.

Cabe mencionar que *Ius Comitiālis* es una revista comprometida en garantizar el acceso libre (*open acces*) del producto de los investigadores y que está incluida en LATINDEX y REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), lo cual ha sido gracias al compromiso y profesionalismo de todo el personal que interviene y contribuye en cada etapa del proceso de edición.

Finalmente, ponemos a consideración del lector el presente fascículo número 5 (enero-junio) 2020, esperando sea de su agrado y que no sólo aporte, sino que también genere elementos para ampliar la discusión en las distintas temáticas que se presentan. La convocatoria de *Ius Comitiālis* para todo aquel interesado en postular trabajos de investigación para su posible publicación y acordes a la cobertura temática está permanentemente abierta.

“Ciencia, Derecho y Democracia”

Adriana Guadarrama

Editora de la revista *Ius Comitiālis*

Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho

From legal voluntarism to practical reason in law

RODOLFO L. VIGO*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

Se analizan las conexiones entre razón y voluntad con el derecho como facultades humanas que han sido definidas de formas distintas por varios autores, dichas precisiones se proyectan al campo jurídico de diversas maneras. Se asocia elementalmente a la razón con la capacidad de conocer “teóricamente” diciendo cómo son las cosas y estructurando razonamientos o “prácticamente” discerniendo y dirigiendo la conducta y la voluntad con la capacidad de querer y concretar las operaciones humanas. En términos kantianos, la razón teórica quiere discernir qué es lo que podemos conocer, mientras que la razón práctica indica cómo debemos actuar.

Palabras clave

Voluntarismo jurídico, Razón práctica, Derecho, Jurisprudencia, Racionalidad.

Abstract

The connections between reason and will with the law are analyzed as human faculties that have been defined in different ways by different authors and those details are projected to the legal field in various ways. It is based on associating reason elementally with the ability to know “theoretically”, saying how things are and structuring reasoning or “practically”, discerning and directing behavior and will with the ability to want and specify human operations. In Kantian terms, theoretical reason wants to discern what we can know, while practical reason indicates how we should act.

Key words

Legal voluntarism, Practical reason, Law, Jurisprudence, Rationality.

*Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe y Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor en la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Austral de Buenos Aires. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Ica (Perú) y por la Universidad María Auxiliadora de Lima (Perú).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>. Correo electrónico: vigorodolfo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Nuestro interés central es la razón práctica, que podríamos también llamar axiológica, moral o ética en tanto juzga desde el bien, o los valores a las conductas y por extensión al resultado de éstas, como normas, instituciones, hábitos, etc. Esa precisión es importante, dado que hay otras modalidades de racionalidad guiando a la praxis, pero en orden a la belleza (razón práctica estética o artística) o en orden a obtener un cierto resultado transformando cosas no humanas (razón práctica pragmática, técnica o utilitaria).

DE TOMÁS DE AQUINO A FRANCISCO SUÁREZ

La teoría jurídica propuesta por el Aquinate proclama la íntima conexión entre el derecho y la razón, ello se verifica al definir la ley como “ordenación de la razón” *“ordinatio rationis”* (Tomas de Aquino, p. 4), y al designar al saber prudencial jurídico como la matriz del derecho. Tal descripción no implica negar la voluntad, dado que siendo su objeto el querer, dicha facultad apetitiva se hace presente para instar al conocimiento, para luego operar o llevar a cabo el acto elegido por el saber práctico prudencial. Por ejemplo, el juez necesita saber cuál es la sentencia justa que debe dictar en ese proceso, y esa pregunta la remite al saber prudencial, pero la voluntad importa en tanto está presupuesto el querer del juez por ser justo, pero, además, una vez que la razón escoge la resolución a dictar, es necesario que el juez proceda a instancia de su voluntad a redactar y firmar la sentencia, y que ella finalmente sea operativa o eficaz. Desde esa teoría inspirada en Aristóteles, la verdad práctica no está en algo exterior al sujeto, dado que ella refiere a la orientación de la conducta que va a realizarse, y por eso consiste en cierta adecuación entre la razón que juzga sobre los medios y la voluntad que quiere el fin o el bien que plenifica al ser humano. La practicidad del saber es algo variable en intensidad, y así ella parece debilitada o en su mínima expresión en el plano de los primeros principios que coinciden con los fines más universales del obrar humano en cuanto orientado a procurar el bien y la consiguiente felicidad; y también alcanzará su máxima practicidad en el plano de las conductas concretas y contingentes, donde, consiguientemente, se encontrará más disminuida, tanto de la necesidad como la certeza de éste. La prudencia opera como una especie de puente-saber entre aquellas verdades más generales y universales, y las conductas contingentes e históricas que procura dirigir, pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, resulta que la prudencia se adquiere ejerciéndola y la memoria respectiva; de ahí que Aristóteles advertía que los jóvenes pueden ser buenos

matemáticos, pero será difícil que sean prudentes. La prudencia jurídica tiene por objeto discernir y dirigir las conductas jurídicas en tanto obligatorias, prohibidas o permitidas según el derecho vigente y válido, por eso, ella se requiere en todo aquel que define derechos y deberes propios o ajenos, con alcance más general (por ejemplo, el legislador) o más concreto (por ejemplo, el juez), de manera heterónoma (por ejemplo, la ley) o autónoma (por ejemplo, un contrato).

Francisco Suárez, y más allá de que retoma enseñanzas de la primera escolástica, también es cierto que en muchas cuestiones toma distancia de la perspectiva estrictamente tomista, y algunas de ellas son muy relevantes. En efecto, y ciñéndonos al campo jurídico, con el jesuita el derecho en su analogado principal queda identificado con el derecho subjetivo, y la ley se asimila a la “voluntad de la autoridad” (*praeceptum commune, justum, stabile, habet promulgata*) (Suárez, pp. 1-12), en tanto, lo esencial pasa a ser la fuerza coactiva derivada del imperio de la voluntad. De ese modo, y sin perjuicio de las morigeraciones planteadas, lo constitutivo de la ley se identifica con el querer del gobernante y lo que él decide y promulga. Ese voluntarismo morigerado suareciano será alimentado y potenciado por otros autores, tal es el caso de Hobbes y Rousseau, y ya en este cualquier resabio de corrección racional queda descartada, a tal punto que puede decirse que la voluntad absorbe a la razón y la pone a su servicio.

En respaldo de esa desconfianza o rechazo de la razón práctica, vendrá la Reforma Protestante (Lutero, Calvino, Zwinglio) a ratificar el voluntarismo teológico insistiendo que lo bueno lo es porque así lo quiere Dios, junto a la advertencia de los riesgos que conlleva para la condena divina el confiar en la razón. Se deja de lado en ese terreno la enseñanza tomista que la fe confirma a la razón y la eleva, conforme a la cual no hay dos verdades sino una, pero a ella se puede acceder por la fe o por la razón. La matriz de la “prudencia” en donde –según la filosofía aristotélica-tomista– se generaba el “saber vivir-bien”, resulta transformada radicalmente con Kant en tanto la prudencia es redefinida en términos vinculados a optar por lo conveniente al interés personal y, de ese modo, pierde la relevancia que tenía en el saber práctico concreto –moral, jurídico o político–. Aranguren en síntesis apropiada escribe: “Se dibujan tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)” (Aranguren J., 1958, p. 327).

EL IMPERIO DE LA VOLUNTAD EN EL ESTADO DE DERECHO LEGAL

Con la Revolución Francesa y el proceso de codificación que Napoleón inicia en 1804, el voluntarismo logra ser consagrado y plasmado en la misma “ley”, o sea en el “derecho”, en tanto éste no es más que lo contenido en aquella. La ley es declarada –conforme a las enseñanzas rousseauonianas del “Contrato Social”, como “infalible” e “incontrolable”, y el fundamento es que formula la “voluntad general” canalizada por el Poder Legislativo. Esa “voluntad general” será soberana y el alma del cuerpo política, mientras que la voluntad individual es el alma del cuerpo humano (André-Vicent, 1963). “*Dura lex, sed lex*” es la consigna para todos los juristas, de ahí que el profesor Mourlon enseñe a los jueces: “un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley. Nada está sobre ella, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto que no se encuentran de acuerdo con la equidad na-

tural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mejor razón ni mejor equidad que la razón y equidad de la ley” (Bonnecase, 1944, p. 160), y Aubry prescriba para el mundo académico: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (Bonnecase, 1944, p. 141). En el derecho privado el contrato es válido y “ley para las partes” en la medida que se ajuste a lo querido por las mismas, y esa voluntad (soberana) expresada con la firma se torna también irrevisable.

El iuspositivismo, primero legalista (escuela exegetica francesa) y luego el kelseniano, son plenamente funcionales a ese Estado de Derecho Legal. Ambas perspectivas coinciden en identificar al derecho con las normas positivas o puestas por la voluntad de la autoridad, de manera que cualquier contenido puede ser derecho en la medida que esté mandado por el órgano competente. También esas teorías postulan que los valores o la moral nada tienen que ver con el derecho, y la teoría pura del derecho se encarga de explicitar un inequívoco escepticismo ético que se expresa al afirmar que la justicia es “un ideal irracional” (Kelsen, 1979, p. 15), y que el objeto de la teoría jurídica se limita a describir el derecho creado “por un acto de voluntad de autoridad humana” (Kelsen, 1979, p. 10). Coherentemente, llega a declarar que “el acto de interpretación jurídica no es de conocimiento sino de voluntad” (Kelsen, 2000, p. 353); es que no hay ninguna posibilidad de acudir a la razón con la pretensión que ella defina la mejor o más valiosa conducta u opción. Muerta o condenada la razón práctica, valorativa o moral, e identificado los juicios que se pronuncian en ese terreno con las emociones subjetivas o irracionales, la única razón que queda (enseñó el positivismo lógico del Círculo de Viena (R. Carnap, 1965; 1985, p. 66) a fines de la década del 20) es la teórica o especulativa, que se limita a describir las cosas por medio de proposiciones demostrativas, verificables o *a posteriori*, o la alternativa de confiar el conocimiento por medio de proposiciones verdaderas por su forma, o sea tautológicas o apriorísticas (propios de la lógica o las matemáticas).

LA REHABILITACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Luego de la experiencia histórica del “mal radical” del nazismo, son muchos los que se preguntarán cómo es posible que la razón permanezca sin ninguna respuesta frente a la evidencia de algo que se capta inmediatamente como contrario al hombre y a su razón. Frente a los que postulan el “derecho” de matar o eliminar a los que pertenecen a una “raza inferior”, ¿la razón está condenada a permanecer en silencio? A partir de esa dramática y básica pregunta, son varios los que vuelven especialmente a Aristóteles y a Kant (cfr. Riedel, 1972-1974) para tratar de reivindicar un espacio a la razón práctica como para que ella se pronuncie y juzgue como buenas (o malas) o correctas (o incorrectas) a ciertas conductas, normas o instituciones.

Los interrogantes e inquietudes mencionados son potenciados cuando ya en tiempos del Estado de Derecho Constitucional la “moral racional” se incorpora al derecho bajo los rótulos de derechos humanos, principios, valores o bienes, e incluso esa materia se reconoce como los criterios axiológicos desde los cuales debe juzgarse al derecho en orden a determinar su validez o invalidez. “La injusticia extrema no es derecho” proclama el Tribunal de Nuremberg, y al hacerlo se reconoce que hay algún límite sustancial que pone la moral o la razón para la existencia del

derecho, y que ese límite puede ser reconocido por cualquier razón humana, de modo que su violación o ignorancia ya no puede ser justificada. Los Tratados de Derechos Humanos reflejan en su redacción aquella confianza cognoscitiva y objetiva de la razón práctica al declarar que ellos no se “crean” sino que se reconocen, que resultan inalienables a cualquier voluntad (incluida la soberana de los Estados) y que tienen vigencia universal.

La filosofía jurídica hoy, al menos en autores apoyados en Kant como Alexy, Atienza, Nino, etc., o avalados por Aristóteles y Aquino como Finnis, Viola, Olle-ro, etc., reconocen que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica, y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental.

Si vamos a Alexy, repasemos algunas tesis de su teoría no positivista, discursiva y dialógica, las que confirman la reconciliación entre el derecho y la razón: “a) el diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad” (Alexy, 2000, p. 257); “b) Los problemas de justicia son problemas morales”, y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia, lo que posibilita superar la emotiva-subjetiva” (Alexy, 2002, p. 85); “c) el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general” (Alexy, 1993, p. 55); “d) la teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación al contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos humanos y la democracia” (Alexy, 2000, p. 238); e) participar en la forma de vida humana más elemental y universal supone recurrir a “aserciones”, o sea “actos de habla con los cuales se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección” (Alexy, 1995, p. 79); f) la doble naturaleza del derecho implica, por un lado, su aspecto real o institucional, o sea lo legal y lo eficaz y, por el otro, su “dimensión ideal o discursiva”; y g) sin metafísica no pueden sostenerse los derechos humanos, y estos se definen como universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, y no pueden “ser derogados por normas de derecho positivo (...) son la medida a la que deben ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (Alexy, 2008). En la teoría alexyana rechazar la conexión entre el derecho y la moral o la razón implicaría la necesidad de aceptar “contradicciones performativas” (Alexy, 1997, p. 44), tales como reconocerles juridicidad a una Constitución que en su artículo primero se propone que las normas jurídicas a dictarse serán ininteligibles e injustas, o a una sentencia judicial escrita en un lenguaje que sólo conoce su autor. Esas normas no sólo resultan disparatadas o absurdas, sino que incurren en una falla conceptual en tanto el derecho formula implícita y necesariamente una pretensión de corrección o de justificación racional.

Igualmente, en Finnis encontramos esa conexión intrínseca entre derecho y razón práctica: a) la filosofía práctica (inescindiblemente incluye al derecho, la moral y la política) es “una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica” (Finnis, 2000, p. 48); “b) El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad (...). El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad (...) para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable” (Finnis, 2000, p. 69); c) los primeros principios de la razonabilidad práctica, o “primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos),

son per se nota (evidentes) e indemostrables (...). No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)”, esos principios *communissima* se comprenden “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones” (Finnis, 2000, p. 68); d) entre esos principios primeros o “bienes humanos básicos” está la “razonabilidad práctica”: el orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno –de las acciones y disposiciones– como en su aspecto externo –correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones; e) junto a esa racionalidad práctica manifestada sustancialmente en los bienes humanos básicos, Finnis afirma el método o el procedimiento para definir aquel plan de vida que nos permitirá “vivir-bien”: plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores, ni entre las personas; desprendimiento y desapego; eficiencia razonable; respeto a todo bien humano básico en todo acto y a las exigencias del bien común; y seguir la propia conciencia; y f) los derechos humanos constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica” (Finnis, 2000, p. 239), ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia (...) una expresión enfática de lo que está implícito en el bien común” (Finnis, 2000, p. 243).

LA RECEPCIÓN DE LA RAZÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia norteamericana tempranamente asimiló, en buena medida, el control de constitucionalidad al control de racionalidad, apelando para ello a las Enmiendas V (1791) y XIV (1868), entendiendo el *due process of Law* no sólo en términos procesales, sino también sustanciales. En Latinoamérica, la jurisprudencia ha ido incorporando progresivamente en el control de constitucionalidad el control sobre el derecho en cuestión sometiéndolo a comprobar su racionalidad o razonabilidad; y, al respecto, en la Argentina la Corte Suprema ha ratificado la tesis que la sentencia debe ser “derivación razonada del derecho vigente a la luz de las constancias de la causa y no producto de la individual voluntad del juez” (Fallos:291-382;292-254;293-176; 302-967;303-120;306-717;320-702,321-1909,323-1019,327-931;333-1273;etc.).

Como ha coincidido sin mayores dificultades la doctrina nacional, el fundamento constitucional de la racionalidad en el derecho, está en los artículos 1 (sistema republicano), 17 (derecho de propiedad), 18 (debido proceso), 19 (principio de legalidad), 28 (principio de razonabilidad), 31 (supremacía constitucional), 33 (derecho innominado a contar con un derecho justificado racional) y en el mandato preambular de “afianzar la justicia”; pero puede aducirse que ese reclamo de armonizar derecho con la razón remite a la necesidad de que el derecho responda a sus exigencias intrínsecas asumiendo un rostro plenamente humano, en tanto pretende que la autoridad brinde razones que justifiquen su ejercicio autoritativo, y por esa vía permita su comprensión, su control y hasta su cumplimiento voluntario, o dicho sintética y omnicomprendivamente, que la totalidad de las normas que integran el derecho argentino no sólo sean vigentes, sino también válidas. Un derecho sin razones justificatorias equivale a suponer destinatarios igualados a animales en tanto incapacitados para conocer el valor de ese derecho, y al consiguiente riesgo de un derecho contra el hombre, su sociedad y sus derechos. En esa mirada hacia el derecho positivo argentino corresponde destacar que el nuevo Código Civil y Comercial recepción

explícita y reiteradamente esa necesidad de un derecho que sea “razonable”, ello se comprueba en los arts. 3, 553, 1011, 1019, 1041 inc. b, 1184, 1685, 1710, etc. En definitiva, lo que se pretende –reiteremos– es que el derecho (cualquiera sea el que lo formule: constituyente, legislador, administrador, juez, sociedad, particular, etc.) vigente sea válido o conforme a la razón, y así pueda ser comprendido integralmente por el destinatario cuando lo somete a verificar su racionalidad.

Vale aquí cuestionar la distinción enarbolada por el iuspositivismo legalista entre “creación” y “aplicación” del derecho, dado que quien pone derecho en algún sentido aplica y al mismo tiempo algo crea, al margen de las magnitudes de esas tareas que se puede constatar en cada sociedad según el régimen político-jurídico establecido. También es oportuno advertir que la presencia de la razón y la voluntad resultan ineludibles en el acto de formulación del derecho, aunque esa presencia puede ser más o menos importante a tenor de las características de la norma dictada y del referido sistema jurídico-político. Por otro lado, la tentación de reclamar racionalidad sólo al juez y tolerar la voluntad del legislador sin control racional, supone postular una imposibilidad casi esquizofrénica, dado que la irracionalidad de la ley contaminará ineludiblemente de irracionalidad a lo que sigue.

SIMPLEMENTE “RACIONALIDAD”

Es cierto que la teoría jurídica ha debatido mucho en las últimas décadas sobre cómo definir a la “racionalidad” y a la “razonabilidad”, y cuáles serían sus coincidencias y sus diferencias. A esa discusión se ha sumado otro concepto en disputa que es el de “proporcionalidad”, con el que pueden comprobarse solapamientos entre ellos. Al margen que hay un uso amplio que asimila la racionalidad al respeto de las exigencias de la lógica, mientras que la razonabilidad se conecta con lo valioso en términos axiológicos, nos parece que la noción más abarcativa puede estar simplemente en la racionalidad, o sea en aquello conforme o ajustado a la razón humana integralmente considerada (tanto teórica, respetando las exigencias lógicas, como la razón práctica: ajustándose a las exigencias nucleares axiológicas, morales o éticas). Las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia argentina resultan compatibles con lo postulado, en tanto admiten que el control de constitucionalidad se ejerce sobre lo “irrazonable, inicuo o arbitrario” (Fallos: 340-1480), o se lo reconoce como un control “de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Fallos: 339-1077).

Al reclamar “racionalidad” en el derecho, no se está pretendiendo una razón sofisticada o sólo instruida científicamente, sino aquella más elemental y extendida que en terminología anglosajona se reconoce como “*common sense*” atribuible a un “*reasonable man*”, aunque con las restricciones y exigencias que pondrá el derecho vigente y válido en esa sociedad. En el artículo 54 del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica (aprobado por las veintidós Cortes Suprema de dicho espacio geográfico) se refleja la tesis aludida cuando se le reclama al “juez íntegro” se comporte de la manera que exige “un observador razonable”. Recordemos e insistamos que en la filosofía clásica esa capacidad para conducir la vida de conformidad al bien humano o al “florecimiento humano” era fruto de la prudencia, y ésta no se adquiría mediante el estudio, sino a través de la experiencia y la memoria, apoyándose en una razón capacitada para identificar la conducta mejor

humanamente hablando, y también en una voluntad habituada a querer también lo mejor. Pretender que alguien cumpla una norma que resulta para un observador razonable notoriamente ininteligible o injustificada, es someterlo a una violencia que la autoridad pueda dar por superada en la medida que exhiba las razones que la respaldan y justifican. Más allá de las zonas grises que suponen aquellos conceptos, ellos también permiten identificar zonas donde claramente se comprueba que el derecho, si pretende asumir un rostro o una matriz humana, debe ser racional y justificado, y si no lo es, termina identificándose con violencia o irracionalidad. Precisamente, las teorías de la argumentación se han abocado a desplegar todo un aparato conceptual destinando a exigir y controlar desde la razón lo mandado por la autoridad. Asimismo, esos reclamos por la argumentación no se han reducido al campo judicial, sino que se han extendido y modalizado respecto a todas las fuentes del derecho. Es cierto que la tarea de los jueces es definir cuál es el derecho vigente y válido, pero a veces al decirlo puede violentar en su misma sentencia a la razón, aunque lo que se pretende es que la jurisprudencia expulse del derecho las normas que contradicen la constitución y al derecho.

RACIONALIDAD COMO VALIDEZ JURÍDICA

Desde esa visión amplia de la racionalidad, quedan comprendidas en la misma, tanto la razonabilidad como la ponderación o la proporcionalidad, e incluso nos parece que aquel concepto puede llegar a identificarse con el de validez jurídica, en el sentido que sólo puede reconocerse como derecho aquello que supera el test de justificación racional. En definitiva, merece ser descalificado o invalidado en términos jurídicos lo que resulta evidente y gravemente irracional.

Estimo que el desarrollo de la jurisprudencia argentina en torno al recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria y los debates doctrinarios al respecto, son un buen banco de pruebas de lo que hemos estado analizando en cuanto a la necesaria conexión entre derecho y razón. Es que cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, la enorme variedad de hipótesis de la arbitrariedad, nos hablan en última instancia de algo que no alcanza a justificarse con la razón o excede el marco de razonabilidad tolerable, y que, por ende, sólo descansa en la voluntad o el poder de alguien. Podemos coincidir con aquellos que descalifican a una sentencia arbitraria por ser contraria a la constitución, pero nos parece que esa descalificación responde a motivos más raigales; en efecto, el problema es ontológico o conceptual, pues sí hemos asociado intrínsecamente al derecho con algo generado por la razón práctica o que no violenta de manera grave y evidente sus exigencias, en el supuesto de comprobarse que aquello que pretende ser reconocido como derecho no logra ser justificado racionalmente, corresponde negarle esa calidad de jurídico. En síntesis, una sentencia arbitraria no sólo no es constitucional, sino que no satisface las exigencias que requiere el objeto derecho.

Desde esa lógica, la teoría de la arbitrariedad perfilada pretoriamente en la Argentina es una teoría sobre la invalidez o incompatibilidad de lo que procura en términos racionales ser admitido como parte del derecho vigente y válido. Veámos en las teorías de Alexy y Finnis que al derecho lo acompaña constitutiva o esencialmente la pretensión de racionalidad y de corrección, de modo que si los jueces –que son los encargados en última instancia de definir cuál va a ser el derecho vigente y válido en la sociedad– comprueban que una norma (constitucional, legal, administrativa, judicial, consuetudinaria, contractual, etc.) invoca juridicidad, pero no

supera el test de justificación racional, les compete a ellos expulsarla del derecho, no obstante, la pretensión de pertenencia que pudo acompañar a su nacimiento por parte del autor respetivo. Junto a esa exigencia ontológica de rechazar como derecho válido a lo evidentemente irracional, el derecho positivo argentino recepta en plena sintonía con un Estado de Derecho Constitucional, que la función judicial consiste en derivar razonadamente desde el derecho vigente y válido la solución para el caso bajo su jurisdicción. Lo que se dice o reclama de la sentencia judicial, corresponde extenderlo a toda manifestación autoritativa o voluntaria que pretende crear derecho, y ello –insistamos– no sólo porque lo reclama la Constitución argentina, sino porque lo exige la naturaleza misma del derecho.

Son varios los autores que han denunciado las dificultades que se enfrentan a la hora de proponer un concepto claro sobre la arbitrariedad en el derecho, y ello responde –pensamos– a que las hipótesis de irracionalidad en el derecho efectivamente pueden ser muy variadas. Recordando que, según Aristóteles, los opuestos pertenecen al mismo género del saber, al hablar de la irracionalidad estamos hablando al mismo tiempo de la racionalidad, más allá que siempre será más fácil identificar lo negativo que lo positivo. Por nuestra parte hemos trabajado un concepto de validez que finalmente se asimila a lo “justificado racionalmente”. Esta conexión se puede encontrar en un autor vinculado a Kant como Nino cuando escribía: “predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar (...). Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia(...) el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas” (Nino, 1985, p. 7). Desde una matriz conectada a un cierto iusnaturalismo, Sergio Cotta ratifica “una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y ésta no puede imponerse, sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir un carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre (...)” (1987, p. 14). Y en estricta fidelidad a las enseñanzas de Tomás de Aquino, Francesco Olgiatti concluye: “(...) decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional –como una banda de malhechores– es antijurídico)” y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*” (Olgiatti, 1977, pp. 51-229).

Insistamos que la normatividad justificada instala a la misma en el derecho gracias a su racionalidad expresada en los argumentos o razones que la fundamentan, la motivan o la respaldan. Dicha tesis conlleva intentar identificar esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma jurídica como para concluir su validez o justificación. Quizás un modo de reconocer la relevancia de lo que estamos hablando, es aludir a la alternativa contraria, o sea que las decisiones se satisfacen con la mención expresa de la voluntad decisoria, resultando inexistente o irrelevante el aspecto justificatorio, pues en el mejor de los casos puede cubrirse ese requerimiento *a posteriori* de la decisión como para satisfacer alguna necesidad institucional. De ese modo, las normas en cuestión sólo tendrían la parte resolutoria del caso o los casos a los que regulan, es decir, las definiciones del estatus jurídico de las conductas implicadas o los derechos que atribuyen o los deberes que imponen; pero no habría estrictamente razonamiento, es decir, no se iría desde premisas o juicios conocidos a otros que llegan a conocerse en virtud de conexiones lógicas. En síntesis,

pura voluntad decisoria y ninguna justificación racional, más allá de alguna fachada justificatoria como para cubrir esas apariencias que dificultan sobradamente la legitimidad del poder respectivo.

Al margen de la hipótesis planteada de ausencia de justificación racional y del rechazo contraintuitivo que suscita, vayamos a la alternativa defendida, que puede ser reconstruida y coincidir con el test de validez o justificación racional de una norma jurídica, y al respecto reconocemos diez exigencias específicas y una más de alcance integral o transversal (cfr. Vigo, 2015, cap. XXII):

1. Racionalidad orgánica (RO): la creación de derecho (público o privado) remite a quien tiene competencia para ello, y resultaría contrario a ese orden exigirle que alguien debe cumplir una norma dada por quien carece del derecho de disponerla; 2. Racionalidad procedimental (RP): la razón está en condiciones de juzgar mejores y peores procedimientos para el dictado de una norma, y el derecho discierne y precisa en ese terreno, por lo que incurre en irracionalidad o injustificación cuando surgen normas violatorias de esas definiciones institucionales; 3. Racionalidad sistémica (RS): las normas jurídicas no están aisladas, y la racionalidad requiere que ellas se ajusten entre sí respetando sus jerarquías, valores y delegaciones, de ese modo en el sistema jurídico hay características sustanciales y formales para las diferentes normas, posibilitando su validez respectiva; 4. Racionalidad lógica-lingüística (RL): sería irracional exigirle que asumiera las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando no tuvo la posibilidad de conocerla o comprenderla dado que ella violenta a la lógica o se expresa en un lenguaje desconocido para él; 5. Racionalidad teleológica (RT): se violenta esta exigencia cuando la norma prescribe un medio determinado dado que busca obtener un cierto fin, pero se verifica la inidoneidad del mismo para tal propósito; 6. Racionalidad científica (RC): una norma no está justificada racionalmente cuando presupone o afirma una contradicción indiscutible con una verdad demostrada científicamente; 7. Racionalidad sociológica (RS): importa invalidación o no justificación imponer jurídicamente comportamientos que suponen violencia frente a costumbre o *ethos* arraigados en la sociedad que no son irracionales; 8. Racionalidad axiológica (RA): frente a lo “extremamente” injusto o disvalioso se pierde la racionalidad y, consiguientemente, la juridicidad; 9. Racionalidad fáctica (RF): una norma jurídica racional incluye exigencias posibles de ser cumplidas por parte de los destinatarios, y estamos en un terreno irracional frente a lo imposible de cumplir; 10. Racionalidad intencional (RI): compromete la validez y justificación racional de una norma cuando su autor tiene actitudes o comportamientos que revelan o ponen sospechas graves de una intención incorrecta o no ajustada a la razón exigida o esperada; 11. Racionalidad prudencial o ponderativa (RP): su objeto es determinar en concreto la medida de la irracionalidad acreditada y si resulta lo mejor optar finalmente por la invalidez de la norma, de ese modo es una exigencia transversal que toma en cuenta las restantes exigencias.

En torno al test de las diferentes racionalidades exigibles para que una norma se entienda como justificada y, por ende, válida y obligatoria, nos gustaría concretar los siguientes señalamientos: a) los requisitos aludidos remiten a la razón integralmente considerada, pues hay exigencias de razón teórica (por ejemplo, lógicas) y de razón práctica (sustanciales: por ejemplo las axiológicas; y también formales: promulgación de la norma; ambas determinándose en un plano general o universal, aunque acotado por el marco institucional aplicable) (Vigo, 2010, pp. 180-190); b) en un sentido amplio podríamos asimilar o subsumir todas las racionalidades en la

denominada axiológica, en tanto su violación conlleva imponer deberes que por no estar justificados racionalmente resultan disvaliosos y pura voluntad; sin embargo, nos parece más claro y preciso acotar dicha racionalidad a la presencia o ausencia de la justicia; c) somos conscientes de las preguntas y problemas implicados en la racionalidad intencional, por ejemplo, respecto al valor objetivo que acompaña al acto justo aunque –como lo demanda la moral– sin habitualidad y sin la intención respectiva, pero de todas maneras, pensamos que la presencia de una intención o pretensión de corrección o justicia, logra preparar, acompañar o garantizar mejor la racionalidad (Sagües, 2002, p. 122); d) quisiéramos subrayar la importancia de la última racionalidad prudencial o ponderativa en tanto su objeto es definir en concreto si la norma se calificará finalmente como válida o inválida, y en ese punto no sólo deberá tenerse en cuenta la magnitud de la irracionalidad, sino también las consecuencias que se derivarán de la invalidación, pues una máxima de la ética clásica muy elocuente es que “lo mejor, puede ser enemigo de lo bueno”; y e) en una rápida lectura de la jurisprudencia argentina nos parece que es posible encontrar sentencias que respaldan a la totalidad de las racionalidades apuntadas, incluso la polémica intencionalidad, comprobándose la matriz –pacíficamente reiterada en la jurisprudencia argentina– que el derecho es incompatible con la irracionalidad grave y evidente.

FUNCIONES O BENEFICIOS DE LA RAZÓN EN EL DERECHO

Reseñemos algunas funciones que resultan beneficiosas para la sociedad y para el mismo derecho reclamar la mencionada justificación racional, admitiendo que en el detalle que sigue es factible constatar redundancias que se mantienen por motivos pedagógicos y de insistencia modalizadas de tesis centrales:

1. Función validante: de ella ya se ha mencionado, por lo que no diremos nada más, aunque reiteraremos la necesidad de que los juristas superen la noción de validez reducida al sistema jurídico y a requisitos formales;
2. Función integradora: una norma completa está integrada por su enunciado deóntico, su interpretación, los casos que se resolvieron conforme a la misma y su respectiva justificación racional, y ésta apelará necesariamente a esclarecer el fin que se busca, y para lograr esa mirada completa de la norma, será muy ventajoso contar con la mencionada justificación.
3. Función previsora: una norma justificada racionalmente potencia la posibilidad de saber anticipadamente la solución jurídica que se les brindará a los casos por ella regulados, pues así se despejan dudas sobre aquellos casos ya decididos en relación con los casos análogos o cómo finalmente pueden resolverse en última instancia.
4. Función sistematizadora: la norma comprendida integralmente facilita la tarea del jurista en orden a configurar el sistema u ordenamiento con las restantes normas o principios, identificando: jerarquías, antinomias y su solución, lagunas e integración, membresías, economía normativa, etc.
5. Función cognoscitiva de la teoría interpretativa: compartimos la tesis alexyana que todo sistema jurídico no sólo tiene normas y principios en donde se encuentra el derecho, sino también define una matriz conforme

- a la cual debe operarse ese derecho, precisamente la justificación racional favorece la comprensión de conocer cuál es la teoría de la interpretación en ese particular sistema.
6. Función economizadora de litigios: normas justificadas racionalmente evitan interpretaciones antojadizas o arbitrarias que promuevan cuestionamientos o dispendio de recursos, especialmente de índole judicial.
 7. Función legitimadora de la autoridad: la indispensable legitimidad o confianza que requiere una verdadera autoridad, se nutre de esa capacidad de sancionar normas autoritativas que revelen el esfuerzo exitoso de una justificación racional de las mismas.
 8. Función concretizadora: fácil es constatar diversas exigencias jurídicas que la razón más universal y permanente justifica como tales, sin embargo, se requiere reforzarlas y concretarlas modalizándolas para un tiempo y espacio determinado por medio de mandatos justificados racionalmente.
 9. Función preventiva de errores: mediante la justificación racional es probable que la autoridad normativa no caiga en ciertos errores que de atenerse sólo a su voluntad o querer resultaría más fácil de incurrir.
 10. Función pedagógica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas, por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de ellas y su eficacia.
 11. Función científica: a la hora de la descripción, interpretación y reconstrucción sistemática que le corresponde elaborar a los especialistas en las diferentes ramas del derecho, constituye al respecto un elemento muy valioso contar con la justificación racional de las normas jurídicas de su interés.
 12. Función estabilizadora: justificando racionalmente las reglas jurídicas es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de éstas y aportar por esa vía a la previsibilidad de respuestas jurídicas generales o concretas.
 13. Función pacificadora: la justificación racional apropiada brinda o posibilita una función persuasiva y no de mero cumplimiento externo por parte de respecto de aquellos que no resultan beneficiados por las reglas jurídicas vigentes y válidas.
 14. Función transformadora en la formación del jurista: nuestras Facultades de Derecho pretenden alumnos en los que se privilegia la capacidad de memoria y se descarta la capacitación y práctica del diálogo racional, pero muy distinta sería esa formación y el plan de estudios si se incorpora la necesidad de la justificación racional.
 15. Función crítica y dialógica: mandatos autoritativos justificados racionalmente permiten que se generen diálogos racionales en tornos a los mismos, en orden a respaldarlos o criticarlos.
 16. Función moralizadora: al inscribir a la autoridad en el ámbito de lo racional, se supera el conflicto moral –apuntado por la teoría kantiana– que supone disponer acerca de la libertad del otro.
 17. Función revalorizadora de la jurisprudencia: la justificación racional requerida por toda regla jurídica incluye al precedente judicial, más aún, su papel resulta imprescindible atento al papel que le compete a los jueces como responsables de decir cuál es el derecho vigente y válido en última instancia.
 18. Función potenciadora de los casos: si mantenemos la idea que la interpretación es reconstruir la voluntad o el pensamiento del legislador como enseña Savigny, perdemos de vista ese indispensable ajuste que requiere toda regla a

los casos que regula y suponemos sólo casos fáciles, pero si nos interesamos por la justificación racional se advertirá cuanto importa en ese terreno un conocimiento verdadero del caso o los casos que la norma regula.

CONCLUSIONES

Luego de esos ciento cincuenta años de vigencia del voluntarismo jurídico en el marco del Estado de Derecho Legal, en donde no se habla de la racionalidad práctica valorativa en el derecho, corroboramos que en la segunda mitad del siglo XX con el Estado de Derecho Constitucional ha cambiado ese paradigma y se pretende que el derecho será reconocido como tal en tanto luzca justificado racionalmente, y concluir consiguientemente, que cubierto dicho requisito es válido y obligatorio. Insistamos que esa pretensión no sólo se dirige a los jueces, sino a todo aquél que crea derecho, incluso si lo crea por medio de normas contractuales patrimoniales. Así, la teoría de la argumentación jurídica procura perfilar en términos racionales cómo debe hacerse toda norma jurídica y qué contenidos resultan incompatibles y cuáles necesarios como para que finalmente se admita como parte del derecho vigente y válido a eso que se ha creado con dicho propósito. En ese marco de racionalidad jurídica, ya no se distingue raigalmente creación y aplicación, ni tampoco ley o resolución administrativa con sentencia judicial, pues lo relevante es que se pretende instituir obligatorios deberes jurídicos. La jurisprudencia argentina en materia de sentencia arbitraria es un interesante y revelador campo de prueba de esa tesis que rechaza o invalida lo que resulta manifiesta y gravemente irracional, y ello no sólo porque lo exige la Constitución, sino porque hay motivos raigales u ontológicos que reivindican un derecho racional.

REFERENCIAS

1. Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
2. Alexy, R. (2008). ¿Derechos Humanos sin Metafísica? En *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho "Ideas y Derecho"*. Buenos Aires.
3. Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
4. Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
5. Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, (43). Pamplona: Universidad de Navarra.
6. Alexy, R. (2002). Recht und Moral. En Harle, Wilfried-Preul, Reiner (eds.). *Ethik und Recht*, N.G. Elwert Verlag, Margurg.

7. André-vincet (1963). La notion moderne de droit naturel et le volontarisme. *Archives de Philosophie du droit* (8). Buenos Aires: Gherzi.
8. Aranguren, J.L. (1958). Ética. *Revista de Occidente*. Madrid: Alianza Editorial.
9. Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México: Cajica.
10. Carnap, R. (1965). *La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje. El positivismo lógico*. México: FCE.
11. Carnap, R. (1985). *Manifeste du Cercle de Vienne*. París: ed. Antonia Soulez, P.U.F.
12. Cotta, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad del derecho*. Madrid: Ceura.
13. Finnis, J. (2000). *Ley natural y derecho natural*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
14. Kelsen, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho*. México: Ed. Porrúa.
15. Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
16. Néstor Pedro Sagües (2002). *Recurso extraordinario*, T.2, Buenos Aires: Astrea.
17. Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
18. Olgiatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Tomás de Aquino*. EUNSA: Pamplona.
19. Riedel M. (ed.) (1972-1974). *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. vols. 2. Freiburg i. B.: Rombach.
20. Suárez Francisco, *De legibus*, 1-12
21. Tomás De Aquino, *Suma Teológica*, I-II.
22. Vigo, R. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho*. Argentina: Rubinzai Cuizoni.
23. Vigo, R. (2010). Dimensiones de la racionalidad judicial. En *Diritto e Secolarizzazione (Studi in onore di Francesco D Agostino)*. Torino: G. Giappichelli Editore.

¿Cuál autonomía de los Órganos Constitucionales Autónomos en México? El caso del Instituto Nacional Electoral en perspectiva comparada

What autonomy of the Autonomous Constitutional Organs of Mexico? The case of the National Electoral Institute in comparative perspective

CÉSAR CANSINO*

LUIS ARTURO PATIÑO LEÓN**



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

El objetivo de la presente investigación es evaluar el grado de autonomía real que los así llamados Órganos Constitucionales Autónomos en México tienen para desempeñarse, pues se presume que hay una distancia entre el discurso con el que las autoridades justifican su condición de autonomía y la realidad cotidiana de su ejercicio. En los hechos, estos órganos sustraen atribuciones nominales a la figura presidencial y realizan funciones estratégicas para el Estado, y se han convertido en arenas de disputa por el poder entre los partidos políticos.

Palabras clave

Órganos Constitucionales Autónomos, Estado, poderes del Estado, autonomía, democracia, Sociedad Civil.

Abstract

The objective of this essay is to evaluate the degree of real autonomy that the so-called Autonomous Constitutional Institutions in Mexico have to perform, as it is presumed that there is a distance between the discourse with which the authorities justify their status of autonomy and the daily reality of their exercise. In fact, while these bodies subtract nominal attributions to the presidential figure and perform strategic functions for the state, have become arenas of power dispute between political parties.

Key words

Constitutional Autonomous Institutions, State, State Powers, Autonomy, Democracy, Society.

*Dr. en Ciencias Políticas. Catedrático-investigador de la CT "C", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

ORCID: 0000-0003-2369-9128. Correo electrónico: politicaparaciudadanos@gmail.com

**Maestro en Ciencias Políticas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

ORCID: 0000-0002-5077-6603. Correo electrónico: Luis_leon_escritor@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La aparición de los denominados Órganos Constitucionales Autónomos (OCAs) es reciente en el sistema político mexicano. Específicamente, se establece su arranque en 1993, cuando se otorga autonomía al Banco de México (BANXICO), al que se suma el Instituto Federal Electoral IFE (hoy Instituto Nacional Electoral, INE) en 1996 y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en 1999. Posteriormente, se otorgó autonomía al Sistema Nacional de Información, Estadística y Geografía (INEGI), la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), el Instituto Nacional de Evaluación de la Educación (INEE), el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI) y la Fiscalía General de la República (FGR), estos dos últimos en 2014. Cabe señalar que un antecedente de esta figura constitucional son las universidades públicas que para efectos legales se conciben como autónomas, como la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), cuya autonomía data de 1980. Sin embargo, como veremos después, las universidades no entran en la categoría de OCAs.

En una primera aproximación, los OCAs son instituciones que desempeñan funciones de regulación, evaluación y control esenciales para la vida económica, política y social del país. Su principal atributo radica en su autonomía, o sea que su actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes. Específicamente, en el caso de México, los OCAs deben cumplir con cuatro condiciones básicas: a) estar establecidos y formalizados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

A la par que la importancia de los OCAs ha venido creciendo en la administración pública, se han multiplicado las investigaciones sobre las condiciones que propiciaron su aparición; la dinámica sistémica bajo la cual se crean y trabajan; la forma cómo se integran sus instancias de dirección; ante quiénes rinden cuentas; el régimen jurídico de sus agentes; su rango dentro de la estructura de poderes del Estado; las relaciones que guardan, en términos de control democrático, con los órganos tradicionales del gobierno, etc. Por lo que a nuestra investigación se refiere, nos hemos propuesto evaluar el grado de autonomía real que dichos órganos tienen para desempeñarse, pues consideramos que hay una cierta distancia o desencuentro entre el discurso con el que las autoridades justifican su condición de autonomía y la realidad cotidiana de su ejercicio.

Para ello, después de examinar su génesis, evolución, desempeño y facultades, se revisará su relación con la sociedad civil, el sistema de partidos y el gobierno. Nuestra hipótesis sostiene que los OCAs, aunque funcionales al sistema político mexicano, exhiben un gran déficit democrático en al menos dos aspectos: a) en cuanto a la legitimidad en la integración y b) en cuanto a su capacidad para conectar al gobierno con la sociedad civil.

LINEAMIENTOS TEÓRICOS

¿QUÉ SON LOS OCAS Y CUÁNDO SURGEN?

Los OCAs son testimonio de una fase de reacomodo constitucional en la que el esquema clásico de división tripartita de poderes parece rebasado. De hecho, son instituciones del Estado no adscritas a ninguno de los poderes constitucionales. La necesidad de que surgieran instituciones ajenas a los intereses particulares de los agentes de Estado, pero dotadas con *ius imperium*, es una especie de enigma constitucional que ha intentado solventarse de diversas maneras. En efecto, la realidad ha demostrado que los agentes del Estado tienden a anteponer sus intereses personales o de grupo al bien común; ninguno de los tres poderes constitucionales está ajeno a dichas dinámicas, máxime en regímenes presidencialistas, donde cada cargo de relevancia está sujeto a aprobaciones de grupos de poder, ya sean partidos políticos, empresarios y el propio régimen. El principio jurídico de que nadie puede ser juez de su propia causa o el dilema administrativo de ¿quién vigila al vigilante? es la descripción básica, y tal vez un tanto rudimentaria, pero fiel de la razón de crear instituciones ajenas a los hombres del poder, pero que cuenten con herramientas jurídicas para hacer valer sus decisiones, que se asumen relevantes para la salud de la vida pública.

Un antecedente remoto de los OCAs es el Ombudsman sueco, tan antiguo como la Ley constitucional de ese país de 1809, el cual se concibe como órgano para supervisar que las conductas de los agentes estatales no violentaran derechos de particulares. Esta figura pareció pasar desapercibida para el resto del mundo por más de ciento cincuenta años hasta que, junto con la ONU (Organización de las Naciones Unidas) y la propagación del discurso de defensa de los derechos humanos, surgieron instituciones omniabarcantes de protección de los mismos, dejando a la figura del Ombudsman como una especie de antecedente escandinavo de contraloría interna, propio del derecho anglosajón y el Commonwealth; mientras las instituciones más recientes de defensa de los derechos humanos son propias de los Estados nacionales (Gil, 2015). Debe remarcarse que en el siglo XX esta figura se propagó en numerosos países: Dinamarca en 1953, Nueva Zelanda en 1962, Gran Bretaña en 1967, Australia en 1972, etc. En México, por su parte, se creó en 1990 la CNDH, como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (Gil, 2015, p. 84).

En adición, García-Pelayo (1981) señala que los antecedentes de los órganos constitucionales están, doctrinalmente, desde finales del siglo XIX, e, históricamente, en la figura de los tribunales constitucionales de diversos países europeos. En opinión de este autor, las experiencias fascistas hicieron reflexionar a los gobernantes de varios países en la necesidad de que el Estado legal fuera remplazado por un Estado constitucional, por lo que debía surgir un órgano revisor de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, a fin de que ninguna de ellas contrariase el espíritu de las constituciones liberales. Es así como surgieron los tribunales de control cons-

titucional, necesariamente autónomos respecto de los poderes tradicionales, pues su función era, precisamente, servir de contrapeso.

Los antecedentes de control sobre los agentes del Estado, y sobre el Estado mismo, se explica sencillamente desde la perspectiva liberal. De los ya mencionados discursos de pesos y contrapesos, y del individuo como átomo de la vida pública, se deriva la escuela politológica estadounidense que promueve un sistema basado en la libre asociación de intereses entre sujetos iguales en relaciones desiguales (Crozier y Friedberg, 1990); situación que posibilita la formación de bloques de intereses oponibles al Estado, a particulares y a otros bloques (Dahl, 2009). A partir de un piso fundamental de derechos individuales se construye un plan racional de vida (Rawls, 1995), en el que la libre articulación de intereses, así como la libertad negativa ante otros particulares y sobre todo los derechos oponibles al Estado, son consustanciales a la libertad.

En suma, los OCAS son un fenómeno del siglo xx, con amplias repercusiones políticas, jurídicas, administrativas y económicas. Son propios de un contexto que puede describirse teóricamente como democrático (Linz, 2006; Bobbio, 1976), con economía de mercado abierto, y con un nivel de competencia real entre partidos (Sartori, 1999); también, como se verá más adelante, suelen surgir en fases de crisis o de oportunidad, ya sean de naturaleza política o económica.¹

La definición de los OCAS contempla dos elementos fundamentales: uno negativo, o sea, no estar adscrito a ningún poder constitucional; y uno positivo, o sea, autonomía constitucional. En efecto, no es común encontrar en la doctrina definiciones de los OCAS, sino más bien conceptualizaciones a partir de una amalgama, a veces tendenciosa, de varios elementos deontológicos.² Al respecto, Ackerman (2005) comenta que existen dos criterios para abordar el estudio de estos órganos: uno minimalista, que se conforma en reconocer como OCAS a los que la Constitución señale como tales; y otro enfoque maximalista, que exige la existencia de ciertos elementos, además de la declaración constitucional, para reconocer a un ente jurídico como OCA; en este criterio maximalista se suelen tomar como ejemplo y punto de partida tan sólo cuatro elemen-

¹ La definición de los OCAS presenta problemas desde su nomenclatura, pues existen diferentes expresiones para designarlos: en Estados Unidos se les conoce como sistemas independientes; en España, como autoridades independientes (Fabián, 2017). Tan sólo en México se les conoce de varias maneras: organismos públicos autónomos u órganos constitucionales autónomos, aunque la primera alusión es más usada en la doctrina jurídica y la segunda en las ciencias sociales y administrativas; también existen otras denominaciones usadas por diversos autores, como órganos autónomos (Carbonell, 2000), órganos de relevancia constitucional (Cárdenas Gracia, 1996) y órganos autónomos del Estado (Muñoz Ledo, 2000). A fin de cuentas, todas estas alusiones se refieren al objeto de estudio de este trabajo: órganos constitucionales del Estado que no se adscriben a ninguno de los poderes tradicionales.

² Castellanos (2015), al estudiar el texto constitucional mexicano tras las diversas reformas del 2013, cita nada menos que 27 elementos que caracterizan a los OCAS, entre los que destacan: 1) mención expresa en la Constitución general de la existencia del ente, sea de su autonomía o de ambas, sea que defina o diseñe su integración o no; 2) fines, objetivos o materia de su autonomía, así como sus atribuciones o competencias e incompetencias; 3) principios constitucionales que rigen su funcionamiento o el del ámbito de su actividad institucional; 4) sistema nacional que se deriva del ámbito de atribuciones o competencias del ente público respectivo, colaboración y coordinación; 5) mayor o menor independencia respecto de sus creadores y de quienes designan o eligen a su titular o integrantes de sus órganos colegiados de dirección y consulta, en virtud del proceso de selección, examen, evaluación, integración y designación o elección de dichos titulares o integrantes que pueden ser individuales o colegiados, pero sin que exista una relación jerárquica o una subordinación formal expresa de sus creadores o designantes, de los que no son representantes ni mandatarios.

tos, que exige el jurista español Manuel García-Pelayo: a) rango constitucional, b) participación en la dirección política del Estado, c) presencia constitutiva y d) relaciones de coordinación con otros poderes (García-Pelayo, 1981). Cada uno de estos elementos puede desglosarse hasta cierta medida, pero no alcanza a cubrir una derivación de más de 20 criterios, como identifica el citado Castellanos. Por su parte, Pedroza enuncia, “entre algunas características” de los OCAs, 19, destacando el punto 9: “para integrar el órgano se escogen a personas con reconocido prestigio y experiencia en la materia de que se trate” (2010, p. 180). Esta perspectiva de considerar a los OCAs como órganos esencialmente técnicos es ampliamente compartida por los especialistas en administración y políticas públicas. Así, por ejemplo, Aguilar Villanueva (2015) menciona que el Estado de bienestar se enfrentó a una doble crisis: económica, por las dádivas deficitarias, y política, consecuencia de la primera. En este sentido, el Estado ha probado ser ineficiente por no haber administrado bien los recursos y por no darse abasto para satisfacer las demandas acumuladas de toda la población. Por tanto, necesita recurrir a servicios altamente especializados que sólo el sector privado puede ofrecer. Este enfoque, denominado nueva gestión pública, postula que la función del Estado es proveer bienes y servicios públicos a través de particulares, incluso es su deber promover el crecimiento de la iniciativa privada. El autor en comento señala que, y esto es lo más remarcable, el problema de los OCAs no es su legitimidad teórica ni quiénes lo integran, sino su eficacia para resolver problemas y ejecutar las funciones asignadas (Aguilar Villanueva, 2015, p. 264). En este discurso transpira, como se verá más adelante, cierta desconfianza hacia los agentes de los poderes tradicionales del Estado.

En cuanto a la autonomía de los OCAs, debemos partir de que su etimología, a saber, facultad de darse leyes propias, no alcanza a explicar nuestro objeto de estudio, es más, resulta contradictorio, dado que ningún OCA se crea a sí mismo en el texto constitucional ni emite su ley general respectiva, pues el primer acto es del Constituyente permanente y el segundo, del legislador. La palabra más adecuada para aludir a la facultad de los OCAs de administrarse dentro del marco jurídico vigente sería facultad reglamentaria, de la cual gozan diversos órganos de los poderes tradicionales, pero en el caso de los OCAs se pretende llevarlo a un grado máximo para que ejerzan sus funciones según el arbitrio, jurídicamente regulado, de sus titulares. No obstante, suelen encontrarse conceptos de autonomía forjados sobre la experiencia y expectativas intuitivas. Así, por ejemplo, Woldenberg define a la autonomía de un OCA como: “la capacidad de la institución para tomar decisiones sin la interferencia de los poderes públicos y los partidos” (2015, p. 141); Córdova, por su parte, dice: “la autonomía se traduce en que los órganos electorales asuman sus funciones y tomen decisiones sin la injerencia del resto de los poderes u organismos del Estado, así como de los partidos políticos y del resto de los grupos de interés públicos y privados que existen y gravitan en la vida y en la discusión de los asuntos públicos” (2015, p. 142); Marienhoff, citado por Matute, señala que autonomía significa “que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella [...]. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse siempre dentro de lo permitido por el ente soberano [...], refleja el grado más alto de no sujeción a normas del ente soberano que puede poseer un órgano incrustado en un Estado moderno” (2015, p. 27).³

³ Pedroza refiere tres tipos de autonomía en los OCAs: “[...] de tipo político-jurídica, en el sentido de que los órganos constitucionales autónomos gozan de cierta capacidad normativa que les permite crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano estatal; administrativa, que significa que tiene cierta libertad para organizarse internamente y administrarse a sí mismo, sin depender de la administración general del Estado; y financiera, que implica que los órganos constitucionales autónomos pueden determinar en una primera

Si bien hay unanimidad académica en el sentido de que la autonomía de los OCAs jamás debe confundirse con soberanía, pues ésta es absoluta y única dentro de un Estado, mientras aquella es relativa y manifiesta en diversos entes dentro de un Estado (Matute, 2015), cabe reiterar que la etimología de autonomía es a todas luces inadecuada para el fenómeno que se quiere describir; a mayor abundamiento, su semántica actual es una categoría política-liberal que pretende impregnar a entes colectivos de un atributo individual, como lo es la libertad. También se debe mencionar que esto es fundamental para entender el discurso que pretende ver, en los OCAs, una evolución de la división de poderes y de la función pública.

En conclusión, los OCAs son entes jurídicos creados a nivel constitucional (Kelsen, 2009), no están supeditados a ninguno de los poderes del Estado y cuentan con lo que la ley denomina autonomía a nivel político, administrativo y financiero.⁴

¿CÓMO FUNCIONAN Y CÓMO SE CLASIFICAN?

Ya se bosquejó que, en términos teóricos, los OCAs son apenas un constructo que responde a una realidad jurídica previa; en este sentido, los esfuerzos de clasificación, taxonomización o tipologización han sido parciales y siempre susceptibles de ser confirmados o desmentidos por la realidad constitucional. Por ello, es comprensible que los autores tomen como punto de partida los elementos esenciales de los OCAs para emprender sus esfuerzos. Recordando el criterio minimalista ya enunciado, se puede emprender una taxonomía a partir del texto constitucional vigente. Así, en el caso mexicano, podemos encontrar en la Constitución los que se señalen como organismos públicos autónomos, órganos autónomos, entidades autónomas, etcétera, y complementarlo con el artículo 72 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, que enuncia a los órganos autónomos considerados como sujetos obligados en dicha ley.

Atendiendo al criterio maximalista, el elemento que más llama la atención es la autonomía de los OCAs, pues de ella se deriva el margen de acción que tendrán con respecto a otros actores. Castellanos (2015) maneja el concepto de “autonomía de longitud variable” para enunciar diversos entes, incluidos sindicatos, partidos políticos y pueblos indígenas. Reta (2015) indica que los antecedentes de los OCAs están en la descentralización administrativa,⁵ mientras que Castellanos (2015) considera que estos órganos asumen competencias sustraídas a los poderes constituidos, por lo que se pueden clasificar considerando cuál de las funciones (judicial, legislativa o ejecutiva) vio reducida su competencia, o bien, según la función que ha sido descentralizada de estos poderes. También es posible realizar esfuerzos que combinen trazos de criterio maximalista y minimalista. Atendiendo al caso mexicano, Martínez enuncia ocho tipos de órganos autónomos existentes: “1) organismos autónomos; 2) organismos autónomos descentralizados del Estado; 3) persona de derecho público con carácter autónomo; 4) órganos reguladores en materia energética; 5) órganos públicos autónomos; 6) órganos autónomos; 7) entidad autónoma del poder legislativo;

instancia sus propias necesidades materiales mediante un anteproyecto de presupuesto que normalmente es sometido a la aprobación del poder legislativo” (Pedroza, 2010, p. 176).

⁴ Según Martínez (2015), la palabra órgano debe reservarse a los entes que no dependen de poder constitucional alguno y tienen confiada una función primordial del Estado, mientras que un organismo es un ente que depende jerárquicamente de algún poder constituido. Asimismo, señala que en el derecho mexicano se usan indistintamente ambas palabras para aludir a entes de una u otra naturaleza, lo que genera confusión y desorden teórico.

⁵ Para Moreno, incluso, “no es clara la diferencia entre los entes descentralizados y los autónomos; no es contundente la frontera entre unos y otros” (Moreno, 2005, p. 93).

y 8) tribunales autónomos” (2015, p. 124). Esta clasificación incluye claramente un criterio maximalista, tomando como núcleo la autonomía.

Por otro lado, la manera en que funcionan los OCAs es, típicamente, a través de un cuerpo colegiado, pero con una persona como titular del órgano, por ejemplo, el INE, que tiene como órgano máximo de toma de decisiones al Consejo General, integrado por once consejeros, pero uno de ellos es el presidente y tiene atribuciones únicas por este carácter.⁶ Al ser órganos esencialmente técnicos, la designación de los integrantes no está sometida a votación popular, por lo que pueden considerarse órganos no mayoritarios (Reta, 2015). Usualmente, el poder Legislativo, en interacción con el Ejecutivo, designa a los integrantes de los OCAs. De factores tales como la prerrogativa de origen de las ternas, la facultad de veto, los escenarios de designación directa, etcétera, depende en gran medida la independencia y la autonomía de los agentes de los OCAs.⁷ Conviene remarcar aquí un aspecto importante: una cosa es la autonomía del órgano en cuestión y otra, la autonomía de los agentes que trabajan en ese órgano; la primera está primordialmente delimitada por el marco jurídico aplicable, mientras la segunda está encausada por las redes temáticas y de políticas públicas, como se detallará más adelante.

Deontológicamente, un OCA no se inscribe en la dinámica verticalista de los poderes tradicionales, sino que responde a políticas horizontales, interactuando con otros OCAs y con los poderes constituidos en una dinámica de par a par; esto nos permite un esquema en que diversos OCAs se exijan, unos a otros, según su materia, el cumplimiento de sus respectivas funciones, a través de la observación de los respectivos marcos jurídicos. Para Matute (2015), los poderes tradicionales responden a valores nacionales, mientras los OCAs atienden a valores internacionales. Esto claramente se inscribe en un discurso de posgobierno nacional (Aguilar Villanueva, 2015) y concibe a los OCAs como los fundamentos de un gobierno global; perspectiva que no suena descabellada si vemos cómo han funcionado las transformaciones de bancos centrales en OCAs: descentralizando la función bancaria de Estados nacionales y reordenándola por bloques económicos regionales y una autoridad global, como son el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM); tendencia que también puede apreciarse en órganos antimonopolio de telecomunicaciones y de atención a derechos humanos.

Asimismo, un OCA es autoridad en su materia, ya sea en lo electoral, lo bancario, las telecomunicaciones, la transparencia, etcétera, el OCA es autoridad para determinar lo legalmente conducente, sin menoscabo de que sus decisiones sean judicialmente recurribles; es decir, el OCA actúa materialmente como poder ejecutivo, aplicando las leyes emitidas por el legislativo, pero sujeto a control jurisdiccional. No es gratuito que la mayoría de los especialistas coincidan en que la creación de OCAs va en detrimento de competencias del poder Ejecutivo.

Huelga decir que, por lo general, el periodo de ejercicio de los agentes dentro de un OCA trasciende el periodo de los poderes Ejecutivo y Legislativo que lo designaron; lo que en México se llama periodo transexenal. Esto con el claro propósito de abonar a la independencia de los agentes de OCAs. Sin embargo, también es frecuente que, al menos en el caso mexicano, por acto legislativo o del Constituyente permanente, se remuevan agentes de OCAs atendiendo a la coyuntura política.

⁶ En rigor, el Consejo General se integra, además, por 8 consejeros del poder legislativo, representantes de partido y un secretario ejecutivo, pero estos sólo tienen voz, y no voto, para la toma de decisiones.

⁷ Para un cuadro descriptivo de la manera en que se designan los titulares de OCAs en el caso mexicano (véase Fabián, 2017, p. 104).

Indefectiblemente, los agentes de OCAs deben rendir cuentas y atender el llamado del órgano legislativo que los designó. Todo procedimiento de responsabilidad, sanción y eventual remoción del cargo debe ser desahogado ante esta instancia. En efecto, debido al déficit de legitimidad democrática de estos agentes de órganos no mayoritarios cobra un alto valor simbólico responder ante el órgano legislativo que los designó.

Los OCAs tienen la atribución y el deber de expedir su propio reglamento, es decir, el tercer nivel de la pirámide de Kelsen (2009). Es en este punto que se manifiesta en su mayor intensidad el principio de autonomía, pues ya no es el Constituyente ni el legislador el que emite las normas, sino los propios agentes del OCA los que, en ejercicio de acción colectiva, cumplen con este deber legal de otorgarse sus propias normas internas.

¿CÓMO ESTUDIAR LA AUTONOMÍA DE LOS OCAS?

Para fines de análisis en un caso específico, el tema de la autonomía de los OCAs admite varias lecturas y/o enfoques. En particular, aquí se considerarán cuatro perspectivas teóricas: a) calidad democrática, b) contrademocracia, c) oxigenación política/descompresión política y d) ciudadanización política.

Por lo que respecta a la noción de calidad democrática, cuya elaboración más acabada se debe a Morlino (2005), si una democracia ha de calificar como una buena democracia o una democracia de calidad deberá cumplir cuando menos con los siguientes requisitos: a) Estado de Derecho (*rule of law*), b) rendición de cuentas (*accountability*), c) reciprocidad (*responsiveness*), d) libertad (respeto pleno de los derechos que se extienden al logro de un espectro cada vez mayor de libertades), y e) igualdad (implementación progresiva de mayor igualdad política, social y económica). Así, concluye Morlino, “una democracia de calidad es aquella que presenta una estructura institucional estable que hace posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos” (2005, p. 11). En virtud de esta definición queda claro que una democracia que no involucra a los ciudadanos en los asuntos públicos mediante instancias autónomas de control y observancia, como los OCAs, que coadyuven a materializar el principio de la transparencia del ejercicio del poder, no califica como una democracia de calidad, pues está negando a los ciudadanos un derecho político fundamental.

Lo que habrá que analizar en todo caso es si los OCAs son realmente, ahí donde ya se han introducido, autónomos en su desempeño respecto de los agentes del Estado y los partidos políticos, dado que se conciben como instancias de control y revisión de los poderes estatales. Más específicamente, acorde con los indicadores de calidad de la democracia, la pregunta es: ¿cuánto abona la incorporación de OCAs en una democracia a fortalecer los derechos humanos, la transparencia, la integridad electoral, entre otras competencias que normalmente desempeñan estos órganos autónomos? Para ello, es importante establecer en qué condiciones se crean los OCAs y qué tan justas son las prerrogativas legales que contemplan, las condiciones de elegibilidad de sus agentes y los derechos y las obligaciones que los rigen.

Por lo que respecta a la noción de contrademocracia, introducida originalmente por Rossanvalon (2006 y 2007), se refiere a todas las expresiones sociales que, nacidas de la desconfianza hacia la democracia electoral-representativa, se han venido constituyendo como contrapesos en las democracias realmente existentes, con el propósito de velar que el poder sea fiel a sus compromisos y buscar los medios que permitan mantener la exigencia inicial de un servicio al bien común. De acuerdo con Rossanvalon, tal desconfianza democrática se expresa y organiza en tres moda-

lidades: a) los poderes de control (*surveillance*), b) las formas de obstrucción y c) la puesta a prueba a través de un juicio. En síntesis, la contrademocracia es una forma de democracia que se contrapone a la democracia representativa, es la democracia de los poderes indirectos diseminados en el cuerpo social, es la democracia organizada frente a la democracia de la legitimidad electoral. Obviamente, el impacto de la contrademocracia es mayor en la medida que las sociedades contemporáneas están caracterizadas estructuralmente por una erosión general del papel de la confianza en su funcionamiento. De acuerdo con esta definición, los OCAs son una expresión más de la contrademocracia, o sea, formas organizadas de intervención del poder para conducirlo hacia el bienestar común. Sin embargo, en estricto sentido, poseen un carácter anfíbio, pues al tiempo que cumplen funciones de control y observancia del poder con una cierta impronta ciudadana, también son instancias del propio sistema y, por ese hecho, se vuelven parte de la desconfianza social, al menos hasta que su desempeño deje de ser consecuente con los resortes que motivaron su creación.

Lo que habrá que analizar en todo caso es qué tanto los OCAs mantiene su condición de contrapoder o si de ellos sólo cabe esperar su sumisión a las reglas del juego político, con lo que terminan siendo piezas del sistema, incapaces de controlarlo y acotarlo. En ese caso, ¿cuál es el impacto real que los OCAs pueden tener sobre el sistema político y la vida democrática de un país?

Por lo que respecta a las nociones de “oxigenación política” y “descompresión política”, acuñadas por Cansino (2008 y 2014), se emplean en el marco más general de los procesos de transición/instauración democrática desde regímenes autoritarios y con ellos se busca establecer una serie de criterios que permita identificar y medir en casos concretos qué tanto el quehacer político se desintoxica de los usos y las costumbres largamente dominantes en el pasado autoritario y qué tanto comienzan a emerger en el nuevo ordenamiento postautoritario lógicas de acción política más acordes a las normales y cotidianas en las democracias. El concepto de oxigenación política alcanza su mayor potencial explicativo en el caso de transiciones democráticas continuas, o sea, pacíficas, negociadas, ordenadas y graduales, como las que ocurren por la vía de la alternancia, pues en estos casos, las transiciones son tan continuas que no presentan grandes rupturas con el pasado, lo que obliga a introducir criterios más finos y sofisticados para observar los avances y los retrocesos democráticos que los que usualmente se emplean para analizar transiciones discontinuas donde la ruptura entre lo viejo y lo nuevo no deja lugar a dudas.

Al respecto, la lógica sugiere que la alternancia política desde un régimen de partido hegemónico o único se traduce invariablemente en transformaciones en el ejercicio del poder; es decir, en las formas de tomar decisiones, en las interacciones del gobierno con los demás poderes y actores políticos, en el apego a las reglas escritas, en la rendición de cuentas, en la comunicación social, en el uso de los recursos públicos, y en un interminable número de aspectos. En algún sentido, con la alternancia y el pluralismo, la política se airea o ventila; es decir, comienzan a emerger prácticas más acordes a las presentes en las democracias. A este proceso inherente a la alternancia de reconversión de las prácticas políticas, de inclusión real o simbólica de la nueva pluralidad en el ejercicio público, de configuración de nuevos pesos y contrapesos políticos, bien puede llamársele oxigenación política. En efecto, un aparato de poder anquilosado por la ausencia de cambios y desafíos, dominado por prácticas consuetudinarias inamovibles heredadas de una generación a otra, de un gobierno a otro, de un cacique a otro, se ve de pronto sacudido por nuevos aires políticos que van poco a poco ocupando y sustituyendo los espacios de poder antes incólumes y aireando las viciadas prácticas del pasado.

Cabe señalar que con frecuencia la alternancia política por sí sola no garantiza una efectiva oxigenación política, sino que las transformaciones son más bien aparentes o superficiales. En ese caso, puede hablarse de descompresión política, o sea, de estrategias desarrolladas por las élites políticas para liberalizar al régimen en sintonía con la percepción social que reclama cambios en la política institucional, pero sin perder el control del proceso. De ahí que el análisis de la oxigenación política en casos concretos debe establecer con precisión el alcance real de los supuestos avances políticos que conlleva la alternancia política en un país; es decir, si efectivamente la circulación de nuevos partidos en el poder ha sido decisiva en el reemplazo de viejas prácticas y comportamientos políticos propios de los tiempos de hegemonía o dominancia de un partido o si las transformaciones han sido más bien cosméticas o superficiales. En otras palabras, se trata de establecer la relevancia y la profundidad de los cambios políticos aparejados con la alternancia en el poder para colocar a esta última en su justa dimensión respecto de las otras tareas pendientes en una transición/instauración democrática, tareas ineludibles si realmente se aspira a consolidar la nueva democracia.

En el caso de los OCAs, lo que habrá que analizar es si su inserción legal obedece a la necesidad de, y contribuye genuinamente a, fortalecer la participación de los ciudadanos en favor de la democratización del país, o si es un mecanismo más de una élite política cada vez más cuestionada y confrontada, y por ello obligada, igual que en otras ocasiones en el pasado reciente, a oxigenar artificialmente la política mediante una estrategia de descompresión controlada, en aras de mantener su centralidad en el sistema político y neutralizar el conflicto presente o latente por la ausencia de canales institucionales para la expresión del malestar social.

Finalmente, la noción de ciudadanización política ha generado una abundante literatura en los últimos años. De hecho, existen muchos conceptos para referirse a lo mismo: empoderamiento de la sociedad, democracia participativa, desestatzización de la política, etcétera. El hecho es que, como hemos sostenido en otras sedes (Cansino, 2009 y 2010), las democracias realmente existentes han visto en su seno procesos más o menos significativos de democratización, entendiendo por ello la ampliación de prerrogativas ciudadanas y de la centralidad de los ciudadanos por el simple hecho de externar en el espacio público sus inquietudes y reclamos. En ese sentido, la irrupción de OCAs en las democracias contemporáneas es parte de una tendencia a nivel global hacia un mayor control social sobre el ejercicio del poder político, particularmente en los temas que tienen que ver con derechos humanos, transparencia, elecciones, educación, etcétera. En los hechos, los OCAs materializan reivindicaciones ciudadanas legítimas y canalizan la desconfianza y el desencanto de la ciudadanía hacia las estructuras de autoridad. Sin embargo, al mismo tiempo, en teoría, dotan de legitimidad al sistema político en su conjunto, pues los gobernantes se muestran sensibles hacia los reclamos ciudadanos, generando mayores espacios para canalizar sus exigencias y demandas.

Lo que habrá que analizar en todo caso es qué tanto los OCAs favorecen a la sociedad y qué tanto a la clase política, ya sea para legitimarla o como una estrategia de disidencia controlada, o sea, operaciones de ingeniería social que funcionan como válvulas de escape que permiten expresar o canalizar demandas populares y a su vez utilizarlas hábilmente para que las élites sigan siendo élites. Más específicamente ¿qué tanto los OCAs fortalecen la ciudadanización de la política o qué tanto constituyen un medio más para la circulación de las propias élites políticas?

Hasta aquí los aspectos que habrá que considera en el análisis de la autonomía de los OCAs. Pero antes de ello, conviene ubicar histórica y temporalmente el tema en el caso que nos ocupa.

OCAS EN MÉXICO: GÉNESIS Y EVOLUCIÓN

El surgimiento de OCAs en México se presenta hasta finales del siglo xx, cuando el Estado mexicano atravesaba una severa crisis económica y de legitimidad, muy bien descrita por Aguilar Villanueva (2010) y Cansino (2000). Si bien suele atribuirse al sexenio de Carlos Salinas de Gortari la creación de OCAs –como el IFE en 1990, la CNDH, en 1992, y el otorgamiento de autonomía al BANXICO, en 1993–, la realidad es que en dicho sexenio sólo se crearon los antecedentes administrativos del órgano electoral y de derechos humanos. Dicho de otra manera, esas funciones se descentralizaron, pero no abandonaron la jerarquía del poder Ejecutivo. Así, el IFE fue creado en 1990 como un órgano especializado en materia electoral, pero sin autonomía (Ackerman, 2007, p. 54), la cual llegaría hasta la reforma de 1996 (Moreno, 2005, p. 72). Por su parte, la CNDH fue creada por ley en 1992 como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, pero se le otorgó autonomía constitucional hasta 1999 (Moreno, 2005, pp. 84-85). La autonomía que sí puede atribuirse al sexenio de Salinas de Gortari es la del BANXICO (1993), mientras la de los otros dos organismos del siglo xx debe atribuirse al presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, lo anterior considerando el régimen presidencialista mexicano, que atribuye al Ejecutivo la paternidad de los cambios constitucionales y legales (Carpizo, 2002), máxime contando con mayoría legislativa, como la tuvieron los presidentes mencionados. No obstante, como antecedente excepcional se debe mencionar a la UNAM, que adquirió su autonomía a nivel de ley orgánica en 1929, y a nivel constitucional, hasta 1980.⁸

El panorama político mexicano de finales del siglo xx, a partir de la cuestionada elección de 1988, puede describirse como una transición entre lo que Sartori (1999) denomina sistema no competitivo con partido hegemónico (p. 276 y ss.) a uno de competencia electoral con partido predominante (p. 245 y ss.). Como todas las reformas a los OCAs pasan, tanto en lo constitucional como en lo legislativo, por los diputados y los senadores federales, es pertinente ampliar el estudio del contexto en que se consolidó el pluralismo partidista en ambas cámaras.

Según Becerra y Woldenberg (2000), el proceso de democratización mexicano comienza con la reforma electoral de 1977, que sustituye el sistema de inclusión de minorías partidistas a través de la figura de diputados de partido, por un sistema mixto, de representación plurinominal con un claro preponderante uninominal, quedando en 300 diputados uninominales y 100 plurinominales. Como señala Moreno (2014), las reformas constitucionales y legales que pueden considerarse democráticas no son una graciosa concesión dentro de un sistema autoritario, sino que responden a la presión social ejercida sobre el sistema político. Caballero (2000) señala que la creación teóricamente desordenada de los OCAs se debe, en gran medida, a las presiones sociales que se ejercieron. En el caso de la reforma electoral de 1977, el presidente priista en turno, José López Portillo, venía de ganar la elección del año pasado, siendo el único candidato registrado; además, se requería una renovación de la oferta política para disuadir a los dirigentes de las guerrillas aún operativas. El cargo de diputado plurinominal,

⁸ Según Castellanos (2015, p.98), también deben considerarse como OCAs a los pueblos indígenas, partidos políticos y sindicatos. Aunado a que esta afirmación no es compartida por el grueso de la academia, estas entidades no siguen la ruta típica de descentralización de función estatal, que en este trabajo se considera fundamental para distinguir a un OCA.

como la experiencia habría de demostrarlo, fue un excelente instrumento de persuasión y disuasión para el régimen. Así se inauguró una praxis presidencialista mexicana mediante la cual se desahoga en cada sexenio una reforma electoral, a aplicarse durante dos procesos electorales: las elecciones intermedias del propio sexenio, y las elecciones presidenciales para elegir sucesor. Lo más relevante de la reforma de 1977 es que abrió la puerta a una dinámica política que Becerra y Woldenberg (2000) consideran de conformación de un Estado de partidos,⁹ implementada en dos fases: la primera fue de creación y la consolidación de partidos, donde lo importante era convencer a los actores de que la vía partidista y pacífica era la correcta para incidir en la vida del país; la segunda, a partir de la reforma de 1994, fue de autorrefuerzo del sistema de partidos, en que los mismos negocian sus votos como iguales, principalmente en la mesa de reforma electoral, para redistribuir el peso electoral partidista y reforzar el sistema de partidos como el único políticamente viable.¹⁰ Por su parte, Cansino (2016) considera que son las élites políticas las protagonistas de los cambios, antes que las dinámicas populares: “Es decir, la base del cambio político se encuentra en las negociaciones, compromisos y acuerdos gestados por las élites políticas, más que en otros posibles mecanismos” (p.24).

¿Quiénes son, pues, los actores que participaron en la conformación del IFE, y de los OCAs en general, a finales del siglo XX? ¿Son un producto de las élites o de las exigencias sociales? Revisando los textos citados de Becerra y Woldenberg y Ackerman, y los de actores directamente involucrados, como Woldenberg (2007) y Baños (2009), se percibe un discurso en que suele confundirse el pluralismo con democracia, en el que las exigencias sociales y las coyunturas políticas son un paisaje en el que los actores de partidos negocian porcentajes, comas y preposiciones cada seis años. Trabajos más especializados, como el de Moreno (2016), tampoco establecen una relación clara de flujo entre los subsistemas social, político y económico, para determinar una causalidad entre expresiones generalizadas de descontento popular y cambios políticos; antes bien, parece que bastaría una confluencia en el tiempo para incluir un fenómeno social, o varios, como causa de un cambio político. Enfoques sociológicos como los de Tarrow (1997) y Tilly y Wood (2010) ofrecen una solución, al proponer tácitamente a los líderes de movimientos sociales como actores políticos. Sin embargo, en el caso mexicano no se distingue a ningún movimiento detrás de la creación de algún OCA, ni en el siglo pasado ni en el presente; y si algún exdirigente de movimiento social o guerrilla incidió en las reformas es porque representaba a algún partido, ya que, precisamente, lo que sí consta en los autores mencionados es que, en cada reforma electoral, agentes de partidos políticos siempre negociaron en función de sus propios intereses y de partido.

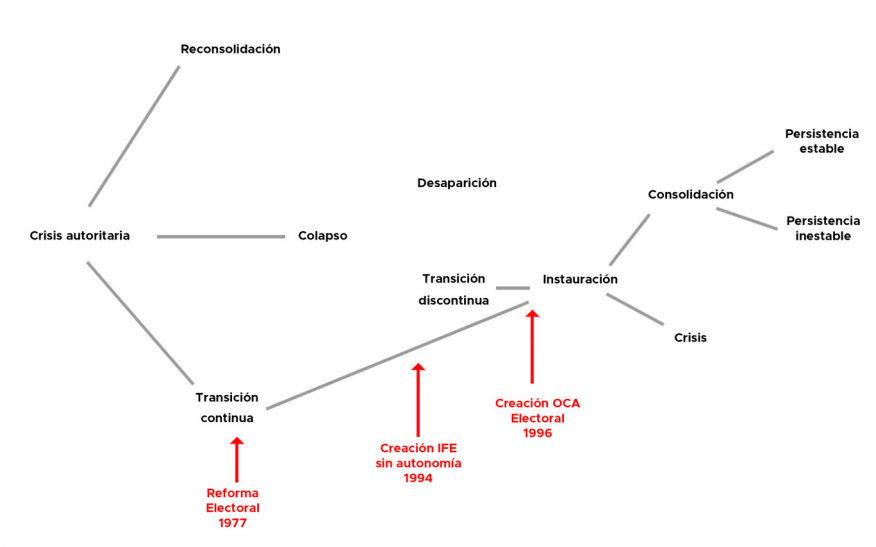
Retomando a Cansino, existen dos tipos de cambio político: la liberalización política y la democratización. Mientras que la liberalización es “un proceso de apertura gradual y controlada de un régimen autoritario, puesto en marcha por la propia élite en el poder como respuesta institucional a la emergencia de factores que ponen en riesgo la estabilidad o la propia continuidad del régimen”, la democratización es “un proceso de efectiva ampliación de derechos políticos y civiles, producto de acuerdos o negociaciones entre (y reconocimiento de) prácticamente todas las fuerzas políticas actuantes, cuyo desenlace lógico lo constituye la instauración de

⁹ Para el desarrollo de este concepto véase Sartori (2002, pp. 43 y ss.) y García Pelayo (1996).

¹⁰ La teoría de acción colectiva de Crozier y Friedberg (1990) explica de manera satisfactoria esta dinámica, en que diversos jugadores políticos comparten la mesa electoral, para negociar como jugadores iguales sus respectivos y desiguales pesos electorales.

un arreglo institucional, normas y valores reconocidamente democráticos” (2016, pp. 63-64). Asimismo, y apoyándonos en Morlino (apud Cansino, *ibid.*, pp. 86-87), la aparición de OCAs en México se dio en el momento de cambio político entre un régimen autoritario a uno democrático, más concretamente, en una fase de transición continua, hacia la fase de instauración democrática, en lo cual coadyuvó de manera destacada el IFE, pues en las primeras elecciones presidenciales como OCA, se dio el cambio de partido en el poder, en unas elecciones en lo general libres y correctas, cuyo resultado no fue cuestionado por ningún actor político, ni por la prensa o la opinión pública.¹¹ A partir de ese año, se confirmaría lo que se vio desde las elecciones intermedias de 1997: la inserción de México en una dinámica de gobierno dividido (Castellanos, 2015, p. 97).

Cuadro 1. Descripción temporal de las reformas electorales más relevantes para la transición mexicana, siguiendo el modelo de Morlino (2005)



Fuente: Diagrama en negro original de Morlino, citado por Cansino (2016, p.87). Alteraciones en rojo, elaboración propia.

Como podrá notarse, se acepta la consideración de Becerra y Woldenberg, en el sentido de que la reforma electoral de 1977 inició una dinámica de cambio político que conformó un Estado de partidos. Esto es compatible con Aguilar Villanueva, en el sentido de que este cambio político se produjo en el contexto de una crisis del Estado de bienestar, que tuvo un inicio económico y derivó en una crisis de legitimidad. Asimismo, siguiendo a Sartori, el caso mexicano de la década de los ochenta debe considerarse como uno de partido hegemónico, es decir, sin condiciones democráticas. Tenemos entonces, en el México de los ochenta, un régimen autoritario en crisis. Ahora bien, como señala Cansino, la respuesta del Estado fue un proceso de liberalización orquestado por las élites

¹¹ Evidentemente, este enfoque de transición democrática funciona sólo atendiendo al sistema de partidos. Bajo un modelo de élites quedaría por demostrar que el PAN y el PRI son élites distintas y con valor independiente, y no solamente agentes políticos de otra élite económica. Más sobre el enfoque de transición democrática en el México de finales de siglo xx, en Castellanos (2015, pp. 96-97) y Cansino (2000).

políticas. En vistas de la alternancia presidencial ocurrida en el 2000, se puede afirmar que este caso de liberalización derivó en un caso *sui generis* de instauración democrática; donde nunca hubo una reforma integral a la Constitución, pero sí se avanzó en la representatividad y la competitividad democráticas. Para efectos de este trabajo destaca, por supuesto, el papel preponderante que desempeñó el OCA denominado IFE, cuya evolución, a través de numerosas reformas, refleja la génesis partidista de este órgano, a pesar de los declarados intentos por ciudadanizar su composición.

Como se ha mencionado, el contexto de transición democrática es el que atestiguó la creación de los tres OCAs del siglo XX. Si nos atuviéramos a la ilación de Morlino, los numerosos OCAs mexicanos del siglo XXI deberían ubicarse en la zona de instauración democrática. El problema principal para definir esta cuestión es que, dada la autonomía de los OCAs, es posible establecer líneas paralelas en que la crisis del sistema político no necesariamente es la crisis de un OCA, como el BANXICO; como veremos más adelante, los OCAs tienden no sólo a descentralizar, sino a segregar funciones estatales, con lo cual la categoría de sistema político tendría que actualizarse para incluir a los OCAs. No obstante, hay elementos para afirmar que, en el caso mexicano, los OCAs surgieron en el contexto de transición democrática. La aparición de estos órganos en México puede encuadrarse de manera general en dos momentos u oleadas: a) el primero, a finales del siglo XX, y b) el segundo, en 2013. Para fines de análisis, dado que nuestro interés es examinar sobre todo al IFE/INE, nos concentraremos en los OCAs del primer momento.

La percepción de fraude electoral tan arraigada en México desde la creación del viejo régimen y en particular desde la así llamada “caída del sistema” en 1988 explican en buena medida la creación del IFE, como respuesta al déficit de credibilidad sobre la actividad electoral organizada por la Secretaría de Gobernación. Por su parte, la autonomía del BANXICO o la creación de la CNDH responde a otras razones, como el proyecto de Salinas de Gortari de modernizar al país para aspirar a dirigir la Organización Mundial de Comercio (OMC), aunque fueran reformas más cosméticas que reales, si recordamos que el IFE y la CNDH tuvieron autonomía hasta el sexenio siguiente.

Por lo que respecta a la segunda oleada de creación de OCAs, en los sexenios en que gobernó el PAN se crearon la COFETEL y el IFAI, ambos a nivel de ley; fase análoga a la creación a nivel de ley de la CNDH y el IFE, en el sexenio de Salinas de Gortari. Después de algunos años, tras varias reformas a dichas leyes, tras haberse observado su relevancia y utilidad para la vida nacional, así como la necesidad de separarlos de la esfera de influencia del Ejecutivo, se les otorgó autonomía constitucional. Este proceso típico de la vida institucional de un OCA en la praxis mexicana se puede expresar como sigue: a) fase de crisis (de credibilidad o legitimidad) de una función estatal específica; b) fase de descentralización de esa función pública (traducido jurídicamente en la creación de un órgano mediante ley federal); c) fase de observación, que podemos desglosar en: 1) de su legitimación por toma técnica de decisiones, 2) de su relevancia para la vida pública, 3) del asedio que reciba por parte de intereses políticos, sociales y económicos; d) fase de otorgamiento de autonomía a nivel constitucional, y; e) fase de constante rediseño constitucional y legal, pero jamás extinción.

El diagrama ilustra la evolución de la autonomía de los entes creados a través de cinco fases:

- Fase I:** Crisis de una función estatal específica
- Fase II:** Descentralización de esa función
- Fase III:** Observación del ente creado
- Fase IV:** Otorgamiento de autonomía a nivel constitucional
- Fase V:** Revisión y rediseño constitucional y legal del órgano

Las fases están conectadas por flechas horizontales de puntos suspensivos, indicando un desarrollo irreversible. Una línea horizontal superior, compuesta por segmentos de líneas sólidas y de puntos suspensivos, representa la línea de incidencia permanente. Una flecha vertical bidireccional conecta la Fase III con el texto "Revisión y rediseño legal del órgano". Una flecha vertical ascendente conecta la Fase IV con el texto "Presiones sociales, políticas y/o económicas".

Legenda:

- > Desarrollo irreversible
- > Línea de incidencia permanente

Tal parece que la dinámica descrita explica de forma consistente la vida de todos los OCA México, desde la UNAM hasta la COFETEL, pasando por el INAI la CNDH, BANXICO, IFE-TEL, Fiscalía General, etcétera. El único OCA que escapa a esta dinámica es el INEE, que omitió los incisos a, b y c, para aparecer súbitamente con autonomía constitucional.¹²

EL ESTUDIO DE CASO: IFE/INE

a) *Fase de crisis de una función estatal*. Como señala Moreno (2014), la reforma electoral de 1977 fue consecuencia directa del déficit de legitimidad con que llegó el presidente López Portillo al poder. Como ya se señaló, las presiones económicas sobre el Estado mexicano desde finales de la década de los setenta habían derivado en crisis de legitimidad. Ya entrando en un contexto inmediatamente previo a la creación del IFE, si bien para Moreno (2014, p. 158) y Ackerman (2007, p. 49) es indudable que hubo fraude en la elección presidencial de 1988, y con ello quedaría demostrado el déficit de legitimidad de la función electoral

35

realizada por el gobierno, a través de la Dirección General de Elecciones (DGE), dependiente de la Secretaría de Gobernación (SG), lo cierto es que ese fraude resulta legalmente indemostrable dada la formalización del resultado oficial y la destrucción de la evidencia que pudiera contrastarlo. No obstante, desde dicho proceso electoral quedó configurado el que sería el primer enemigo político de Salinas de Gortari: el Frente Democrático Nacional (FDN), formado por expriistas y partidos de oposición. En opinión de Ackerman (2007, p. 49) tres de estos partidos fueron rápidamente cooptados por el régimen, de manera que la cabeza de ese frente, Cuauhtémoc Cárdenas Solórzano, fundó el Partido de la Revolución Democrática (PRD) sólo con la corriente de expriistas y otro partido de oposición. De esta manera, el principal enemigo político de Salinas de Gortari pasó a llamarse PRD, partido que resultó excluido de la mesa de reforma electoral de 1989, que habría de emitir el antecedente orgánico de la función autónoma electoral.

b) *Fase de descentralización.* Según Ackerman (2007, p. 54), la alianza de facto PRI-PAN desahogó los trabajos de negociación y redacción de las reformas constitucionales y legales en materia electoral; el primer resultado fue la reforma constitucional publicada en 1990, quedando el artículo 41 como sigue: “La organización de las elecciones federales es una función estatal que se ejerce por los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos, según lo disponga la ley”. Sólo se previó de manera genérica un “organismo público”, que sería autoridad en la materia electoral; es decir, a nivel constitucional no se creó un órgano electoral específico, sino que se declaró una función estatal electoral. La creación, nominación y diseño del órgano se dejó para un segundo tiempo, el de la ley orgánica, cuando bastaba la mayoría simple del PRI para aprobarla. Así se creó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE), cuyo artículo 68 estableció: “el IFE, depositario de la autoridad electoral, es responsable de la función estatal de organizar las elecciones”. A pesar de que en la Constitución se indicó que sería “autónomo en sus decisiones”, la integración detallada en el COFIPE de 1990 no desahogó este mandato, incluso le permitió al régimen priista tener mayoría a través de diputados, senadores y el propio secretario de gobernación, como integrantes y presidente, respectivamente, del Consejo General del IFE. De cualquier manera, lo que está fuera de duda es que el IFE, como órgano electoral, se creó en 1990, en una ley orgánica y en el contexto de una crisis del régimen autoritario priista.

c) *Fase de observación.* El IFE fue puesto a prueba en la elección intermedia de 1991. Los resultados para el régimen no pudieron ser mejores: el PRI se llevó 31 senadores, el PAN 1; en la Cámara de Diputados el PRI se llevó 320 de 500 escaños y el PAN 89. La coalición de facto PRI-PAN podía realizar todas las reformas constitucionales y legales que deseara. Desde la perspectiva de las élites partidistas, el experimento IFE fue todo un éxito. Así llegamos a la reforma electoral de 1994, una reforma atípica en varios sentidos, no sólo porque fue la única ocasión que en un sexenio se realizaban dos reformas electorales mayores,¹³ sino también porque fue

¹³ En el sexenio de Vicente Fox Quezada se realizaron incluso tres reformas electorales, pero de menor trascendencia.

precedida por el desconcertante asesinato de un candidato presidencial: Luis Donaldo Colosio Murrieta del partido oficial. La negociación de la reforma electoral ya estaba en marcha desde inicios de ese año y tuvo que apresurarse por el contexto de presión social, nacional e internacional provocado por el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). De cualquier manera, el asesinato de Colosio Murrieta fue el acabose de cualquier intento de regateo al régimen; los principales partidos políticos y sus candidatos ya habían firmado desde enero el Acuerdo Nacional por la Paz, la Democracia y la Justicia, comprometiéndose a acordar, entre otras cosas, una reforma electoral antes de las elecciones de agosto de ese año. El asesinato del candidato presidencial cerró prácticamente las negociaciones, y en abril de 1994 se publicaron las reformas constitucionales. El artículo 41 rezaba: “La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios”. Sin embargo, en la reforma al COFIPE se detallaba que en la integración de su órgano de dirección todavía estarían diputados, senadores y el secretario de gobernación como presidente. Es decir, se trataba de un órgano autónomo nominal, de membrete. Para abonar a lo anterior, todos los “consejeros magistrados”¹⁴ nombrados en 1990 fueron removidos de su cargo, a pesar de que expiraba hasta 1998; los nuevos consejeros magistrados recibieron un nombramiento temporal, que fue ratificado hasta agosto de 1994, cuando ya habían pasado las elecciones y triunfó el PRI. En opinión de Ackerman (2007), con esta reforma, el IFE “permaneció siendo fundamentalmente lo mismo y seguía bajo el control del PRI-gobierno” (p. 70).

d) *Fase de otorgamiento de autonomía constitucional al órgano.* Puede parecer que desde 1994 ya existía el OCA electoral, pero si se revisa el andamiaje jurídico de ese año, el IFE podía ser modificado en la integración de su órgano directivo, estructura orgánica fundamental e incluso ser remplazado por otro instituto, todo a nivel de ley, pues la Constitución sólo preveía que debía existir un órgano electoral, dejando al nivel legal demasiados detalles. En 1995 y 1996 el gobierno condujo una mesa de reforma electoral, en la que participaron prácticamente todos los partidos políticos; si bien, al final el PRI modificó unilateralmente y aprobó con su mayoría las reformas al COFIPE, eran necesarias dos terceras partes para las modificaciones de nivel constitucional. Finalmente, el 22 de agosto de 1996 se publicaron las reformas constitucionales, quedando el artículo 41 como sigue: “El IFE será autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesional en su desempeño [...]. El Consejo General será su órgano superior de dirección y se integrará por un consejero presidente y ocho consejeros electorales, y concurrirán, con voz, pero sin voto, los consejeros del poder legislativo, los representantes de los partidos políticos y un secretario ejecutivo; la ley determinará las reglas para la organización y el funcionamiento de los órganos, así como las relaciones de mando entre éstos”. También se previó a nivel constitucional que los consejeros serían elegidos por las dos terceras

¹⁴ Los consejeros magistrados son el antecedente de los actuales consejeros ciudadanos. En 1990 coexistían en el Consejo General del IFE con los magistrados, que eran representantes del Senado, de los diputados y de los partidos, en una proporción de 6 consejeros magistrados y 5 magistrados, para un total de 11.

partes de los diputados federales, a propuesta de los grupos parlamentarios; que durarían siete años en el cargo; que estarían sujetos a régimen de responsabilidad de servidores públicos; que tendrían sueldo igual al de ministro de la Suprema Corte; pero se deja expresamente a nivel legal lo relativo a los requisitos de elegibilidad de los consejeros. Al quedar expresamente reconocido en la Constitución el nombre del órgano, así como la integración de su instancia de toma de decisiones, el estatus jurídico de los consejeros y sus emolumentos, el IFE deja de ser un instituto de nivel legal para ser uno de nivel constitucional. Asimismo, por fin se excluyó de su integración al secretario de gobernación y los representantes del poder Legislativo y los partidos perdieron el derecho a voto. En este contexto, una vez más, se purgó el órgano de dirección, todos los magistrados fueron removidos y se nombraron nuevos consejeros ciudadanos según el nuevo mecanismo constitucional; sólo un hombre resistió esta purga: José Woldenberg, propuesto por el PRI para ser consejero ciudadano presidente del nuevo OCA. Otros nombres de esa primera generación de consejeros del IFE también tenían una clara filiación partidista: Juan Molinar Horcasitas, Alonso Lujambio, Mauricio Merino, Jacqueline Peschard, Emilio Zebadúa. Así inició la época del intento de ciudadanización del ife.

e) *Fase de constantes reformas constitucionales y legales.* Es natural que un orden jurídico se actualice, que las instituciones se adapten a los nuevos tiempos, pero el caso del IFE, y del orden electoral mexicano en general, es inquietante en cuanto al número de reformas sufridas. En el sexenio de Vicente Fox Quezada se registraron tres reformas: la primera en 2002, que estableció la famosa cuota de género; así el artículo 175a del COFIPE estableció como obligación, para los partidos, un máximo de 70% de candidaturas propietarias a diputados y senadores para un mismo género. En el 2003 se reformó el COFIPE para flexibilizar los requisitos para establecer agrupaciones políticas nacionales, en lo que pareció un favor para que la lideresa magisterial, Elba Esther Gordillo, pudiera usar su estructura para constituir un partido político. En el 2005 se reconoció el derecho a votar de los mexicanos residentes en el extranjero, pero sólo en las elecciones presidenciales. En el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa se registró una reforma electoral de gran alcance. El COFIPE fue prácticamente rediseñado, destacando los siguientes puntos: se establecieron obligaciones de transparencia para los partidos; se prohibieron las afiliaciones corporativas; se redujo el tiempo de campaña electoral para todos los cargos; se prohibió la propaganda gubernamental durante campañas y se redujo considerablemente su presencia fuera de ellas; el IFE se definió como la única autoridad que asignaría tiempos del Estado, para fines electorales, en medios de comunicación; se creó la contraloría general del IFE, para auditorías y fiscalización internas; se adicionó un capítulo al COFIPE para sustanciar procesos disciplinarios internos, así como faltas por parte de particulares, como partidos y concesionarios de medios.¹⁵ La última gran reforma electoral fue en el sexenio de Enrique Peña Nieto, en 2014, en el marco del Pacto por México (PPM). La reforma fue tal que el COFIPE quedó abrogado. Su contenido se dividió en dos nuevos cuerpos legales: lo relativo a los partidos se plasmó en la Ley General de Partidos Políticos, mientras la parte

¹⁵ Durante el proceso electoral del 2006, el IFE careció de marco jurídico para sancionar los polémicos actos de campaña negra, cometidos por medios y particulares.

propiamente orgánica del IFE se plasmó en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIFE). En dicha ley se cambió el nombre del IFE a Instituto Nacional Electoral (INE). La nota distintiva de esta reforma fue su tendencia centralista, pues ahora el instituto es el que designa a los consejeros de los órganos electorales en cada entidad federativa.¹⁶ Además, puede atraer la organización de elecciones locales si el OPLE lo pide, o lo solicitan tres consejeros del INE si, a su juicio, no hay condiciones suficientes en la entidad federativa. Queda por ver si el actual presidente López Obrador, que por primera vez no es del PRI ni del PAN, continúa o no con la práctica sexenal de impulsar alguna reforma electoral.

f) Constantes presiones económicas, políticas y sociales. El escenario en que se diseña cada OCA incide de forma permanente, aunque en grado variable, sobre cada una de las fases ya mencionadas. Como ya se ha comentado, las presiones sociales sobre la legitimidad del régimen, así como sobre la credibilidad de la función electoral, han estado presentes de forma constante durante la creación y el rediseño del órgano electoral. Ackerman (2007, p. 61) afirma que la reforma electoral de 1990 fue una maniobra de Salinas de Gortari para eliminar al Congreso como órgano calificador de las elecciones federales, pues la mayoría oficialista estaba en declive, para transferir esa facultad a una nueva instancia, bajo un diseño jurídico que le dio control total al PRI. Esto implicaría, a la larga, un desgaste para el órgano electoral. Según la Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (2003), el IFE fue la tercera opción mejor calificada en confianza, con 7.64 puntos, sólo detrás de la iglesia y los maestros;¹⁷ pero la cada vez mayor falta de credibilidad en la función electoral ya no afectó directamente al régimen en turno, como pasaba antes de 1990, sino al propio órgano electoral. Posiblemente, la sobrecarga de reformas electorales responde a un sistema político que, a pesar de la alternancia, o tal vez por ella, traslada a las urnas el debate y la consecuente resolución de prácticamente cualquier problema. En efecto, si no hay políticas públicas en el sentido actual del concepto, todos los problemas públicos deben ser resueltos por el régimen en turno, y las urnas se convierten en el único mecanismo de presión que tiene la sociedad para hacerse escuchar. Es la democracia procedimental más rudimentaria. Parece que el IFE, diseñado como estaba, deliberadamente se construyó a una función meramente electoral, sin abonar realmente a la instauración de la democracia. De forma tangencial a la materia electoral, las constantes privatizaciones y nacionalizaciones de la banca en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado, sólo demostraron la improvisación del régimen en turno ante la crisis financiera.¹⁸ El colapso de 1994, con los famosos errores

¹⁶ Ahora se llaman Organismos Públicos Locales Electorales (OPLES); sin embargo, la inercia caciquil de los gobiernos estatales ha permitido una prolongada dilación en la implementación de estos órganos.

¹⁷ El estudio "El IFE en la opinión pública", elaborado por la Cámara de Diputados (2003), reporta que la credibilidad del IFE llegó a un máximo de 93% en el 2000, para desplomarse al 74% dos años después, por dos casos específicos: amigos de Fox y las multas al PRI-PVEM. Para el 2006, la credibilidad era sólo de 50%; cabe destacar que los mayores índices de desconfianza se presentan en sectores con altos niveles de estudios y que leen periódicos.

¹⁸ Ciclo que terminó, por cierto, con el otorgamiento de autonomía al BANKICO, lo que parece demostrar que la creación de este OCA tuvo la clara intención de atender y finalizar una crisis.

de diciembre, fue el marco económico para la reforma electoral de 1996, que convirtió al IFE en OCA. Las presiones más obvias sobre la vida del órgano electoral han sido políticas, más específicamente de los agentes de partidos. Como señala Becerra y Woldenberg (2007), se llegó a un momento en que se renunció a cualquier intento de ciudadanizar al IFE, para establecer una dinámica de mínima satisfacción en el reparto de cuotas de partidos, para la elección de consejeros; visión que comparte Schedler (apud Ackerman, 2007, p. 83). La presión del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Educación (SNTE) se hizo patente entre los años 2003 y 2006, para que se les otorgara el registro como partido, permitiéndoles un curioso caso de existencia paralela o doble rol, pues los mismos recursos humanos operaban como sindicato y como partido; la actuación de esta estructura bien pudo definir la elección presidencial del 2006, que terminó con una diferencia de 0.54% entre el primero y el segundo lugar.

¿CUÁL AUTONOMÍA DE LOS OCAS EN MÉXICO?

En esta parte evaluaremos la autonomía de los OCAs en general y del IFE en particular de acuerdo con los criterios definidos en el apartado de lineamientos teóricos: a) calidad democrática, b) contrademocracia, c) oxigenación política/descompresión política y d) ciudadanización política.

CALIDAD DEMOCRÁTICA

Como ya se apuntó, los OCAs mexicanos surgen en un contexto democrático procedimental, más específicamente, de apertura a la competencia real de partidos. El OCA que estudiamos más ampliamente, el INE, surgió precisamente para consumar un cambio político (cuadro 1), que resultó de la alternancia partidista; y a lo largo de este nuevo régimen de alternancia se han generado numerosos OCAs. Sin embargo, dados sus procesos de creación y modificación, en que los protagonistas del cambio han sido claramente agentes de poder, de partidos y de intereses políticos y económicos, es decir de élites, es pertinente detenerse brevemente en las perspectivas teóricas sobre la democracia.

El concepto de poliarquía de Dahl (2009) es básicamente procedimental. Según este autor hay que distinguir entre un extremo antidemocrático, donde se mueve una élite que gobierna sólo para sus intereses, y un extremo propiamente democrático, integrado por ciudadanos iguales que compiten por representar los intereses de la mayoría. Por su parte, Sartori (2002) considera que la democracia se debe entender en tres tiempos: a) como forma de legitimación; b) como sistema de ejercicio del poder; y c) como ideal (p. 29). En cuanto al inciso c) declara sencillamente que es normal que nunca se alcance, pues, en caso de realizarse, dejaría de ser ideal (p. 31). Ahora bien, May (apud Morlino, 1998), dice que “la democracia es aquel régimen político que postula una necesaria correspondencia entre los actos de gobierno y los deseos de aquellos que son afectados por ellos” (p. 80).

Como se desprende de estas definiciones existe una preocupación legítima por establecer líneas de correspondencia entre los actos de gobierno y los gobernados. Que el gobernante responda a los intereses del ciudadano es el ideal liberal decimonónico. A finales del siglo xx Sartori todavía afirmó: “Hoy la democracia es una abreviación que significa liberal-democracia” (2002, p. 29) y “La única democracia

que existe y que merece ese nombre es la democracia liberal” (2002, p. 31). Tal vez, el último gran esfuerzo filosófico, puramente liberal, por actualizar sus añejos principios con el vertiginoso siglo xx fue el de John Rawls, pero en su famosa Teoría de la justicia (1995) no se ocupa de formas de Estado, de gobierno ni de la democracia, sino de la formación anímica y racional del individuo que habrá de participar en una sociedad liberal; como el autor dice: “Mi propósito es elaborar una teoría de la justicia que represente una alternativa al pensamiento utilitario en general y, por tanto, a todas sus diferentes versiones” (2002, p. 34). La filosofía liberal más acabada del siglo xx ignoró, pues, las construcciones sociales, para centrarse en el individuo.

Ahora bien, ¿qué tan democráticos son los OCAs mexicanos? Como se podrá notar, los conceptos de democracia de la politología del siglo xx han sido pensados para sistemas políticos nacionales, o sea, no resisten una perspectiva global. En este sentido, Matute (2015) comenta que los poderes tradicionales de los Estados actúan conforme a valores y criterios nacionales, mientras los OCAs, en teoría, responden a valores y criterios internacionales (p. 21). Por supuesto, esta postura parte de la necesidad de legitimar el déficit democrático de los OCAs en cuanto a la elección de sus agentes directivos, y que les ha valido ser conceptualizados en la academia como organismos no mayoritarios, como se ha mencionado previamente. Sin embargo, no es solamente que la elección de estos agentes escape a los clásicos mecanismos de control electoral,¹⁹ sino que la particular elección misma de los aspirantes a agentes de OCA es otro filtro que escapa al control popular. En todos los casos de OCAs mexicanos, excepto la UNAM,²⁰ la elección de sus agentes directivos no pasa por el voto popular. Generalmente es una comisión legislativa la que recibe propuestas del titular del Ejecutivo y, ya sea por mayoría simple o calificada, se eligen los nombres de los nuevos agentes directivos.²¹ A pesar de que los OCAs cuentan, generalmente, con un órgano superior de toma de decisiones con estructura colegiada, siempre hay un primero entre pares que funge como titular del OCA. El marco constitucional y legal suele atribuir un excesivo caudal de atribuciones a esta figura presidencialista; en efecto, este titular ejerce en el interior del OCA funciones materiales que corresponden a un titular del poder Ejecutivo en el sistema político; incluso, generalmente, puede ser reelegido por sus pares como titular por un segundo período. Si bien, le rinde cuentas en primera instancia al órgano colegiado de dirección, esto es más bien un acto simbólico; para auténticos casos de rendición de cuentas el órgano legislativo que lo designó debe hacerlo comparecer, con la posibilidad de removerlo, al igual que a sus pares.

Entonces, la relación entre los OCAs y la democracia debe mirarse en dos momentos. Uno es el de la designación de sus agentes, que es claramente antidemocrático y sujeto a procesos políticos partidistas en el Congreso y en el Ejecutivo, contrarios a la condición de autonomía que define a los OCAs. Invariablemente, el perfil técnico exigido a cada aspirante es filtrado y evaluado, con total discrecionalidad política, en el Congreso. Como se recordará, el proceso de designación de consejeros electorales en el IFE de finales de siglo pasado terminó abortando por completo el proyecto de ciudadanización, optando por un descarado reparto de cuotas entre partidos, siempre teniendo en la mira el control de la mayoría en el Consejo General del IFE. El otro nivel en que debe mirarse la democracia en los

¹⁹ Siendo el mayor déficit el de la ratificación-reelección en el cargo mediante voto popular.

²⁰ Para Caballero (2000), la UNAM no es OCA, sino un órgano descentralizado por materia educativa.

²¹ Estos agentes pueden denominarse consejeros, magistrados, comisionados, gobernador, etcétera, según el artículo a aplicar.

OCAs es el papel que desempeñan dentro del Estado, lo cual trasciende al sistema estrictamente político, y debemos considerar también a los sistemas económico y social, particularmente la relación con la sociedad civil, misma que abordaremos más adelante.

Una segunda cuestión por dilucidar en esta parte es: ¿qué tanto los OCAs apuntalan o fortalecen la democracia en el país? Como se puede inferir de los hechos descritos hasta esta parte, los OCAs en México abonan muy poco a la calidad democrática en los términos fijados por el concepto. Ciertamente, es mejor contar con OCAs que no hacerlo, pues de algún modo retardan procesos de deterioro político con un potencial de riesgo evidente. Sin embargo, la confección y la modificación de las leyes que los crean han estado cargados de los mismos vicios que han caracterizado la apertura democrática del país desde hace más de cuarenta años: gradualismo, cortoplacismo y oportunismo. Se trata de inercias de una clase política que ha dosificado a conveniencia la democratización del régimen, tratando de conservar y extender lo más posible sus privilegios derivados de detentar el poder político. Primero fue la oligarquía priista la que repartía en exclusiva los premios y los castigos y fijaba la agenda de la transición, para después incluir en esta tarea a al menos dos partidos emergentes —el PAN y el PRD—, lo que marca el tránsito de un sistema de partido hegemónico a uno de partidos hegemónicos, o sea, una partidocracia mediante la cual más de un partido se beneficia del arreglo institucional existente.

En esas circunstancias, no es casual que la democracia mexicana siga siendo una de las peor evaluadas en los estudios comparados de calidad democrática. No hace mucho, un estudio coordinado por O'Donnell (2004) colocaba a México en el último lugar de calidad democrática de América Latina. En efecto, nuestro país ni siquiera califica en los rubros contemplados por la teoría: en lugar de Estado de derecho sigue reinando la impunidad; en lugar de rendición de cuentas, se creó un sistema de acceso a la información inútil; la reciprocidad sigue siendo una aspiración, así como la ampliación del derecho a sectores largamente excluidos, y la desigualdad socioeconómica sigue siendo un lastre (Cansino y Covarrubias, 2007). En el mismo sentido está el famoso estudio de Norris (2017) que colocaba a la democracia mexicana como una de las cinco del mundo con las peores calificaciones en materia de integridad electoral, o sea, con elecciones inauténticas, plagadas de irregularidades de todo tipo. Tampoco es casual que Latinobarómetro (2017) coloque a México como uno de los tres países de América Latina donde los ciudadanos tienen menos aprecio por la democracia y sus representantes. No sorprende entonces que la legislación en materia de OCAs presente sesgos marcados que, en lugar de alentar la participación política de ciudadanos, la inhibe, amén de favorecer por sobre todas las cosas los intereses de los partidos.

En suma, no puede afirmarse que los OCAs apuntalen de manera importante nuestra democracia sin faltar a la verdad. Por el contrario, son tendenciosos, dóciles a los intereses de las élites, restrictivos y, en general, poco eficientes. En los hechos, los partidos tradicionales, al ser jueces y parte en la creación de los OCAs han privilegiado en todo momento sus intereses en lugar de abrir a los OCAs a una mayor inclusión ciudadana.

CONTRADEMOCRACIA

Como ya se señaló, las atribuciones, las funciones y las competencias que distinguen a los OCAs mexicanos se han desprendido del ámbito del poder Ejecutivo. Por tanto, el reacomodo en la distribución de poderes ha sido en detrimento

del Ejecutivo. Más específicamente, la designación y el control de los agentes de OCAs ha pasado al poder Legislativo; es decir, a las bancadas de los partidos, aunque sus funciones no se encuadren dentro de algún poder. En esta ruta constitucionalmente desaseada han participado activamente los partidos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y diversas instituciones del Estado mexicano. No obstante, todo esto refleja un reacomodo del sistema político en que los OCAs surgen no sólo como arenas de negociación entre partidos, sino para desempeñar actividades para las que los poderes del Estado ya no están legitimados; es decir, los OCAs absorben el desgaste político que debería recaer, por técnica constitucional, en algún poder.

Para Rosanvallon (2006), la división y el ejercicio de poderes constitucionales es un modelo bastante limitado, que apenas se ocupa de la legitimidad del ejercicio del poder, pero no de su democratización: “El principio electoral de construcción de la legitimidad de los gobernantes y la expresión de la desconfianza ciudadana frente a los poderes vienen históricamente de la mano” (p. 221). Para este autor es preciso centrar los nuevos estudios politológicos, ya no en la legitimidad, sino en la confianza que sienten los ciudadanos hacia sus autoridades, incluyendo un componente eminentemente ético. Para lograr lo anterior propone una contrademocracia, que consiste básicamente en un proceso permanente de institucionalización de expresiones ciudadanas de desconfianza. Propone tres funciones principales: poderes de vigilancia, soberanía negativa y democracia del juicio; todas ellas apuntan a conferir atributos a los ciudadanos que les permitan interactuar de igual a igual con los poderes y, con ello, generar confianza; como dice el autor: “[...] pero esta noción de participación es más compleja. Combina tres dimensiones de la interacción entre el pueblo y la esfera política: la expresión, la implicación y la intervención” (p. 228).

Si bien, el citado autor maneja indistintamente las categorías de pueblo y ciudadanía resulta evidente que se refiere, en términos prácticos, a la sociedad civil, la cual podría aspirar a generar esta contrademocracia en la medida que vaya madurando. Dicho de otra forma, la propuesta de Rosanvallon está pensada para naciones en las que la sociedad civil ya está bastante consolidada, algo que evidentemente no aplica a la circunstancia mexicana. En el caso de los OCAs, si bien son entes externos a los poderes tradicionales, no por ello dejan de estar en la órbita del Estado. Son entes que potencialmente pueden estar al servicio de la sociedad civil o el gobierno, o sea, la sociedad civil sí puede aspirar a incidir en ellos a través de los mecanismos de la contrademocracia. Por supuesto, lo que quedaría por dilucidar es qué segmentos de la sociedad civil podrían tener más ventajas por el hecho de incidir en la actividad de estos órganos.

En síntesis, mientras que en democracias consolidadas los OCAs suelen ser una expresión más de la contrademocracia, o sea, formas organizadas de intervención social del poder para conducirlo hacia el bienestar común, en México se crearon desde el poder con fines de legitimación de las propias élites y nunca han estado fuera del control y la operación de sus agentes, ya sean partidistas o gubernamentales, con lo que la pretendida autonomía que los define formalmente es más cosmética que real. Así, por ejemplo, el IFE/INE nunca ha sido un contrapeso ciudadano de la democracia electoral-representativa, y pasará mucho tiempo para que lo sea. En ese sentido, la palabra “ciudadanización” con la que se asoció alguna vez al organismo electoral sigue teniendo para la clase política una carga legitimadora importante. Basta decir que una decisión o una reforma busca “ciudadanizar la política” para generar cierto

respaldo, aunque en boca de la élite política la palabra ciudadanizar sólo sea una retórica vacía del poder. En los hechos, el órgano electoral es una parte de la estructura de poder, por lo que sus agentes o consejeros electorales también hacen alianzas y amarran acuerdos con los agentes partidistas y gubernamentales para proyectarse y subsistir; es decir, los consejeros electorales renuncian de facto a su condición de contrapoder para adoptar dócilmente las reglas del juego político, con lo que terminan siendo piezas del sistema, incapaces de transformarlo o controlarlo.

Por lo demás, dada su juventud, la democracia mexicana está muy lejos todavía de haber generado los contrapesos ciudadanos tan característicos de las democracias consolidadas referidas por Rosanvallon (2006). De hecho, si no ha concluido la construcción del nuevo régimen menos ha avanzado la construcción de los mecanismos contrademocráticos. En este punto parece haber una evolución natural que no puede violentarse sin consecuencias. Habrá que construir primero un auténtico Estado de derecho, el gran déficit de nuestra transición.

OXIGENACIÓN POLÍTICA/DESCOMPRESIÓN POLÍTICA

Si hay un tema que califica perfectamente como parte de un proceso de oxigenación política es precisamente el de los OCAS, pues nada hay más significativo para ventilar la política institucional monopolizada durante décadas por los partidos tradicionales que la inclusión en los asuntos públicos de representantes ciudadanos mediante organismos autónomos. Sin embargo, lo que pintaba muy bien en el papel, se desvirtuó en la práctica. En efecto, como vimos aquí, la inclusión de los OCAS está diseñada para no hacer mella o para afectar lo menos posible los usos y las costumbres políticos dominantes; es decir, no garantiza por sí sola la necesaria oxigenación que la política en México requiere. Lejos de ello, la inclusión de los OCAS califica perfectamente como una estrategia de descompresión política mediante la cual las élites políticas atienden un reclamo ciudadano de acotar la influencia del Estado en áreas estratégicas de la vida pública, mediante OCAS cuya autonomía es más formal que real, pero ampliamente publicitadas. Con ello, las elites recuperan algo de legitimidad a su favor; neutralizan en alguna medida el malestar ciudadano y se muestran sensibles a las causas sociales.

Con todo, la inclusión de los OCAS, por más restringida y controlada que sea, sí obliga a los partidos a modificar algunos de sus patrones de conducta habituales. Así, por ejemplo, en el caso del IFE/INE, dado que ahora existe la posibilidad de que los partidos sean sancionados por incumplir la ley, se ven constreñidos a manejarse en umbrales menos permisivos que en el pasado.

CIUDADANIZACIÓN POLÍTICA

Según una definición convencional, la sociedad civil es “un conjunto de actores sociales, económicos y políticos organizados para la defensa y la promoción de sus intereses [...], en sentido estricto no aspiran al poder político ni detentan una cuota de este. La contrapartida de la sociedad civil sería, en consecuencia, la sociedad política, es decir, todas las instancias estatales, partidos políticos y, en el caso de un proceso revolucionario, las organizaciones político-militares” (Cansino, 2016, p. 45). Esta visión de contrapartida es sobreestimada por una corriente de autores que, adscribiéndose a una inspiración liberal, asume el discurso de la crisis del Estado de bienestar para derivar de él que las políticas neoliberales permitieron un mayor empoderamiento de la sociedad civil, pues propició que los ciudadanos, en cuanto unidades del sistema, adoptaran más responsabilidades y protagonismo. Pero esta visión según la cual a mayor Estado menor sociedad civil y a menor Es-

tado mayor sociedad civil peca de optimista, pues con el neoliberalismo no se ha fortalecido necesariamente la esfera pública ni tampoco ha sido devuelto el poder al conjunto de asociaciones sociales y voluntarias, sino sobre todo ha sido cedido a una oligarquía financiera (Cansino, 2016, p. 196).

Pero ¿acaso no es inevitable que, ante la libre asociación y promoción de intereses, termine creándose una agenda oligárquica? En su conocida obra *Teoría de las esferas de la justicia* (1993), Michael Walzer postula que en la sociedad deben asignarse a los individuos iguales derechos, pero nunca iguales poderes ni bienes materiales. En otro texto sobre la sociedad civil, el propio autor afirma: “Las palabras sociedad civil nombran el espacio de asociaciones humanas no coercitivas y además el conjunto de redes de relaciones –formadas por el bien de la familia, la fe, el interés y la ideología– que llenan este espacio” (1990, p. 11).

A partir de estas premisas queda claro que los OCAs tampoco son democráticos en este sentido material, pues su creación, modificación o nombramiento de agentes no pasa por el espacio público ni es producto de un debate público. Apenas una parte de la opinión publicada, que no pública, es la que cuestiona o aplaude las actuaciones institucionales o de los agentes de los OCAs. Algunos de estos organismos, como la CNDH, cuentan con un consejo consultivo que suele integrar a miembros de la sociedad civil, pero tales consejos no cuentan con mecanismos jurídicos vinculantes y terminan siendo sólo eso: órganos de consulta diseñados más para legitimar al OCA que para apoyar sus decisiones.²² Como ya dijimos, los OCAs están sometidos a diversas presiones sociales, económicas y políticas, pero en ningún momento estas presiones sociales son producto de una opinión pública crítica ni provienen de la sociedad civil.

En suma, pese a que el discurso oficial justifica a las OCAs como entes que sustraen al Estado funciones estratégicas a favor de la sociedad civil, la influencia de ésta en los OCAs es prácticamente inexistente, pues fueron diseñados por los agentes partidistas y gubernamentales en función de sus propios intereses, agendas y necesidades. Paradójicamente, si bien son organismos que en el papel amplían las posibilidades de los ciudadanos de involucrarse en los asuntos públicos, o sea, favorecen la ciudadanización política, en realidad fueron diseñados por la élite política para legitimar al sistema y neutralizar la disidencia social en la arena institucional. En este sentido, si la figura fue incluida en la legislación electoral es porque la clase política consideró que no representaba una amenaza a sus intereses, sino sólo un instrumento que bien empleado dotaba al sistema de legitimidad y estabilidad. En suma, dada la presión social, los OCAs sólo constituyen una salida o válvula de escape del sistema. Como iniciativa ciudadana son un fracaso, pero como instrumento de contención y legitimación política, un éxito.

No existe pues, la autonomía de los OCAs. En el caso del IFE/INE, la ausencia de autonomía se ha evidenciado en múltiples contiendas electorales. Así, por ejemplo, el proceso electoral del 2006 es evidencia palmaria del nivel de incertidumbre jurídica que puede rodear a un OCA. Las presiones de partidos y medios demostraron que no importa contar con herramientas institucionales de autonomía si los agentes no desean usarlas. Bajo una lectura cínica puede afirmarse que, en ejercicio de su autonomía, un OCA cuenta con cierto umbral de maniobra para favorecer ciertos intereses sin incurrir en un nivel sistémicamente insostenible de ilegalidad; es decir, mientras su legitimidad no sea insostenible ante la opinión pública, bien puede ser un brazo más del régimen. En el contexto del Estado de partidos, la existencia del IFE/INE es funcional para el sistema de gobierno dividido, que permite

²² Para un desalentador recuento de la experiencia de estos consejos consultivos (véase Pérez, 2008).

usualmente al partido en el gobierno contar con mayoría de consejeros afines, pero dejando margen a que la oposición cuente con espacios suficientes para impulsar algunos intereses en los órganos de dirección.

CONCLUSIONES

Si bien, los OCAS son producto de un tiempo que exige mayores controles sociales del poder estatal, el peso real de la sociedad en su diseño y desempeño es prácticamente inexistente, pues al final fueron creados más para favorecer a los agentes partidistas y gubernamentales que para apuntalar a la sociedad civil. México es un ejemplo paradigmático de ello, aunque en este caso su creación no responde tanto a las tendencias neoliberales que prevalecieron en otros países, sino a las circunstancias derivadas de los distintos periodos de su prolongada transición democrática.

La contradicción entre el discurso de la ciudadanización y la realidad muestra precisamente que los OCAS en México han surgido como órganos políticos más que sociales; son entes que buscan facilitar las negociaciones entre agentes partidistas y gubernamentales. Por su parte, las instituciones del Estado mexicano, incluida la SCJN, han contribuido a normalizar un discurso jurídico desaseado, en que la división de poderes se mezcla con la división de atribuciones, competencias y funciones. Es de destacar que los OCAS, en cuanto categoría institucional del Estado, es un tema ignorado por el Constituyente, que se ha limitado a crear órganos de forma casuística, sin mayor preocupación teórica, claramente influenciados por coyunturas partidistas, así como por presiones económicas, políticas y sociales.

Pese a este panorama desalentador, los OCAS podrían, si las condiciones cambian, pasar de ser instrumentos netamente partidistas, a ser arenas de diálogo entre ciudadanía y Estado; es decir, un verdadero espacio público. Si algo enseña la historia es que las instituciones están sometidas a perpetuo cambio. En este sentido, es importante diseñar propuestas teóricas de interacción entre el gobierno y la sociedad civil que, en el fondo, se inscriban en el ideal liberal de la democracia: hacer corresponder el ejercicio del poder con el sentir de la sociedad, pero esto es materia de otro artículo.

REFERENCIAS

1. Ackerman, J. (2005). Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/5.pdf>.
2. Ackerman, J. (2007). *Organismos autónomos y democracia, el caso de México*. México: Siglo XXI.
3. Aguilar Villanueva, L. (2010). *El estudio de las políticas públicas*. México: Miguel Ángel Porrúa.
4. Aguilar Villanueva, L. (2015). Los retos y desafíos de los organismos pú-

blicos autónomos en la nueva gobernanza. *Memorias del noveno congreso nacional de organismos públicos autónomos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, pp. 251-270.

5. Baños, A. (2009). (Re) Constitución del poder ciudadano en los órganos autónomos: notas fundamentales para una reforma urgente. Recuperado de http://www.opam.org.mx/wp-content/uploads/2014/03/memorias_opam2009.pdf.
6. Becerra, R. y J. Woldenberg (2000). *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*. México: Cal y Arena.
7. Bobbio, N. (1976). Sociedad civil. En N. Bobbio et al. *Diccionario de política*. México: Siglo XXI, pp. 1519-1524.
8. Caballero, J. (2000). Los Órganos Constitucionales Autónomos: más allá de la división de poderes. *Revista Jurídica*, (30). México: UIA, pp. 153-173.
9. Cámara de Diputados (2003). El IFE en la opinión pública, CESOP. Recuperado de http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/EOPPI001_en_la_opinion_publica.pps.
10. Cansino, C. (2000). *La transición mexicana, 1977-2000*. México: CEPCOM.
11. Cansino, C. (2008). Oxigenación política. *El Universal*, México, 19 de julio. Recuperado de <http://archivo.eluniversal.com.mx/editoriales/41019.html>.
12. Cansino, C. (2009). *La muerte de la ciencia política*. Buenos Aires: Random House.
13. Cansino, C. (2010). *La revuelta silenciosa. Democracia, espacio público y ciudadanía en América Latina*. México: BUAP.
14. Cansino, C. (2014). Oxigenación política. En J. Sánchez Galicia (coord.) y C. Cansino (ed.). *Treinta claves para entender el poder. Léxico para una nueva comunicación política*, (3), México: Piso 15/BUAP/CEPCOM/ICP, pp. 217-228.
15. Cansino, C. (2016). *Democratización y liberalización*, (14). México: Cuadernos de divulgación del INE.
16. Cansino, C. e I. Covarrubias (eds.) (2007). *Por una democracia de calidad. México después de la alternancia*. México: CEPCOM/Educación y Cultura.
17. Carbonell, M. (2000). *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*. México: Porrúa.
18. Cárdenas Gracia, J. (1996). *Una Constitución para la democracia*. México: IJ-UNAM.
19. Carpizo, J. (2002). *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI.
20. Castellanos, E. (2015). *Los órganos constitucionales autónomos, antes y des-*

pués del pacto por México. México: IJ-UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4036/7.pdf>.

21. Crozier, M. y E. Friedberg (1990). *El actor y el sistema. Las restricciones de la acción colectiva*. México: Alianza.
22. Dahl, R. (2009). *La poliarquía. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos.
23. Fabián, J. (2017). *Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora*. México: IJ-UNAM. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11455>.
24. García-Pelayo, M. (1981). El estatus del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), enero-abril, Madrid. pp. 11-34.
25. García-Pelayo, M. (1986). *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza.
26. Gil, G. (2015). La Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Organismo constitucional autónomo. Aspectos administrativos. *Revista de administración pública* (138). México: INAP, pp. 83-98.
27. Kelsen, H. (2009). *La teoría pura del Derecho*. México: Gernika.
28. Latinobarómetro (2017). Informe 2017. Recuperado de <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.
29. Linz, J. (2006). *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza.
30. Martínez, M. (2015). Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente ¿Fortaleza o debilidad del Estado? *El Cotidiano*, (190), marzo-abril. México: UNAM, pp. 123-243.
31. Matute, C. (2015). Los organismos autónomos constitucionales. La evolución de la división de poderes y el proceso de integración al orden jurídico internacional. *Revista de Administración Pública*, (138), septiembre-diciembre. México: INAP, pp. 15-36.
32. Moreno, I. (2005). *Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano*. México: Porrúa.
33. Moreno, O. (2016). *The National Popular Alternative and the Processes of Democratization from below in the Andean Nations. Popular Sovereignty and Constituent Power in Latin America. Democracy from below*. New York: Palgrave McMillan, pp. 41-62.
34. Moreno, O. et al. (2014). México, su larga y tortuosa transición política. *Periferias*, Buenos Aires, 23(22), enero-junio, pp. 147-172.
35. Morlino, L. (1998). *Democracias. Manual de ciencia política*. Madrid: Alianza, pp. 79-128.

36. Morlino, L. (2005). *Democracias y democratizaciones*. México: CEPCON/ Educación y Cultura.
37. Muñoz Ledo, P. (2000). *Hacia una nueva constitucionalidad*. México: IJ-UNAM.
38. Norris, P. (2017). Perceptions of Electoral Integrity. Available at: <https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/KI5WB4>.
39. O'Donnell, G. (2004). Human Development, Human Rights, and Democracy. En G. O'Donnell, J. Vargas Cullell y O.M. Iazzetta (eds.). *The Quality of Democracy Theory and Applications*, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, pp. 9-92.
40. Pedroza, S. (2010). Los órganos constitucionales autónomos en México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/306/7.pdf>.
41. Pérez, A. (2008). Organismos autónomos, participación ciudadana y rendición de cuentas. El caso de dos consejos ciudadanos. Tesis profesional para obtener el grado de maestría en política y gestión pública, ITESO. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11117/3163>.
42. Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia*. México: FCE.
43. Reta, C. (2015). Presentación, *Revista de Administración Pública*, 50 (138), septiembre-diciembre, México, INAP, pp. 11-14.
44. Rosanvallon, P. (2006). Democracia y desconfianza. *Revista de Estudios Políticos* (134), diciembre, Madrid, pp. 219-237.
45. Rosanvallon, P. (2017). *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.
46. Sartori, G. (1999). *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza.
47. Sartori, G. (2002). *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza.
48. Tarrow, S. (1997). *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Madrid: Alianza.
49. Tilly, Ch. y L. Wood (2010). *Los movimientos sociales. 1768-2008*. Barcelona: Crítica.
50. Walzer, M. (1990). The Civil Society Argument. Available at: journals.lub.lu.se/index.php/st/article/download/2863/2427.
51. Walzer, M. (1993). *Las esferas de la justicia: una defensa al pluralismo y la igualdad*. México: FCE.
52. Woldenberg, J. (2007). *El cambio político en México*. México: Cuadernos de Divulgación del Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo.

La Unión Europea y la Constitución que no entró en vigor

The European Union and the Constitution that did not enter into force

MAURICIO JOSÉ HERNÁNDEZ SARTI*

LILIANA ANTONIA MENDOZA GONZÁLEZ**

KARINA GONZÁLEZ ROLDÁN***



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

La Unión Europea es la persona jurídica más compleja de la historia, resultado del esfuerzo de cientos de operadores políticos, juristas, ciudadanos que han transitado de la guerra a la formación del ejemplo de integración regional más acabado del mundo. En 2004, los impulsores de una mayor integración europea sentaron las bases para la aprobación del denominado: “Tratado por el que se establece una constitución para Europa” o la Constitución Europea. Se pretende describir el proceso que impulsó dicho Tratado, su contenido y fracaso, y se estudia el origen de la Unión Europea que estuvo a punto de tener una Constitución.

Palabras clave

Constitución, Unión Europea, Tratado, integración, referéndum.

Abstract

The European Union is the most complex legal entity in history, the result of the efforts of hundreds of political operators, jurists, citizens who have transited from war to the formation of the most finished example of regional integration in the world. In 2004, the promoters of greater European integration laid the foundations for the approval of the so-called: “Treaty establishing a constitution for Europe” or the European Constitution. The aim is to describe the process that prompted said Treaty, its content and its failure, and to study the origin of the European Union that came close to having a Constitution.

Key words

Constitution, European Union, Treaty, integration, referendum.

*Doctor en Derecho Civil. Jefe de la Unidad de Docencia de la Licenciatura en Derecho Internacional en la Unidad Académica Profesional Cuautitlán Izcalli de la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Miembro del Cuerpo Académico en consolidación “Las profesiones y su internacionalización en el siglo XXI”, reconocido por la SEP.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0454-5748>. Correo electrónico: mjhernandezs@uaemex.mx

**Doctora en Derecho. Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Jefa de Extensión y Vinculación de la Unidad Académica Profesional Cuautitlán Izcalli de la misma Universidad. Líder del Cuerpo Académico en formación “Las profesiones y su internacionalización en el siglo XXI”, reconocido por la SEP.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5323-9347>. Correo electrónico: lamendozag@uaemex.mx

***Maestra en Administración. Jefa del Departamento de Difusión Cultural, Programa Emprendedor, Fomento a la Lectura y Cronista de la Unidad Académica Profesional Cuautitlán Izcalli de la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Miembro del Cuerpo Académico en consolidación “Las profesiones y su internacionalización en el siglo XXI”, reconocido por la SEP.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6888-8104>.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la integración de Europa cuenta con casi setenta años de haberse iniciado jurídica y políticamente. Es el proceso más exitoso de integración y unificación regional, el cual, desde ahora es importante mencionar, no ha estado libre de grandes avances, pero también de importantes derrotas.

Juan Medrano comenta sobre los retos en la unificación de Europa al día de hoy:

El proceso de unificación europea atraviesa una de sus etapas más grises desde sus inicios a comienzos de la década de los cincuenta del siglo pasado. Aunque la Unión Europea sigue gozando de un apoyo significativo por parte de la población, el rechazo reciente a propuestas de mayor integración, la aparición y popularidad de formaciones políticas y dirigentes que ponen en cuestión la estructura, leyes y funcionamiento de las instituciones europeas y la Unión Europea misma, y la ausencia de un proyecto claro de regeneración y de futuro, provocan temor entre quienes piensan que la Unión Europea es una garantía de paz y democracia y el arma más potente frente al reto de la mundialización (2019, p. 169).

A pesar del momento que pasa la Unión Europea mencionado anteriormente, que hemos visto reflejado en la reciente salida de los ingleses a través del Brexit, el camino que ha llevado hasta hoy la Unión Europea no tiene comparación. Los países fundadores pasaron de pelear dos guerras sangrientas, primeras y segundas, a la unión más estrecha en lo económico, política y social con la que se cuenta a la fecha. Hoy 27 países (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Chequia, Rumania, Suecia) con la salida de Reino Unido, el 31 de enero de 2020.

Una Unión cuyo sueño no tiene más de 70 años de haberse concebido. Uno de los precursores de la idea de una Europa unida, Sir Winston Churchill (citado en Blázquez, 2012) nos introduce a este sueño de compleja ingeniería política, jurídica y social:

Si Europa se uniera, compartiendo su herencia común, la felicidad, prosperidad y la gloria que disfrutarán sus tres o cuatrocientos millones de habitantes no tendría límites. Y, sin embargo, es desde Europa de donde han surgido y se han desarrollado esta serie de horribles guerras nacionalistas, originadas por las naciones teutonas, que hemos conocido durante este siglo XX, e incluso durante nuestra existencia, que han arruinado la paz y destruido las perspectivas de toda la humanidad (p.18).

Los países precursores de la Unión Europea tuvieron un sin número de guerras y enfrentamientos en el siglo pasado y siglos previos. No obstante, en los años 2004 en adelante, esos mismos países de Europa, producto de un fenómeno de integración surgido décadas atrás, estarían a punto de poner en vigencia una Constitución para Europa a través de un denominado: “Tratado por el que se establece una constitución para Europa”. Respecto del cual nos referiremos como Tratado Constitucional.

La investigación realizada para el presente trabajo, del tipo jurídico descriptivo, inició hace 14 años, a finales de 2005. Justo al tiempo de los referéndums nacionales y ratificaciones parlamentarias para aprobar el Tratado por el que se establece una constitución para Europa, objeto de nuestro estudio. Investigación que no fue concretada en su momento, precisamente en razón del fracaso que hoy abordaremos: la no aprobación del Tratado por el que se establece una constitución para Europa entre 2005 y 2006.

El presente trabajo tiene por objetivos describir el devenir y la naturaleza jurídica de la Unión Europea para quien nunca se ha adentrado al respecto; así como exponer el contenido general del Tratado Constitucional y, finalmente, analizar los fenómenos que provocaron que el proceso de ratificación del tratado en cuestión resultara en un gran retroceso de integración para dicha Unión.

Para lograr los objetivos, primero se aborda la naturaleza y el proceso de integración que ha vivido la Unión Europea a lo largo de casi 70 años. Después se analizan las causas que llevaron al planteamiento de la necesidad de establecer una constitución para Europa. Posteriormente se revisan los contenidos más importantes del Tratado, por el que se establece una constitución para Europa. Finalmente, se abordan las causas principales del fracaso que provocaron la no entrada en vigor de una constitución para los ciudadanos de Europa.

UNIÓN EUROPEA, EVOLUCIÓN Y SU NATURALEZA

¿Cómo se llegó en 2004 a plantearse una Constitución para Europa? Partamos que la idea de una Constitución para los países de Europa no hubiera sido factible sin el fenómeno de integración económica que inició 60 años atrás, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial.

El término integración proviene del *integratio-onis*, acción o efecto de integración; a su vez integrar significa completar uno un todo con las partes que faltaban (Real Academia de la Lengua, 2019). Es decir, la aproximación o fusión de sistemas separados. El término integración es un vocablo con diversas acepciones aplicable en diversos campos del conocimiento y de la vida humana: político, jurídico, ideológico y cultural (Pacheco, 1998, p. 45).

Para Castellot (2000) la integración:

Consiste en que, a través de tratados o acuerdos internacionales, dos o más Estados ceden algunas de sus prerrogativas soberanas, para crear una zona nueva con personalidad jurídica independiente a la de sus miembros, en la cual pueden circular libremente. En sentido estricto, lo que llamamos integración consiste en que, a través de tratados o acuerdos internacionales, dos o más Estados ceden algunas de sus prerrogativas soberanas, para crear una zona nueva con personalidad jurídica independiente a la de sus miembros, en la cual pueden circular libremente

y con el mismo tratamiento: mercancías, servicios, personas y capitales, según sea el grado de amplitud de la integración (p.27).

También se caracteriza la integración económica por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales, y en algunos casos propone la unificación de políticas monetarias, fiscales, social y el establecimiento de una autoridad supranacional, sin constituir un nuevo estado (Greco, 2003, p. 25).

Iliana di Giovanni Battista (1992) considera a la integración económica como: “un status jurídico, en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de políticas correspondientes y bajo una égira supranacional” (p.144).

No todas las formas de integración corresponden al grado de interrelación o interdependencia señalado en la definición anterior. Hay formas de integración simple que implican solamente la reducción recíproca de impuestos de importación. Así, desde una perspectiva teórica, pueden considerarse como etapas de la integración económica las siguientes:

- a) Zona comercial preferencial o zona de preferencias arancelarias: los países participantes se otorgan mutuamente barreras comerciales más bajas, sin llegar a la desaparición o tasa 0% en aranceles o impuestos a la importación de mercaderías (Villagrán, 1969, p. 39).
- b) Zona de Libre Comercio: principalmente consiste en la reducción o eliminación de aranceles y otras restricciones al comercio dentro de un grupo de países, pero no la adopción de un arancel exterior común; cada país firmante del acuerdo de libre comercio conserva sus propios aranceles frente a terceros países (Villagrán, 1969, p. 39).
- c) Unión Aduanera: implica la eliminación de aranceles y además restricciones al comercio entre un grupo de países y la adopción entre ellos de un arancel externo común para terceros países, además, la creación administrativa que percibe los ingresos aduaneros y los reparte entre los Estados miembros (Carvajal, 2000, p. 59).
- d) Mercado Común: Puede comprender o no, según sea el caso, una unión aduanera y dentro de ésta se asegura la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas. También puede implicar que los países coordinen políticas como consecuencia de la ampliación del estado económico.
- e) Unión Monetaria: consiste en la coordinación de las políticas monetarias de los países miembros y la adopción de una moneda común para los mismos, incluidos mecanismos para hacerla efectiva (Villagrán, 1969, p. 40).
- f) Unión Económica: No sólo se asegura la libre circulación de los bienes, capitales, servicios y personas dentro del territorio de la unión, sino que los países actúan como unidad frente a terceros.
- g) Integración Política: forma más completa que representa la culminación de procesos de integración mediante la constitución de un sistema común de dirección política y económica. No implica la constitución de un nuevo Estado, ni tampoco una federación o confederación de estados (Villagrán, 1969, p. 21).

La Unión Europea, como veremos más adelante, en su devenir cumplió con las características de los modelos teóricos de zona de libre comercio, unión aduanera y finalmente de Unión Económica e Integración Política indicados anteriormente.

Establecido el fundamento teórico de la integración económica, abordemos el origen de la Unión Europea, el bloque regional más integrado del mundo y su naturaleza.

Hemos anunciado previamente que la Unión Europea es una entidad bastante compleja y particular. Su complejidad es tal que en la doctrina de los tratadistas europeos aún no hay consenso sobre su naturaleza jurídica. Cabe decir que no es objetivo ni el formato del presente trabajo el agotar cada una de las transformaciones de la UE o cada una de las normas jurídicas que integran su ordenamiento jurídico, no obstante, debemos entender de manera general la naturaleza de la Unión Europea y su ordenamiento jurídico como plataforma para comprender cómo fue que de 2004 a 2006 los países de dicha unión se embarcaron en la tarea de contar con una constitución para Europa.

Es menester decir de una vez que la naturaleza y proceso de integración de la Unión Europea aún no está decidido, y es el resultado de una gran serie de avances en su integración y algunos retrocesos, como el vivido con la no entrada en vigor del “Tratado por el que se establece una constitución para Europa”.

Las palabras de López (2007) resumen el carácter *sui generis* y complejo de dicha Unión y permiten entender de manera introductoria su naturaleza:

La UE es una genuina experiencia de integración supranacional regida por el Derecho. De hecho, es el más exitoso experimento hasta la fecha de democracia supranacional, que, no por casualidad, ha tenido lugar a escala continental europea. La UE es un producto del Derecho, del artefacto jurídico como técnica de pacificación de conflictos (p. 50).

Esta integración supranacional es el producto de más de cincuenta años, y que se gestó como idea probablemente cuando Winston Churchill pronunció en la Universidad de Zurich, su célebre discurso del 19 de septiembre de 1946 (Arnaud, 1996, pp. 253-257), en el que se refería a la gran tragedia de Europa después de la guerra; a la pobreza de algunas regiones y la riqueza de otras, con naciones divididas, vencidos y vencedores, conflictos ancestrales, más y más pobreza; discurso en el cual señaló la receta para acabar con aquella calamidad que azotaba Europa. Decía Churchill (citado en Brugmans, 1972):

A pesar de todo, aún hay un remedio [...] que podría cambiar todo el panorama como por ensalmo, y en pocos años podría convertir a Europa. Es volver a crear la familia europea, o al menos todo lo que se pueda de ella, y dotarla de una estructura bajo la cual pueda vivir en paz, seguridad y libertad. *Tenemos que construir una especie de Estados Unidos de Europa*, y sólo de esta manera cientos de millones de trabajadores serán capaces de recuperar las sencillas alegrías y esperanzas que hacen que valga la pena vivir la vida [...] (p. 367).

Para Churchill no pasaba inadvertida la prosperidad de sus aliados, los Estados Unidos de América; prosperidad acompañada de paz que él deseaba para los países de Europa.

Así, la ideología federalista de los movimientos europeos activos entre 1945 y 1948, impulsada por partidos y dirigentes de las más destacadas fuerzas políticas hacía la creación de una Federación de los Estados Unidos de Europa, con por lo menos dos referencias, los Estados Unidos de América y la Confederación –federal– Suiza (Martínez, 2014, p. 158).

El primer paso para instituir “una especie de Estados Unidos de Europa” (como lo denominaba Churchill) fue bastante modesto, inició con un tratado y la propuesta

de una entidad común para implementarlo, en palabras de Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, en su discurso del 9 de mayo de 1950: “El Gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa” (en Fernández de Casadevante, 2019, p. 53).

A continuación, un resumen de la cronología jurídica y de integración de la Unión Europea, concentrándonos en los tratados primarios o fundamentales:

1952: *Tratado de París*. Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002. Surge, entre otras causas, a la pregunta, ¿qué hacer con Alemania? Que recién había provocado una guerra mundial y causada la muerte de millones de seres humanos. Estableció un principio de igualdad entre los Estados, así como en las instituciones europeas futuras; propuso que se sometiera el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una alta autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (Arnaud, 1996). Dicho tratado fue Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

1957: *Tratados de Roma*. Constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de Euratom.

Básicamente establecieron mercado común entre sus Estados miembros; en el que se contempla:

La eliminación entre los Estados miembros de los derechos de aduana y restricciones a la importación de mercancías (Comunidad Económica Europea, 1987). El establecimiento de un arancel común y de una política comercial común frente a terceros países (Arocena, 1984). Lo que supone el modelo de unión aduanera. La abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales (Comunidad Económica Europea, 1987). Lo que supone una unión de tipo económica. Las funciones asignadas a la Comunidad corresponden a: una Asamblea (parlamento); un Consejo; una Comisión; y un Tribunal de Justicia. Este avance en la integración de Europa tuvo éxito inicial y años difíciles, sorteados finalmente para establecer la Unión Europea (Rozo, 1994, pp. 42-48).

1986: *Acta Única Europea*. Dicha Acta modifica y complementa los tratados constitutivos anteriormente mencionados. Introduce un título sobre la Cohesión Económica y Social, cuyas disposiciones tendían a reducir las diferencias entre diversas regiones, sobre todo de las menos favorecidas (Alonso, 2014, p. 26).

1992: *Tratado de Maastricht* y 1997: *Tratado de Amsterdam*

El primero se firmó en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1º de noviembre de 1993. El segundo entra en vigor en 1997. En conjunto crean una Unión Económica y Monetaria, que implica la adopción de una moneda común; 2. La creación de un espacio sin fronteras interiores; 3. La realización de una política exterior y de seguridad común; 4. La creación de una ciudadanía de la Unión (Krugman, 2001, p. 72).

2001: *Tratado de Niza*.

2004: *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Cuyo contenido y fracaso es materia del presente trabajo y será abordado más adelante.

13 de diciembre de 2007: *Firma del Tratado de Lisboa* por los veintisiete Estados miembros. Adoptado el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde

el 1º de diciembre de 2009, reformó el fundacional Tratado de Roma (rebautizado como Tratado de Funcionamiento de la UE) y el Tratado de la Unión Europea de Maastricht (Mangas, 2014, p. 45).

Bar (2009, p.78) indica que: “Dicho tratado se da en respuesta y para superar el terrible fracaso de la Constitución europea, formalmente, el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” (p.78). En este sentido, el Tratado de Lisboa contempla mucho de lo que el Tratado Constitucional en estudio establecía. Hasta aquí se ha analizado que el devenir de la Unión Europea responde a varias etapas evolutivas de los esquemas de integración económica regional. Así también, hemos establecido que, a través de una serie de tratados y modificaciones a los mismos, los países de la Unión Europea tienen un nivel de integración tan profundo que, entre otros, se ve reflejado en los siguientes aspectos:

1. Cuentan con autoridades supranacionales legislativas, ejecutivas y judiciales comunes que crean, ejecutan y aplican normas jurídicas para la Unión Europea.
2. Tienen una moneda común.
3. No hay fronteras interiores para mercancías, servicios, capitales y personas.
4. Tienen una política exterior y de seguridad común, y políticas en otro sin número de temas: laborales, fiscales, bancarias, etc.

No obstante, tal grado de integración al final se traduce en un fenómeno jurídico difícil de definir, ¿qué es entonces la Unión Europea y cuál su naturaleza?

Hemos dicho que el fenómeno de integración de la Unión Europea la hace única, y definir a la Unión Europea y su naturaleza por tanto no es una tarea fácil, de hecho, aún el día de hoy su naturaleza es fuente de debate entre expertos. Nuestra tarea aquí no será dar una respuesta conclusiva, solamente será ilustrativa sobre el debate.

Molina (2017) sintetiza claramente la disputa entre autores sobre la naturaleza jurídica de la unión:

Se centra entre los que ven a la Unión como un mecanismo intergubernamental, como una asociación entre Estados de carácter internacional, como una verdadera organización internacional regulada por el Derecho internacional, y aquellos otros que entienden que la Unión Europea constituye auténticos Estados federados, encuadrando la naturaleza de aquella bajo el prisma exclusivo de la estructura federal. La tendencia actual es la de considerar que una organización del tipo de la Unión Europea se aproxima más, sin temor a dudas, a una estructura de corte federal que a otras estructuras jurídico-políticas (p. 62).

Mangas (*et al.*, 2018) no están de acuerdo sobre la aproximación de la Unión a una estructura federal:

La UE no es un Estado federal, aunque sólo sea por el hecho de que ni tan siquiera es un Estado. Es una organización internacional intergubernamental, ciertamente muy distinta a las Organizaciones clásicas; es una organización internacional original, única. La UE es un ente jurídico-internacional y político atípico; esta asociación de Estados soberanos no tiene en el horizonte sustituir a los Estados soberanos (p. 57).

Del Valle (2013) tampoco encuentra los elementos necesarios para determinar la naturaleza federal en dicha Unión:

Si el concepto y modelo federal ha rondado desde sus orígenes al proyecto europeo, considero que en la actualidad es inviable en la práctica su consagración formal, al haberse asimilado este modelo federal con la creación de una macroentidad unificada como sujeto de Derecho Internacional –la UE, o los Estados Unidos de Europa–, inasumible por los 28 Estados europeos en el momento histórico presente (p. 347).

Fuera del debate entre expertos, lo que sí podemos afirmar respecto a dicha unión y su naturaleza:

1. 1) El Tratado de Lisboa declara expresamente en el artículo 47 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que la Unión Europea tiene personalidad jurídica. Con las reformas que entran en vigor en 2009, se da por superada la existencia de las Comunidades Europeas, por lo que solamente queda en pie la estructura de la UE. La Unión Europea asume plena personalidad jurídica internacional con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009; así, en el artículo 47 TUE se declara expresamente dicha personalidad jurídica. Tras la desaparición de la Comunidad Europea, en virtud del Tratado de Lisboa, la UE asume la personalidad, los derechos y obligaciones de la Comunidad Europea (Moran, 2013, p. 86).
2. La Unión es una forma regulada de asociación de estados (las Altas Partes Contratantes), es decir, un ente jurídico que: establece una unión de estados con un régimen jurídico compartido. La Unión, como realidad jurídica, está revestida de cinco elementos distintivos básicos:
 - a) Es una asociación de estados europeos –actualmente veintisiete– de duración indefinida.
 - b) Está creada y regida por tratados internacionales.
 - c) Tiene unos objetivos compartidos, o misión común, acordados por todos los miembros.
 - d) Está dotada de una estructura institucional permanente (órganos) y unitaria.
 - e) En la persecución de los objetivos compartidos, ejerce funciones políticas, legislativas, ejecutivas y judiciales en las materias y con el alcance que reconoce el TUE (Sanchez, 2008, p. 95).

Finalmente podemos afirmar, siguiendo a Molina del Pozo (2017), que la Unión Europea es una organización internacional como ninguna otra:

1. Por lo que se refiere a las funciones de la Unión, puede afirmarse que, ninguna organización internacional tiene ni ha ostentado nunca poderes tan amplios en relación con los Estados miembros.
2. Por lo que afecta a la ausencia de dependencia frente a los Gobiernos nacionales, no hay nada que sea tan independiente frente a los propios nacionalismos de los Gobiernos de los Estados miembros que la propia Unión.
3. En lo que concierne a la jurisdicción directa de la Unión sobre los particulares, si bien es cierto que todas las organizaciones tienen jurisdicción sobre sus funcionarios, ninguna, más que la Unión, establecen relaciones jurídicas directas con los particulares sometidos a su autoridad.

4. En cuanto se refiere a la superioridad del orden jurídico europeo, ninguna otra organización presenta similar característica, y es que las normas jurídicas adoptadas por la Unión están por encima incluso de las propias Constituciones de los Estados miembros.

LA CONSTITUCIÓN PARA LA UNIÓN EUROPEA QUE NO ENTRÓ EN VIGOR

Lo primero que hay que decir es que desde el punto de vista formal el Tratado Constitucional estuvo a punto de entrar en vigor, no obstante, la voluntad política de tener una constitución para Europa, de inicio fuerte, fue menguando en un proceso de varios años de ratificaciones y consultas populares que fracasaron.

El 18 de junio de 2004, los máximos representantes de los veinticinco Estados miembros en ese entonces de la Unión Europea adoptaron de común acuerdo el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”. El Tratado Constitucional fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, iniciándose entonces la correspondiente fase de ratificaciones por parte de las instancias nacionales, en las que al menos 11 de los 25 Estados anunciaron su ratificación mediante referéndum o consulta popular. A través de este mecanismo de aprobación inició el fracaso que más adelante retrataremos.

Antes nos avocaremos a entender cómo inició la idea de un tratado para Europa y cuáles fueron las más importantes razones de su creación o aportaciones prometidas.

Fue el Ministro de Asuntos Exteriores alemán Joschka Fischer el primero que habló de la urgencia del debate de una constitución en un discurso en la Universidad Humboldt de Berlín en mayo de 2000. Fischer fue el primero en proponer un debate para considerar la oportunidad de dotar a la construcción europea de un “Tratado Constitucional”. A éste le siguió, el 27 de junio de 2000, el presidente francés Chirac (Aldeacoa, 2004, p. 49) sugiriendo la reflexión sobre todas las reformas que necesitaría la Unión Europea a fin de ser refundada y la posibilidad de contar con una constitución.

Barraza (*et al.* 2009, p.126) resumen dos de las principales causas a favor de contar con una constitución para Europa:

Un mecanismo de legitimidad ciudadana. El Tratado de Maastricht, que crea a la Unión, provocó que la Unión dejó de ser exclusivamente económica y entró a la arena política. Se inició un proceso de desprestigio de la unión debido al déficit democrático que separa las instituciones europeas de los ciudadanos europeos. La constitución fue popularizada, entonces, como un mecanismo para reducir el déficit de legitimidad que sufre la Unión ante los ojos de los ciudadanos.

Un mecanismo para fortalecer y unificar más la comunidad frente al exterior. Se buscaba darle una identidad internacional a la unión, pues, debido a la fragmentada política exterior de los estados y a la falta de claridad para terceros países, resultaría eficiente una constitución que le permitiera a la UE coordinar las misiones diplomáticas o cuerpos de paz, el accionar o voto al interior de organizaciones como la OTAN o la ONU, o simplemente, homologar la política exterior en torno a un ministro de relaciones exterior europeo que maneje la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC).

Esto permitiría a la Unión Europea consolidarse como una superpotencia con amplia legitimidad en materia de derechos humanos, medio ambiente, cooperación

internacional o democracia, con gran poder económico y comercial, con la legitimidad que le otorga ser un cuerpo colectivo de 25 estados soberanos y la admiración de terceros países por su modelo político y económico.

Otras razones de crear una constitución según Ruíz Maciá (2007, p. 65):

- Otorgar a la Unión personalidad jurídica propia que no tenía antes. Recordemos que hoy en día sí la tiene, pero es a través del Tratado de Lisboa en vigor en 2009, que intentó retomar algunos de los contenidos de la constitución que nunca fue.
- Clarificar la división de poderes, con un legislativo bicameral formado por el Consejo y el Parlamento Europeo; consolidar la Comisión Europea como gobierno de la Unión y crear la figura del presidente estable del Consejo Europeo y el Ministro de Asuntos Exteriores.
- Aumentar la participación de los parlamentos nacionales en las decisiones de la Unión.
- Reforzar el papel de las regiones, ciudades y municipios.

Murillo de la Cueva (2007) expone otra necesidad importante de contar con una Constitución:

Hacer una Constitución que simplifique aún más la maraña de disposiciones de los tratados y exprese de forma sencilla los fundamentos, los órganos, los aspectos principales de los procedimientos y, ciertamente, los ámbitos en que se ha de mover la Unión Europea, al tiempo que recoja y garantice los derechos fundamentales a cuya realización se ha de consagrar, además de la dimensión técnico-jurídica que supondrá tal empresa, permitirá legitimar nuevamente el proceso de integración en que estamos comprometidos (p.34).

Vistas las razones para avanzar en la integración europea a través de una constitución debemos revisar qué se ha dicho sobre la naturaleza de ese instrumento jurídico denominado: “Tratado por el que se establece una constitución para Europa”. Recordando, como lo hicimos en la introducción del presente trabajo, que este tema no será aquí agotado, en todo caso será materia de un análisis profundo en otro formato y trabajo de investigación.

La naturaleza jurídica “Tratado por el que se establece una constitución para Europa” ha sido analizada en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica. Al respecto al menos hay tres posturas:

- a. Las que lo consideran como una constitución,
- b. Las que lo conciben como tratado constitucional
- c. Las que lo consideran mitad constitución y mitad tratado

Silvana Insignares (2009, pp.108-116) proporciona una explicación general sobre estas tres posturas:

- a. Denominar el proyecto como una “constitución”. Para los partidarios de dicha postura es correcto el término porque para ellos es una ley fundamental la que se plantea, de rango superior que regula la organización política y el ordenamiento jurídico de una entidad, establece las instituciones y competencias que han de regir la Unión Europea y determina los derechos y obligaciones de sus ciudadanos.

- b. Denominar el proyecto como un tratado. El Tratado Constitucional no puede denominarse “constitución”, porque su contenido tiene como vocación ser un tratado internacional; sólo basta con analizar la entrada en vigor, la revisión, la retirada voluntaria de los estados para determinar que se está frente a los procedimientos establecidos dentro de los tratados internacionales.
- c. Denominarlo como “Tratado Constitucional”, como de hecho se llamó, por su doble consideración, es decir, por ser tratado y constitución al mismo tiempo. Tratado, porque está regido por las normas internacionales en cuanto a su celebración y culminación; constitución, por la creación de una nueva forma de unión política que incluye una carta de derechos, además del contenido social que imprimen las constituciones.

Francisco Aldecoa (2004): se pronuncia por esta última postura proponiendo un interesante sincretismo, como él lo propone:

El Tratado Constitucional no es ni un Tratado ni una Constitución, tampoco es un híbrido, sino un sincretismo. Es un desarrollo que se aplica a nuevas necesidades, no es ni un Tratado internacional clásico ni una Constitución, sino una mutación de ambos, reflejo de la Unión Europea, esa otra realidad política que tampoco es ni una organización internacional «*stricto sensu*» ni un Estado. El concepto teórico de federalismo intergubernamental permite dar fundamento teórico a ese desarrollo real. Así, ese concepto, también sincrético permite reunir en una misma idea dos lógicas hasta ahora contradictorias como es la existencia de un modelo político de tipo federal en el seno de una organización internacional (p. 22).

EL TRATADO QUE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA, SU CONTENIDO

Ahora toca el turno de estudiar los contenidos más importantes del Tratado en estudio, después entraremos a las causas y proceso de su fracaso.

Por principio de cuentas, ¿cuál es el principal objetivo de dicho Tratado?, la respuesta la encontramos en su artículo 1-1, que dispone:

“Artículo I-1.-Creación de la Unión 1. La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que estos le atribuyan. 2. La Unión está abierta a todos los Estados europeos que respeten sus valores y se comprometan a promoverlos en común”.

La fórmula empleada en el artículo 1 es de índole constitucional, ya que “la Constitución crea la Unión Europea”, mientras que, en los tratados actuales, como el mismo Tratado de la Unión Europea, son las “Altas Partes Contratantes” las que constituyen la Unión y la Comunidad entre ellos. Este lenguaje, propio de los tratados internacionales, se sustituye por una nueva fórmula que destaca el carácter constitucional del nuevo ordenamiento.

¿Es una nueva Unión europea o sigue siendo la misma a partir de dicho Tratado Constitucional?

El artículo IV-438 del tratado en estudio relativo a la “Sucesión y continuidad jurídica” dispone:

“1. La Unión Europea creada por el presente Tratado sucede a la Unión Europea constituida por el Tratado de la Unión Europea y a la Comunidad Europea, las instituciones, órganos y organismos existentes en la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, en su composición en esa fecha, ejercerán sus atribuciones en el sentido del presente Tratado, en tanto no se hayan adoptado las nuevas disposiciones en aplicación de éste, o hasta el final de su mandato”.

De acuerdo con lo anterior, ¿se planteaba en el Tratado un nuevo Derecho de la Unión Europea, que sustituirá al Derecho Comunitario Europeo?

El Artículo IV-437 del tratado, denominado: “Derogación de los Tratados anteriores” es muy claro al expresar que:

“1. El presente Tratado por el que se establece una Constitución para Europa deroga el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, así como, en las condiciones fijadas en el Protocolo sobre los actos y tratados que completaron o modificaron el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea”.

La Unión Europea, que establece el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, sucede a la Unión Europea y Comunidad Europea establecidos en tratados fundacionales anteriores que serán derogados. Toda vez el cambio cualitativo que sufrirá la Unión Europea. La Unión tiene Personalidad Jurídica (Art. 1-7), una vez ratificada la nueva constitución, que sus otorgantes convinieron en decir que la Unión Europea establecida en la Constitución, sucede a la Unión Europea establecida en los tratados fundacionales que serán derogados.

Los principales elementos del Tratado en estudio se resumen de la siguiente manera:

1. La Unión está fundada sobre los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los de las minorías Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Art. 4-438).
2. El artículo I-3 del Tratado Constitucional, que comprende los objetivos internos y externos de la Unión, fusiona las disposiciones del Tratado UE y las del Tratado CE. Los objetivos principales de la Unión serán, a partir de ahora, promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Arts. 1-3).
3. El artículo I-4 de la Constitución garantiza la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales en la Unión (las famosas “cuatro libertades”), y prohíbe estrictamente toda discriminación por razón de nacionalidad. Se reitera entonces el grado e integración alcanzado.
4. Por lo que se refiere a las relaciones entre la Unión y los Estados miembros, el Tratado Constitucional agrupa las disposiciones pertinentes de los actuales tratados en el artículo I-5, concretamente el respeto de la identidad nacional y de las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros. El principio de cooperación legal también está integrado en este artículo. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Arts. 1-5).
5. El artículo I-6 del Tratado Constitucional versa sobre el Derecho de la Unión y define el principio de la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho

- de los Estados miembros. Lo cual es característico de normas constitucionales, o al menos, supremas en un estado.
6. El artículo I-7 dota a la Unión Europea de personalidad jurídica. Al fusionar la Comunidad Europea con la Unión Europea, la nueva Unión tendrá, por lo tanto, el derecho de celebrar acuerdos internacionales.
 7. El artículo I-8 enumera los símbolos de la Unión, bandera, himno, moneda, el día de Europa.
 8. En lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, la Constitución introduce importantes avances. El artículo I-9 del Tratado Constitucional incorpora la garantía de los Derechos fundamentales del Tratado UE y hace referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
 9. El Tratado Constitucional recoge en el artículo I-11 el principio de atribución de las competencias, según el cual la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que se le atribuyen en la Constitución, con el fin de lograr los objetivos que ésta determina. El texto de la Constitución añade de manera explícita en este mismo artículo que “toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”, Ámbitos de Competencia Exclusiva (Arts. 1-13). Aquí la forma sobre distribución de competencias es muy similar a la que se determina en los estados organizados en federación, como el caso de México que, en su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 24 señala que la competencia no atribuida a las autoridades federales corresponde a los estados miembros, pero va más allá de utilizar este mecanismo, como se describe a continuación.
 10. Los artículos I-12 a I-17 establecen con todo detalle las categorías de competencia dividiéndolas en tres tipos de competencia:
 - a) Las competencias exclusivas (artículo I-13). La Unión dispone de competencia exclusiva en un ámbito determinado, cuando sólo ella (la unión) puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Se excluye cualquier intervención de los Estados miembros en los ámbitos afectados, excepto si la Unión les autoriza para ello o con objeto de poner en práctica los actos de la Unión. El artículo I-13 enumera los ámbitos en los que la Unión dispondrá de competencia exclusiva, sin modificaciones con respecto a la situación actual.
 - b) Las competencias compartidas (artículo I-14). En este caso, los Estados miembros y la Unión tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en un ámbito determinado. Los Estados miembros ejercerán su competencia cuando la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla. En el artículo I-14 se establece una lista no exhaustiva de estas competencias compartidas Ámbitos de Competencia Exclusiva (Arts. 1-14) con inclusión de progresos en algunos ámbitos como el espacio de libertad, seguridad y justicia.
 - c) Las competencias de apoyo, coordinación y complemento (artículo I-17). En determinados ámbitos y en las condiciones que fija la Constitución, la Unión tendrá competencia para llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento de la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de estos en dichos ámbitos. Este apoyo se materializa esencialmente mediante intervenciones financieras. Ámbitos de acciones de Apoyo, Coordinación o Complemento (Arts. 1-17).
 11. El texto de la Constitución vuelve a abordar el sistema institucional básico de la Unión Europea (UE) Tratado de la Unión Europea. En efecto, el Tratado por el que

se establece la Constitución precisa en el artículo I-19, que el marco institucional está formado por:

- a) El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivo, en las condiciones establecidas en la Constitución. Elegirá al presidente de la Comisión...”.
 - b) El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna. El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su presidente y por el presidente de la Comisión. Participará en sus trabajos el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Arts. 1-21).
 - c) El Consejo de Ministros (denominado “Consejo”) tendrá las siguientes atribuciones:
 “Artículo I-23. El Consejo de Ministros. 1. El Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en la Constitución”.
 - d) La Comisión Europea:
 “1. La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen la Constitución y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de ésta. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el Presupuesto y gestionará los programas”.
 - e) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De acuerdo al artículo I-29, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá: “el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados, y garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución”. Entre sus funciones:
 “Artículo III-365 “1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de las leyes y leyes marco europeas, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, así como de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. 2. A efectos del apartado 1, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de la Constitución o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión”.
12. En el capítulo II del Título IV, denominado “Otras instituciones y organismos consultivos de la Unión”, se mencionan al Tribunal de Cuenta y al Banco Central Europeo (BCE) que, por su parte, adquiere formalmente el rango de institución.

13. En el artículo I-10 se recogen los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión, sin modificaciones: derecho de circular y residir libremente; derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales; derecho de acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares; derecho de formular peticiones al Parlamento y de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo; derecho de dirigirse a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua. Este artículo I-10 recuerda también que la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Además, los gobiernos nacionales que representan a los Estados miembros en el Consejo Europeo y el Consejo de Ministros serán responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus propios ciudadanos europeos.
14. El artículo I-46 señala el principio de democracia representativa: “1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa. 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos. 3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos. 4. Los partidos políticos de dimensión europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión”.
15. Se prevé la institución del Defensor del Pueblo Europeo:
“El Parlamento Europeo elegirá a un Defensor del Pueblo Europeo, que recibirá las quejas relativas a casos de mala administración en la actuación de las instituciones, órganos u organismos de la Unión en las condiciones establecidas en la Constitución. Instruirá estas quejas e informará al respecto. El Defensor del Pueblo Europeo ejercerá sus funciones con total independencia”.

EL FRACASO DE LA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

¿Qué sucedió entonces? Intentaremos identificar las principales causas que provocaron que el Tratado Constitucional no entrara en vigor.

Iniciemos con la fuente originaria del fracaso en la aprobación del Tratado Constitucional vigente en Europa, consistente en el mecanismo democrático elegido para su aprobación por parte de los ciudadanos de Europa.

Ya hemos dicho que uno de los objetivos de contar con una constitución europea era acercar la Unión Europea a sus ciudadanos, hacerlos parte de ella y de las decisiones en torno a ella.

Como bien indica Castells (2018), el tema legitimidad y representación fue y sigue siendo la principal crítica a la formación y el desarrollo de la Unión Europea: “en gran medida un proyecto de las élites, encabezadas por la clase política, pero con un escaso grado de consulta a sus ciudadanos” (p. 189).

Se pensó entonces que la manera de legitimar al Tratado Constitucional era buscar, a la par de la ratificación vía parlamentaria habitual, consultar a los ciudadanos, que se pronunciaran ellos sobre su aprobación mediante la figura del referéndum o consulta popular (Aldecoa y Guinea, 2008, p. 23). De los entonces 25 países de la UE, 10 de ellos (Francia, Holanda, Gran Bretaña, Luxemburgo, República Checa, Polonia, Portugal, Irlanda, Dinamarca y Suecia), decidieron realizar referéndums para determinar la ratificación o no del mismo (Martínez, 2009, p. 283). El resto, realizaron ratificaciones parlamentarias habituales sin consulta o referéndum previo. Hasta ese momento, las ratificaciones de los instrumentos internacionales que cimentaron la Unión Europea se habían discutido y aprobado al interior de los parlamentos nacionales.

La ratificación del Tratado Constitucional en estudio inició viento en popa. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y en el siguiente año fue ratificado sucesivamente por prácticamente todos los países que integraban la Unión, en algunos de ellos, como en España, aún con la previa manifestación de aprobación de los ciudadanos vía referéndum realizado en 2005 (Murillo, 2017, p.25).

En Francia y en Holanda fue distinto. La mayoría de los ciudadanos fueron consultados en referéndum, el 29 de mayo de 2005 en Francia y el 1º de junio del mismo año en Holanda, estos rechazaron la Constitución para Europa. En “no” en referéndum francés ganó con un 54.7% y en Holanda ganó el “no” con 61.6%. Tal rechazo provocó una especie de efecto dominó negativo en el resto de los 10 países de la Unión Europea que realizarían referéndums. El 6 de junio el Gobierno británico anunció que suspendía la consulta a sus ciudadanos (Gil, 2017, p. 86).

¿Qué provocó el “no” de los ciudadanos franceses, holandeses y posteriormente en el ánimo del resto de ciudadanos y políticos de Europa?

A continuación, resumimos algunos de los factores que en la visión Ignacio García-Valdecasas (2005, s/p) cimentaron el fracaso:

- Las posturas soberanistas. Ligada a grupos de derecha o extrema derecha enemigas de la integración europea que son defensoras del acariciado anhelo de pasado de contar con un estado-nación. Dicho segmento de la población que rechazará siempre cualquier avance en la integración de Europa.
- Las posturas antisistema. Se trata de la extrema izquierda que considera el proyecto europeo una unión de mercaderes que se olvida de sus clases populares y de los pobres de la tierra. Que ve a la Unión Europea como un actor promotor de la globalización.
- El miedo político, económico y social. Son muchos factores que se suman para producir el miedo que provocó el rechazo a la idea de una constitución para Europa. Siguiendo a García-Valdecasas identifica los miedos en políticos, económicos y sociales. El miedo político deriva de factores como la pérdida o sesión de soberanía a favor de la Unión Europea mediante dicha Constitución y el miedo a perder cohesión entre los miembros debido a la posibilidad de ampliación de la Unión a otros países europeos. El miedo económico derivado de la percepción que la Unión Europea es parte del problema de falta de dinero en los bolsillos de los europeos. Que la Unión no protege a los ciudadanos frente a la globalización, frente a China, la India y otros exportadores. El miedo social fundamentado en dos grandes factores, seguridad frente al terrorismo y otras amenazas y la creciente oleada de inmigración de ciudadanos de países miembros y no miembros a sus fronteras.

Habermas (2002) hace hincapié un factor de rechazo para una Europa más unida a través de una constitución: “Los euroescépticos rechazan un cambio de la base de legitimación de acuerdos internacionales hacia una constitución europea, argumentando que no existe un pueblo europeo” (p. 259).

Para otros, de más trascendencia para el rechazo fueron los factores de política interna. El electorado francés junto a los temores señalados en párrafos anteriores arrastraba un sentimiento de desconfianza, desencanto y malestar en contra del entonces presidente Chirac por diversas promesas incumplidas en los últimos años (Cantos, 2006, p. 269).

Otros autores también identifican factores del fracaso en el propio texto y estilo del Tratado Constitucional. Entre ellos, León (2000), habla del excesivo tecnicismo en la redacción del Tratado Constitucional que provocó una distancia entre ciudadanos europeos:

Para el jurista la norma constitucional era accesible. Como norma legal puede contemplarse como un texto refundido, actualizado y aclarado de los tratados vigentes, al que se incorporaban novedades para avanzar en la integración europea. Pero el lego lo ha visto como un laberinto retórico, lleno de remisiones, abreviaturas, algún tecnicismo insondable y demasiado largo. En fin, un texto lejano con el que le resulta difícil tener una afinidad emocional y cultural. Una norma, en suma, poco popular [...] Lo más importante en una norma tan importante y sometida al referéndum más extenso de la historia es que sea entendida y aceptada de buen grado por todos los potenciales votantes, algo que no ha sido la regla en este intento (p. 144).

Mangas (2014) se refiere a otro de los factores que llevaron al fracaso del Tratado Constitucional, probablemente el más técnico desde el punto de vista jurídico conceptual:

Uno de ellos estribó en querer que emulara a una constitución estatal, compararlo y analizarlo como si fuera la constitución de un Estado. Es cierto que la Declaración de Laeken utilizaba ese término, pero con un sentido muy distinto y que fue sacado de contexto tanto por los fundamentalistas de la integración como por los recién aterrizados al estudio de la integración europea que de forma simplista hicieron reduccionismos miméticos con el único fundamento científico de que el Tratado de 2004 utilizaba el término de «Constitución». El Consejo Constitucional de Francia lo dijo con claridad en su Decisión de 19 de noviembre de 2004: ese nombre no la convertía en derecho constitucional ni se debía deducir mutación alguna para el Estado pues en nada se había modificado la naturaleza y atribuciones de la organización internacional que eran las Comunidades Europeas (p. 103).

Una vez descritas las causas más identificables del fracaso en la ratificación del Tratado Constitucional, volvamos al proceso de ratificación.

Bien entrado el año 2006, se contaba con 18 Estados que llegaron a ratificar el Tratado Constitucional (16 por vía parlamentaria y 2 por referéndum: España y Luxemburgo). No obstante, el rechazo francés y holandés hirió de muerte al Tratado Constitucional y provocó que los factores de miedo y rechazo se propagaran no solamente entre ciudadanos, sino también entre políticos y parlamentarios. Bar (2009) señala al respecto:

Casi de repente, pareció como si nadie tuviese algo que ver con aquel Tratado Constitucional, aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas del 17 y 18 de junio de 2004, y como si nadie lo hubiese firmado en Roma, el 29 de octubre del mismo año. Así, el Consejo Europeo de 16-17 de junio de 2005 aprobó una «Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno [...] sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», en la que, si bien no se excluía el que se siguiese adelante con el proceso de ratificación, se decidió abrir un nuevo período de reflexión, al mismo tiempo que se fijaba un calendario para el proceso a seguir a partir de entonces (p. 187).

La reflexión inició en el Consejo Europeo planteando que se siguieran las consultas en los estados miembros sobre el futuro del Tratado Constitucional, pero a la vez que se estudiara aprovechar las oportunidades que ya ofrecían los tratados en vigor para el caso que no fuera ratificado definitivamente. Para 2007, el tratado provocaba el fuerte rechazo de algunos Estados (Reino Unido, Francia, Países Bajos, Polonia y la República Checa, entre otros), era casi imposible su plena ratificación. España y Luxemburgo promovieron una reunión de los Estados que habían ratificado ya el Tratado, bajo el lema “Amigos del Tratado Constitucional: por una Europa Mejor”. La reunión suscitó numerosas críticas, dado que fue considerada como una interferencia en el papel negociador que la Presidencia alemana de la Unión Europea que pretendía realizar en favor del Tratado. La reunión de Madrid en pro de seguir el proceso de ratificación fue, en todo caso, el último acto público de apoyo al Tratado Constitucional. La defensa de la Constitución europea era ya una batalla perdida (Bar, 2009, pp. 189-191). Simplemente se abandonó el esfuerzo de ratificación del Tratado constitucional bien entrado el año 2007.

¿Cómo se repuso la Unión Europea después de tal fracaso?

Para Murillo de la Cueva (2017), “el Tratado de Lisboa recogió los restos del Tratado Constitucional y mantuvo sus aportaciones principales. Dotó de la arquitectura jurídica con que hoy cuenta la Unión Europea. Se parece mucho a la prevista en la Constitución non nata” (p. 27).

López Aguilar (2017) confirma los grandes avances en la Unión Europea a raíz del Tratado de Lisboa y las bases constitucionales que dejó, a pesar de no ser formalmente un tratado constitucional en sentido estricto:

...no existe ninguna genuina organización de Derecho Internacional que cuente con un Parlamento multinacional directamente electivo ni que proteja a sus ciudadanos con una Carta de Derechos supranacional y vinculante; ni que garantice a sus ciudadanos un acceso directo –a través de recurso de anulación u omisión– o un recurso indirecto –la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (TJ) que actúa como garante de los principios constitutivos de primacía, eficacia directa y aplicación uniforme del Derecho de la Unión [...]. Sí, efectivamente, desde el Tratado de Lisboa el Derecho Europeo es más constitucional. Pero lo es, para serlo, de un nuevo constitucionalismo que debería cualificarse como “Derecho pos-nacional” (en la medida en que supera la tradicional identificación entre la Constitución y el Estado nación), “Derecho pos-estatal”, que expresa la superación de esa identificación del Derecho constitucional con respecto del Estado (p.46).

Aquí hemos narrado una historia de un fracaso particular en el proceso de ratificación del Tratado Constitucional, no obstante, coincidimos con Casanueva (2011) en reconocer la gran construcción que ha sido la unión de Europa en la que siempre se han presentado retrocesos y avances:

La Unión Europea se ha ido haciendo a base de símbolos, de ideas, fuerza, de retórica, de liderazgos, de avances y retrocesos, de burocracias abultadas y profesionales creativos, de complementariedades y competencia, de compromisos e incomprensiones, de sinergias y fuerzas centrífugas contenidas, de gente que se desplaza, de inmigrantes que llegan a como de lugar, de alianzas transnacionales y Guerra Fría, de culpas y catarsis, todo ello a la vez, en un proceso extremadamente complejo, pero con una extraordinaria voluntad política y una simplicidad de fondo: la unión hace la fuerza, y la fuerza compartida, potenciada gracias a la cooperación, hace la integración, y la integración es, nuevamente, la paz (p.17).

¿Qué hace falta en la Unión Europea hacia el futuro? Los ciudadanos, ampliar espacios de participación, que la idea de Europa unida llegue a los hogares, escuelas, universidades, sindicatos, lo que implica desafío de pedagogía social y política que falta acometer con más fuerza (Casanueva, 2011, p.19).

CONCLUSIONES

La Unión Europea es una persona jurídica que aún está en proceso de creación. Como lo ha venido haciendo desde hace más de 60 años con grandes avances y algunos retrocesos. Está sujeta al impulso de personas que desean más integración, constitución, federación, y sujeta al estancamiento o retroceso de algunos nacionalismos que desean impedir su integración profunda.

Dicha unión ha transitado por todas las formas teóricas de integración regional a una velocidad impresionante. Baste decir que a finales de los 40 países como Francia y Alemania eran enemigos y 15 años después habían derribado barreras comerciales y la formación de un mercado común, y que 40 años después sus ciudadanos compartirían un pasaporte común.

Sin duda es uno de los fenómenos jurídicos más complejos del mundo, tanto así, que ha provocado debates sobre su propia naturaleza entre los mismos arquitectos de la unión. Que no se han puesto de acuerdo si es la organización internacional la definición más exacta o por otro lado la de cuasi federación o confederación de Estados.

En la primera década del siglo veinte, se llegó a aprobar un Tratado que otorgaría una constitución para Europa, que incluiría la determinación de una personalidad jurídica para la Unión, dotaría de derechos humanos y mecanismos para los europeos, se delegaría funciones soberanas a la Unión, ampliaría tan criticada cuota democrática de participación de los ciudadanos europeos, que establecería con claridad las competencias de la Unión como de los Estados miembros, entre otros avances.

El fracaso descrito tuvo origen en una que podría haber sido pensada como fortaleza, el consultar a los ciudadanos europeos sobre su aprobación y en desestimar los miedos y temores que provocaban una Europa más unida. A pesar de la aprobación

de muchos de sus ahora 27 miembros, una vez que Reino Unido ha salido a raíz del Brexit, el “no” francés y holandés frenó el impulso de su entrada en vigor.

La Unión Europea nos debe servir de inspiración al Estado mexicano, a sus operadores políticos, ideólogos y ciudadanos de como con voluntad se puede diseñar la integración, unión y bienestar de millones de ciudadanos que no tuvieron un pasado común, pero que decidieron plantearse casi con éxito en 2004 el contar con una Constitución para Europa. Recordarnos que Europa estuvo cerca de tener una constitución siendo que 60 años atrás hubo guerras entre algunos de sus miembros fundadores. Podemos hacer más por reformar el marco jurídico e institucional de los Estados Unidos Mexicanos.

REFERENCIAS

1. Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco Presidencia (ACAPVP) (2009). *Su guía sobre el Tratado de Lisboa*. España: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Recuperado de https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/v2_ue_euskadi/es_lisboa/adjuntos/su_guia_tratado_lisboa_es.pdf.
2. Aldecoa, F. (2004). *Tratado por el que se establece una constitución para Europa*. España: Editorial Biblioteca Nueva, S. L.
3. Aldecoa, F y Guinea, M. (2008). *La Europa que viene: el Tratado de Lisboa*. España: Marcial Pons.
4. Alonso, R. (2014). *Sistema jurídico de la Unión Europea*. España: Editorial Cívitas.
5. Arnaud, V. (1996). *Mercosur: Unión Europea, Nafta y los procesos de integración regional*. Argentina: Abeledo-Perrot.
6. Arocena, M. (1984). *La Experiencia de la Unión Aduanera de la Comunidad Económica Europea*. Argentina: INTAL.
7. Bar, A. (2009). El Tratado de Lisboa y la reforma constitucional de la Unión Europea. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (60), pp. 1-29.
8. Barraza, S. et al. (2009). *La realidad detrás de la Constitución en la Unión Europea*. Bogotá: Red Memorias. Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe.
9. Blázquez, M. (2012). *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. España: Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.
10. Cantos, I. (2006). El referéndum francés de ratificación del Tratado que establece una constitución para Europa, de 29 de mayo de 2005. *Revista de Derecho Político*, (65), pp. 259-299.

11. Brugmans, H. (1972). *La Idea Europea*. Madrid: Editorial Moneda y Crédito.
12. Carvajal, M. (2000). *Derecho Aduanero*. México: Porrúa.
13. Casanueva, H. (2011). *Programa, de Estudios Europeos. Europa frente a Europa*. España: RIL editores.
14. Castells, M. (2018). *Las crisis de Europa*. España: Difusora Larousse-Alianza Editorial.
15. Castellot, R. (2000). *La Unión Europea: una experiencia de integración regional*. España: Plaza y Valdés, S.A. de C.V.
16. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, Bruselas, Bélgica, 18 de diciembre de 2000.
17. Del Valle, A. (2013). UNED. *Europa más allá de la unión: pacto confederal y nuevo relato europeo. Teoría y Realidad Constitucional* (32), pp. 341-355.
18. Di Giovanni, I. (1992). *Derecho Internacional Económico y Relaciones Económicas Internacionales*. Buenos Aires, Argentina: Abeldo-Perrot.
19. Fernández de Casadevante (2019). *Nociones Básicas de la Unión Europea*. Madrid: editorial universitaria Ramón Areces.
20. García, I. (2005). El rechazo al proyecto de Constitución Europea: un análisis retrospectivo. *Revista ARI* (159), s/p. Recuperado de http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+159-2005.
21. Gil, J. (2017). *Historia de la integración europea*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
22. Greco, O. (2003). *Diccionario de Economía*. Argentina: Valleta.
23. Habermas, J. (2002). ¿Por qué necesita Europa una constitución? *Precedente. Revista Jurídica*, pp. 225-234. doi.org/10.18046/prec.v0.1391.
24. Insignares, S. (2009). *El proceso de integración europeo: entre lo supranacional y lo intergubernamental*. Colombia: Universidad del Norte.
25. Krugman, P. (2001). *Economía Internacional*. Madrid, España: Pearson Educación.
26. León, F. (2009). La Constitución Europea: Una Propuesta. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, I Época, (4), pp. 143-149.
27. López, J. (2017). *El constitucionalismo europeo y la teoría constitucional de la integración europea en constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*. España: Dykinson.

28. Mangas, A. (2014). *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea* (18a. ed.), España: Editorial Tecnos.
29. Mangas, M. et al. (2018). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (9a. ed.). Argentina: Difusora Larousse-Editorial Tecnos.
30. Martínez, C. (2014). Reflexiones sobre el proceso federativo de Europa y el camino. *Teoría y Realidad Constitucional*, (33), pp. 151-166.
31. Martínez, M. (2009). *¿Crisis en la Unión Europea?* España: Red Oasis.
32. Medrano, J. (2019). Identidad europea e identificación con Europa. En C. Ares (edit.), *Política de la Unión Europea* (pp. 169-190). España: Centro de Investigaciones Sociológicas.
33. Molina, C. (2017). *Derecho de la Unión europea*. España: Editorial Reus.
34. Morán, M. (2011). *Lecciones básicas de Derecho e instituciones de la Unión Europea en la caracterización general de la Unión Europea*. España: Universidad de Extremadura.
35. Murillo, P. (2017). *Tres miradas sobre la Constitución Europea, Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*. Madrid: Dykinson S. L.
36. Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. Recuperado de <https://dle.rae.es>.
37. Roza, C. (1994). *De la Comunidad a la Unión Europea*. México: UNAM.
38. Ruiz, J. (2007). *Los cimientos de los Estados Unidos de Europa*. España: Biblio S. L.
39. Sánchez, V. y Barceló, M. (2008). *Lecciones de derecho de la Unión Europea*. Barcelona: J.M. Bosch editor.
40. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica* (EURATOM) (1957). Bruselas, Bélgica, 17 de abril de 1957. Recuperado de https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_es.pdf.
41. Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa (TUE) (2004). *Diario oficial de la Unión Europea*, 16 de diciembre de 2004. Recuperado de https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf.
42. Unión Europea, Tribunal de Justicia (Sala). *Recopilación de Jurisprudencia*, 18 de marzo 2004.

43. Unión Europea, Tribunal de Justicia (Sala), Sentencia C-129/00, de 9 de diciembre 2003.
44. Villagrán, F. (1969). *Teoría General del Derecho de la Integración Económica*. Costa Rica: Universitaria Centroamericana.

La administración pública frente a la norma inconventional

Public administration in the face of nonconformity with conventional law

SERGIO CARULLO*

Resumen



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

¿El control de convencionalidad es una facultad exclusivamente judicial o corresponde también realizarlo a la administración pública? Se indaga en el comportamiento de la administración frente a la norma inconstitucional. Posteriormente se considera el control de convencionalidad a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Consecutivamente se analiza lo que sucede en el derecho comparado, en particular Perú, México y Colombia. Finalmente se esbozan reflexiones en la convicción de la importancia que tiene, para la administración pública, el respeto por los derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa.

Palabras clave

Control, Convencionalidad, Administración, Pública, Competencia.

Abstract

Is control of conformity with the convention an exclusive power of the judiciary? Or is it also incumbent upon public administration? This work focuses first, on how public administration behaves towards an unconstitutional law. Subsequently, control of conformity with the convention is considered on the basis of jurisprudence from the Inter-American Court of Human Rights and judgments of the Supreme Court of Justice of Argentina. Consecutively, it discusses the situation in comparative law, particularly Peru, Mexico and Colombia. Finally, it outlines considerations on the importance that public administration attaches to respecting human rights in the exercise of government functions.

Key words

Public, Administration, Nonconformity, Conventional, Law.

*Lic. en Derecho y Maestrando de Derecho Administrativo. Adscripción a las Cátedras de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8742-592X>. Correo electrónico: sergiocarullo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista práctico, es posible señalar que la influencia entre Constitución y Administración es recíproca; mientras que la influencia de la Constitución en la Administración es de sistema; la de la Administración sobre ella es de eficacia. La Constitución es estructura, es algo estático; mientras que la función administrativa es actividad dentro de la estructura, y algo dinámico (Bielsa, 1964, p. 144). Esto nos inspira a trabajar esta influencia recíproca e ir más allá hacia la relación del Derecho Administrativo y los Tratados Internacionales, particularmente la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH).

Es así, que en el presente trabajo se reflexiona sobre si el control de convencionalidad puede o no ejercerse en sede administrativa. Hay dos hitos importantes que motivan debatir el tema, el artículo 75 inc. 22 incorporado con la última reforma de la Constitución Nacional, donde se sumaron numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y el deber, dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de controlar la vigencia de dichos tratados por parte de todas las autoridades de un Estado.

Se analiza el comportamiento de la administración frente a la norma inconstitucional. Al indagar sobre los límites y alcances de las verificaciones de legalidad que debe realizar la administración, no se puede dejar de considerar el control de constitucionalidad.

Posteriormente se estudia el control de convencionalidad que se establece al comienzo de la jurisprudencia de la CIDH y en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Se continúa con el análisis del caso “Gelman”,¹ que tiene trascendental importancia al ampliar los mandatos sobre control de convencionalidad.

Consecutivamente se analiza el derecho comparado y se mencionan algunos países sujetos a los mismos tratados internacionales y a sus respectivas instituciones supranacionales para ver qué sucede allí con el control de convencionalidad en sede administrativa.

Previo a formular algunas reflexiones finales, se destaca un fallo de la CIDH que tiene que ver con el respeto de la Convención en un caso concreto, en relación con el ejercicio de función administrativa y el respeto de los derechos humanos. Este caso es anterior a “Gelman”, pero cobra relevancia para el tema de análisis con posterioridad a éste, es decir, el caso “Baena”.² Es necesario tomar algún ejemplo para dimensionar cómo impacta la jurisprudencia de dicha Corte en el potencial ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa.

Al final se esbozan algunas reflexiones sobre lo analizado en el presente trabajo en la convicción de la importancia que tiene, para la administración pública, el respeto por los derechos humanos en el ejercicio de la función administrativa.

¹ Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 2013, Serie C, N° 221.

² Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ARGENTINA

El control de constitucionalidad es el mecanismo y la función que se ejerce para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución. Presupone principalmente la existencia de una Constitución rígida, la independencia del órgano que controla y las facultades decisorias de éste.

En Argentina, al sancionarse la Constitución originaria en 1853, se tomó el modelo estadounidense en relación con el esquema de poder. La famosa sentencia “Marbury v. Madison” (1803) que asignó en Estados Unidos dicha función a los jueces en general, ya se conocía, es decir, se tomó el modelo norteamericano en el nivel constitucional, que sigue el del Common Law. Mientras que todo el resto de nuestro ordenamiento se basó en el modelo continental europeo. Pero tampoco aquí se determinó expresamente el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad. Sin embargo, las leyes que se dictaron en forma inmediata, la Ley 27 de 1862 y la 48 de 1863, así como la jurisprudencia posterior de la CSJN, determinaron que el control queda en manos de los jueces. Luego, con la reforma de 1994, el ejercicio del control de constitucionalidad por los jueces obtuvo reconocimiento normativo en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad federal resulta complejo porque puede ser realizado por distintos órganos, aunque tiene la decisión final el Poder Judicial y en última instancia la CSJN. El hecho de que sean todos los jueces los que pueden declarar la inconstitucionalidad lleva a sostener que el sistema es “jurisdiccional difuso”.

El control se realiza en un caso concreto judicial, ya que no se pueden formular planteos teóricos o abstractos. Anteriormente se decía que la vía para instarlo era “de excepción” en un caso concreto. Pero en la actualidad con la “amplitud” que ha obtenido la acción de amparo, en la jurisprudencia primero y la reforma constitucional de 1994 después, ya no puede afirmarse más ello. Refuerza esta tendencia la aparición de la vía de interpretación jurisprudencial de la acción declarativa de inconstitucionalidad (Rossetti, 2010, p. 345).

El control se realiza sobre los diferentes elementos que caen bajo la exigencia de respeto de la supremacía constitucional, lo que permite afirmar que éste puede recaer tanto sobre actos, hechos —del Estado o de particulares—, como sobre normas y también, más discutido por algunos, sobre omisiones. A su vez, en principio actúa a pedido de parte, pero también la jurisprudencia admite cada vez más la posibilidad de un control de oficio, basado principalmente en el principio de supremacía constitucional y el de *iura novit curia* —el juez conoce el derecho— (Rossetti, 2010, p. 346).

En cuanto a los efectos, la declaración de inconstitucionalidad no elimina la norma del sistema, sino que el juez se limita a no aplicarla para el caso concreto; entonces, el efecto con respecto a las normas, en el caso es *retroactivo*, mientras que con respecto a los actos o hechos constitucionales puede ser *restitutivo*.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

Se repasan cuatro categorías que describe Buteler (2015, p. 169), en cuanto a la postura a tomar por la administración frente a la ley inconstitucional. Este autor distingue entre las siguientes cuatro atribuciones de la administración pública: a) la declaración de inconstitucionalidad; b) la interpretación constitucional; c) la inaplicación de normas generales y d) la objeción de inconstitucionalidad.

Sobre la *declaración de inconstitucionalidad* indica que, si bien parecería irrazonable que la administración, al momento de tener que tomar una decisión, se encuentre obligada a aplicar una ley contraria a la Carta Magna, esta declaración es facultad exclusiva del Poder Judicial. Configura éste un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico. Refiere que el Poder Ejecutivo sólo puede estar facultado a declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando exista una expresa autorización constitucional (Buteler, 2015, p. 177).

Cabe aclarar que la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad en sede administrativa fue rechazada por la Corte Suprema de la Nación. Se destaca particularmente el caso “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. provincia de Salta”,³ donde sostuvo que es tan imperativo para las provincias como para la nación (art. 5º, CN), el principio constitucional conforme con el cual la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular los actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia. Este criterio fue reiterado en otras decisiones judiciales.⁴

En cuanto a la *interpretación constitucional* que se entiende como la determinación de sentido y alcance de un precepto constitucional refiere que no existiría obstáculo alguno para que se realice en sede administrativa (Buteler, 2015, pp. 177-178).

Con respecto a la *inaplicación de normas generales*, en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales por parte de la administración, puede realizarse con independencia de que exista o no autorización legislativa, siempre que tales decisiones emanen de la Corte Suprema o de un máximo tribunal de provincia y se hallen firmes y consentidas (Buteler, 2015, p. 179).

Respecto a la *objeción de inconstitucionalidad* refiere que no plantea inconvenientes que se realice en sede administrativa, ya que permite generar conciencia a quienes ostenten la función legislativa para cambiar la norma o en su caso, a declarar la inconstitucionalidad de una ley por parte de quienes tienen el ejercicio de la función jurisdiccional (Buteler, 2015, p. 180).

En cuanto a las categorías planteadas, se comparten estas posturas, y se considera que la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa es en sí misma inconstitucional porque es una función exclusiva del Poder Judicial de acuerdo con lo dispuesto por nuestro máximo tribunal⁵ y lo que reza nuestra Constitución Nacional en su artículo 43.

A continuación, se analiza otro tipo de control a discutir en sede administrativa, el control de convencionalidad.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es la institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y dentro de éste, el Derecho Internacional de los Derechos

³ CSJN, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. c. provincia de Salta”, Fallos: 269:243 (1967), en especial consid. 6º.

⁴ CSJN, “Provincia de Mendoza c. Nación”, Fallo 298:511 (1977), consid. 10º; CSJN, “Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo”, Fallos: 311:460 (1988), consid. 13º y “Deledda, Francisco y otros c. Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo medida cautelar innovativa”, Fallos 311:1313 (1988), voto del juez Bacqué.

⁵ CSJN, “Sojo Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación”, Fallo 32:120 (1887); “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo Isabel”, Fallos 33:162 (1888); entre otros.

Humanos. Es el control que se realiza entre las normas internas y la CADH, y los fallos e interpretaciones de la CIDH.

En el caso específico de la protección de los derechos humanos, la CADH, ratificada por la Argentina en 1984, constituye el instrumento más importante de protección a nivel regional, siendo la CIDH, el tribunal que la Convención creó para interpretar los derechos y garantías reconocidos en el Pacto.

La aceptación por nuestro país de la competencia contenciosa de la CIDH nos obliga a cumplir sus decisiones y a trasladar al ámbito interno los principales lineamientos para una mejor y eficaz aplicación de los derechos reconocidos. Debemos resaltar que, en la CADH, la Argentina aceptó respetar y garantizar todos los derechos reconocidos en la Convención, como así también la obligación de adoptar todas las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer compatible el derecho interno con las garantías establecidas en el tratado.

a) CIDH La doctrina del control de convencionalidad emergió de la jurisprudencia de la CIDH. Las primeras referencias a su denominación obedecen a la labor del entonces juez, Sergio García Ramírez, quien en su voto razonado en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”,⁶ hizo referencia a un «régimen convencional» que obligaba a todos los órganos del Estado, haciendo especial mención al «control de convencionalidad», que efectúa la CIDH. En realidad, el Tribunal regional siempre, desde sus primeras sentencias, analizó la compatibilidad de las normas y acciones estatales con lo establecido por la CADH, sólo que ahora, a dicho testeo de comprobación le puso nombre propio de identificación, circunstancia que permitió avanzar en sus alcances y resaltar su consideración en los Estados partes de la Convención.

No obstante, el antecedente señalado, este instrumento se consolidó, a partir de fallos de la CIDH entre los que mencionó el caso “Almonacid”,⁷ donde refiere que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la CIDH, intérprete última de la CADH.

En el caso “Trabajadores Cesados del Congreso”,⁸ se expresa que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la CADH, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

b) CSJN El control de convencionalidad continuó afianzándose con fallos de la CSJN. Se destaca, entre otros, el caso “Mazzeo”,⁹ donde se confirma la doctrina del caso Almonacid, cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad. Refiere dicho fallo que hay que tener en cuenta no sólo la cadh, sino también la interpretación que la propia CIDH haya practicado.

⁶ Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”; voto razonado juez García Ramírez; del 25 de marzo de 2003, Serie C, N° 101.

⁷ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.

⁸ Corte IDH, “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 174.

⁹ CSJN, Mazzeo Julio Lilo y otros s/Recurso de casación e inconstitucionalidad, Fallos: 330:3248 (2007).

También el fallo “Rodríguez Pereyra”,¹⁰ por medio del cual, se expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), fundamentando que: “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”.

c) *Control de convencionalidad vs. Control de constitucionalidad* Cuando se instaló a nivel local la doctrina del control de convencionalidad, se empezó a debatir sobre si dicho control resultaba similar al control de constitucionalidad que realizan los jueces nacionales, verificando la adecuación de las leyes con la Constitución Nacional (CN), o si, por el contrario, se trataba de dos controles distintos, cuyos resultados no necesariamente pueden coincidir en el caso concreto. Entiendo que la principal confusión radica en pensar que los tratados han sido *incorporados* a la Constitución y *que forman parte de ella*. Si se sigue dicho razonamiento, entonces resulta lógico pensar que la verificación de constitucionalidad abarca la de convencionalidad, o, dicho de otra manera, que una norma al ser constitucional, también es convencional.

Sin embargo, se trata de dos controles distintos. Apoyo esta postura en que la reforma constitucional de 1994 lo que hizo fue reconocer la jerarquía de los tratados, aceptando en dichos instrumentos su fuente propia, la internacional, de allí que los tratados no hayan sido *constitucionalizados*, ni *incorporados a la Constitución*. La internalización de los tratados no supone desconocer que cada norma mantiene su propia fuente específica: los tratados son derecho internacional, y las leyes, derecho interno, cuyas disposiciones deben guardar consonancia con los mandatos internacionales, por expresa disposición del constituyente (Trucco, 2016, p. 3).

Pueden existir, y obviamente existen conflictos al momento de interpretar lo dispuesto en la Convención u otros instrumentos internacionales incorporados y la Constitución. Sin embargo, esto no comporta “derogación” ni mucho menos, sino que ellos se resuelven, en razón de lo dicho, de acuerdo con los diferentes mecanismos de resolución de conflictos de derechos que se usan normalmente. Por ejemplo, se deberá “ponderar” utilizando algunos criterios como el principio *pro homine* (Gil Domínguez citado por Rossetti, 2010, p. 339).

UN EJERCICIO AMPLIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EL CASO “GELMAN”¹¹

La sentencia de supervisión dictada por la CIDH en el caso “Gelman” es muy trascendente, ya que se estableció que el deber de aplicar el control de convencionalidad *ex officio* no se encuentra reservado única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, sino que se extiende a toda autoridad de representación democrática directa o indirecta, teniendo como límite de actuación el ámbito de sus competencias. Esta consideración vertida por la CIDH es determinante para considerar los alcances del

¹⁰ CSJN, Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios, Fallos: 335:2333 (2012).

¹¹ Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay”, del 20 de marzo de 2013, Serie C, N° 221.

control de convencionalidad, pues extrae el deber de mantener la vigencia del orden convencional a los jueces, para distribuirlo a toda clase de autoridad.

En la sentencia referida, la Corte, en el párrafo 59, establece que:

59. La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual, los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe —*pacta sunt servanda*— y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado —Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público— y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

La Corte justifica sus consideraciones en la obligación que poseen los Estados de adecuar su derecho interno a lo previsto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como lo establecido por el artículo 2° de la Convención Americana, cuya exigencia se traduce en un quehacer permanente por hacer efectivos los derechos y disposiciones convencionales. Lo anterior se puede observar en el párrafo 60 de la sentencia en cuestión:

60. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Adicionalmente, los Estados tienen la obligación general contenida en el artículo 2° de la Convención de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo que implica, según las circunstancias de la situación concreta, la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En el párrafo 84, se hace referencia a la función que posee toda autoridad, para hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de la Corte:

(...) en tanto que todas las autoridades y con mayor razón las que realizan funciones jurisdiccionales —en todos los niveles— “tienen la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

Esta obligación se reitera en los párrafos 92, 93, 97, 98 y 100, con lo cual queda de manifiesto que el control de convencionalidad debe primar en todo momento, ya que es función de cualquier autoridad pública, y no sólo de la judicial, el garantizarlo:

92. (...) el “control de convencionalidad” constituye “una obligación” de toda autoridad de los Estados Parte de la Convención de garantizar el respeto y garantía de los derechos humanos, dentro de las competencias y regulaciones procesales correspondientes...

93. Así, la segunda manifestación del ejercicio del “control de convencionalidad”, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, toda autoridad pública y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, lo cual les obliga a ejercer *ex officio* un control de convencionalidad.

97. (...) toda vez que con claridad explicitó que este tipo de control debe realizarse *ex officio* por todas las autoridades nacionales —incluyendo las instancias democráticas— “en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (...).

98. Así, se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades nacionales (que tienen la obligación primaria y fundamental en la garantía de los derechos y de ejercer “control de convencionalidad”) y las instancias internacionales —en forma subsidiaria y complementaria—; de modo que los criterios de decisión pueden ser conformados y adecuados entre sí, mediante el ejercicio de un control “primario” de convencionalidad por parte de todas las autoridades nacionales y, eventualmente, a través del control “complementario” de convencionalidad en sede internacional. En todo caso, no debe perderse de vista que el Estado “es el principal garante de los derechos de las personas” y tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos.

100. En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” —con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario—, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutio-nale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región.

Esta sentencia me parece fundamental para el tema de análisis, ya que despierta el interrogante sobre los límites del control de convencionalidad, para la administración pública de un Estado, en cuanto al ejercicio de dicho control de oficio sobre sus propios actos.

La CADH y las decisiones de la CIDH afectan a un conjunto de países pertenecientes a nuestro continente, es por eso que veremos, a continuación, qué sucede en algunos países con el control de convencionalidad en sede administrativa.

DERECHO COMPARADO

a) *Perú*: El jurista Bolaños Salazar (2016, p. 66) se pregunta, ¿si al descartar la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa, cabe como alternativa

el control de convencionalidad? En este país quedó expresamente prohibido el control de constitucionalidad por la administración en un fallo “Consortio Requena” del Tribunal Constitucional Peruano.¹²

Se interroga entonces dicho autor si el control difuso de convencionalidad constituye una vía alterna para que los órganos administrativos, en ejercicio de sus funciones, salvaguarden los derechos y libertades de los administrados. Más allá de la clara tendencia hacia las teorías subjetivas de la administración pública a la que parece orillarse el Tribunal Constitucional en el precedente “Consortio Requena”, lo cierto es que no podemos ni debemos perder de vista que detrás de toda esta discusión hay un fin: la protección de la persona, del administrado, del ciudadano o comoquiera que se le entienda (Bolaños, 2016, pp. 71-72).

b) *México*: En el caso “Cheran”,¹³ la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación llevó a cabo un control difuso de constitucionalidad mediante una interpretación a favor de los derechos del pueblo indígena Purépecha de la comunidad de Cherán, en Michoacán, para proteger sus derechos a la libre autodeterminación.

En su fallo el tribunal enfatizó que el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán no cumplió con lo señalado en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cuando se limitó a señalar que no tenía atribuciones para resolver la petición del pueblo de Cherán. La misma estableció que todas las autoridades (jurisdiccionales o no) tienen el deber de observar, en la interpretación y aplicación, los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales correspondientes, de manera que se aplique la norma que favorezca de mejor manera a la persona.

c) *Colombia*: En su trabajo sobre el control de convencionalidad en el derecho colombiano, los juristas Sierra Zamora, Cubides Cardenas y Carrasco Soulé (2016) refieren que el Control de Convencionalidad contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público. Refieren los autores que cuando una administración pública efectúe un Control de Convencionalidad respecto de una norma de jerarquía superior, lo primero que habrá de hacer es interpretar la misma a la luz de la Convención, de no ser esto posible, lo único que le quedará por hacer será no aplicar la norma en la resolución de la cuestión.

Lo que sí no debe hacer la administración, es dejar de realizar el control bajo el pretexto de que una ley local le manda tal o cual cosa, pues con ello se estaría incurriendo en inconventionalidad, violándose así el principio de legalidad, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y demás derechos de los particulares que en el asunto se encuentren al amparo de dicha entidad (Sierra Zamora, Cubides Cardenas y Carrasco Soulé, 2016, p. 36).

¹² Perú. Superior Tribunal Constitucional, Exp. N° 04293-2012-PA/TC del 20 de agosto de 2012.

¹³ México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, SUP-JDC-9167/2011, del 2 de noviembre de 2011.

CASO “BAENA”¹⁴. FALLO DE LA CIDH PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Cabe preguntarse cuál es el momento para que la Administración realice el control de convencionalidad; o bien en el ejercicio de qué actividades o potestades debe hacerse. Estos son todos interrogantes válidos cuando se analiza este tema y es adecuado tomar un fallo de la CIDH como ejemplo de respuesta a los mismos.

El caso “Baena” tiene que ver con una de las importantes actividades que se llevan adelante en el ejercicio de la función administrativa como es la potestad sancionatoria. A continuación, se explica el fallo y los principios que surgen del mismo, en definitiva, se trata de lo que podría ser un caso concreto a tener en cuenta para un control de convencionalidad a ejercerse por la administración.

Sobre los hechos del caso, el presidente de la República de Panamá determinó que había una vinculación entre el paro de labores de los trabajadores estatales y el movimiento del Coronel Eduardo Herrera Hassán y, con base en ello, ordenó que se despidiese a los trabajadores que habían participado en dicho paro, presumiéndose su culpabilidad. Incluso, la forma utilizada para determinar quiénes habían participado en la organización, llamado o ejecución del paro nacional efectuado el 5 de diciembre de 1990, fueron “informes” realizados por diversos jefes de la entidad, lo que significó la negación a los trabajadores de un proceso formal previo a la destitución. Una vez identificado el trabajador, que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitírsele presentar alegatos y pruebas en su defensa. Una vez impuesta la sanción, el funcionario público podía solicitar su reconsideración a la misma autoridad que lo había despedido, así como apelar ante el superior jerárquico de dicha autoridad. Sin embargo, consta en el acervo probatorio de este caso que no todos los recursos interpuestos fueron siquiera contestados, lo cual implica una violación al derecho de recurrir.¹⁵

No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.¹⁶

Es a raíz de este caso, que la Corte interpreta el art. 8 de la Convención sobre las garantías judiciales y refiere que su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.¹⁷

¹⁴ Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72.

¹⁵ Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 133.

¹⁶ Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 134.

¹⁷ Corte IDH, “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, del 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, apartado 124.

Luego de lo mencionado en el caso “Gelman”, respecto al deber de todas las autoridades de aplicar el control de convencionalidad de oficio, es que cobra particular importancia este fallo para que sea conocido por los funcionarios públicos de la administración del estado miembro. Esto porque la CIDH es clara en este caso en que el capítulo de las garantías judiciales dispuesto en la CADH, rige inclusive para la actividad administrativa. La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

De aceptar que los Estados miembros pueden realizar, en el ejercicio de sus competencias, el control de convencionalidad en sede administrativa es fundamental que la administración advierta qué opina la CIDH en sus fallos. Tal como sucedió en “Baena”, se buscó garantizar el derecho humano a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, incluyendo a la administración a cumplir con tal deber. Así como las garantías judiciales, existirían otros derechos, contenidos en los fallos de la CIDH, que podrían ser incorporados al control de convencionalidad que realice la administración.

CONCLUSIONES

En el marco de análisis en cuanto a la posibilidad del ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa, es importante destacar la complejidad e insuficiente accesibilidad de la Jurisprudencia Interamericana. El *corpus iurisinteramericano* se ha vuelto extenso y complejo, por lo que su correcta aplicación en sede nacional vía control de convencionalidad, requiere su cabal conocimiento por parte de los funcionarios públicos.

Creo que existe, en nuestro país, un manejo y un conocimiento cada vez más importante respecto del ejercicio del control de convencionalidad por los tribunales. Sin embargo, todavía se encuentra en desarrollo y por lo tanto es insuficiente. Cabe preguntarnos entonces, qué queda para la administración pública. Constituye un verdadero desafío conocer los tratados, los fallos, las interpretaciones y, además, controlar su aplicación. Es un desafío necesario a encarar, teniendo presente que debe hacerse con sumo cuidado. Ya que, si no son eficaces, tanto los canales de información como la debida capacitación, el control de convencionalidad puede tener efectos perversos como la aplicación demagógica o distorsionada.

La proyección de los derechos humanos, así como su tutela, no se limita a una determinada función estatal, sino que impacta en todas las esferas competenciales del Estado, ya que éste tiene la obligación ineludible de salvaguardar la vigencia de lo dispuesto por la CADH y otros tratados.

Para finalizar, se retoma el punto donde se analizó el control de constitucionalidad en sede administrativa, y en ese sentido, se considera que declarar la violación de lo dispuesto por un Tratado, al igual que la declaración de inconstitucionalidad, corresponde al Poder Judicial, en ejercicio de su función jurisdiccional.

Sin embargo, es válido y necesario que los funcionarios públicos de la administración en el ejercicio de su actividad, y en los términos de categorías de

acciones indicadas, no apliquen una norma inconvencional en seguimiento de lineamientos jurisprudenciales; objeten una norma porque viola la convención para generar conciencia a quienes tienen potestades de cambiar la norma o de declararla inconvencional; o realicen una interpretación sobre el sentido y alcance del precepto convencional en sus actos.

Es definitiva, el control de convencionalidad en sede administrativa se debe dar en el marco de las competencias que la Administración tiene, tal cual se menciona en el caso “Gelman”.

Sería deseable encontrar las vías para hacer cumplir y respetar los derechos humanos para todos, una sociedad que privilegie seriamente la libertad para todos y persiga la igualdad real de oportunidades y de trato para sus miembros, una democracia participativa y deliberativa que incluya a todos y que se desechen los privilegios de unos pocos, la corrupción, la desigualdad, la pobreza y tantos otros males que aquejan a nuestro país.

La Administración no puede ser ajena a este deseo y debe tener una participación activa para que los derechos humanos de sus administrados sean ejercidos, por lo que será necesario seguir profundizando y desarrollando el tema para generar los mecanismos que hagan factible y serio el accionar, dentro de sus competencias, frente a la norma inconvencional.

REFERENCIAS

1. Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo* V. 1 (6ta Ed.). Buenos Aires: La Ley.
2. Buteler, A. (2015). La interpretación de la Constitución en sede Administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*. Recuperado de <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44533> ISSN 2359 -5639.
3. Bolaños, E. (2016). ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado de https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibici%C3%B3n_del_control_difuso_en_sede_administrativa.
4. Rossetti, A. (2010). Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad en la Argentina. En *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Vol. I, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
5. Sierra Zamora, P.A., Cubides Cardenas, J., Carrasco Soulé, H. (2016). *Colección JUS Público Tomo 17*, Cap. 11. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
6. Trucco, M. (2016). El control primario de convencionalidad a cargo de los jueces nacionales. *MicroJuris*. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/tag/control-de-convencionalidad/>.

El sistema penal acusatorio mexicano como producto del sistema penal de expansión

The mexican accusatory penal system as a product of the expanding penal system

JUAN CARLOS DELGADO SILES*

RICARDO COLÍN GARCÍA**

MARCO ALFREDO RAMÍREZ BARRANCO***

Resumen

Este opúsculo sobre el sistema penal mexicano, exhibe inconsistencias constitucionales en la administración y suministro del derecho punitivo y los desesperados artilugios estatales por complacer al estrépito político, más que al clamor y a la realidad social, con la expansión del derecho de penar y su concepción de nuevos riesgos jurídicos, la docibilidad y ablandamiento de incriminaciones punitivas limitantes de principios rectores del proceso penal, en franca vulneración de los derechos de los justiciables y de la sociedad en general, evidenciando la fallida política criminal, y el fracaso del régimen estigmatizador Estatal para mantener armónicamente a la sociedad mexicana.

Palabras clave

Derecho punitivo, Minimalismo penal, Expansionismo penal, Sobrecriminalización, Reforma.

Abstract

This article about of Mexican criminal system, shows constitutional inconsistencies in administration and supply punitive law and the state gadgets to please politician noise, more than to the crying and social reality, with criminal expansion and its conception of new legal risks, docibility and softening of limiting punitive incriminations of guiding principles of criminal proceedings, in frank violation of the rights of the justiciables and of society in general, evidencing the failed criminal policy and the failure of the state stigmatized regime to keep Mexican society harmoniously.

Key words

Punitive law, Criminal minimalism, Criminal expansionism, Overcriminalization, Reform.

*Doctor en Derecho Parlamentario. Integrante del Cuerpo Académico “Nuevos Paradigmas Procesales en Materia Civil y Penal”. Profesor de Tiempo Completo adscrito al Centro Universitario Texcoco de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9930-0270>. Correo electrónico: jcarlos_1721@hotmail.com

**Doctor en Derecho. Líder del Cuerpo Académico “Nuevos Paradigmas Procesales en Materia Civil y Penal”. Profesor de Tiempo Completo adscrito al Centro Universitario Texcoco de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8610-6436>. Correo electrónico: richard_lic1@yahoo.com.mx

***Estudiante de Licenciatura en Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: 0000-0003-1245-1055. Correo electrónico: marcoalfredoramirez@gmail.com



“Ya proliferan voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos, las «reglas del juego»”

(Silva Sánchez).

INTRODUCCIÓN

Sabedores de la dificultad que implica incursionar en un tema que la *vox populi* clama, respecto de la aplicación de la justicia penal, en una sociedad llena de incongruencias, que por una parte exigen libertades y respeto a sus derechos y por otra, se clama la aplicación de una justicia severa a quien se ubique o participe en un hecho que la ley señale como delito, a lo que se añade la presión de nuestro vecino del norte para el combate a la delincuencia, a efecto de que sus intereses de inversión en nuestro país no se pongan en riesgo, de lo que se sigue que, ese clamor se deba entender como necesidad social, en el más amplio sentido de la palabra, misma que se fortalece con una cultura mexicana basada en una apología delictiva influenciada por los medios de control masivo, por lo que en el presente texto se aborda el tema del expansionismo penal que rige al sistema penal mexicano, a partir de una breve vista en las generalidades sobre creación aplicación y administración del Derecho Punitivo, que justifican al Derecho Penal a partir de la imposición de los instrumentos de control social formales e informales, emanado con ello las políticas públicas y políticas criminales con las que se da crédito a la creación y expansión de las normas penales, sentando las bases de la reformas penales expansionistas de 2008 en nuestro país y su cúmulo de nuevas figuras punitivas en lo sustancial y en lo adjetivo, principalmente en lo referente al proceso con las reformas a los artículos constitucionales referentes a la justicia penal, lo que da pie a hacer, consideraciones constitucionales relevantes de la transición penal mexicana por las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19 y 20, que dieron un aspecto distinto al presente sistema, con las nuevas formas e instrumentos para tratar asuntos de carácter punitivo, y la realidad jurídica del sistema penal mexicano y su sobrecriminalidad, marcada principalmente en los temas de la expansión punitiva de la delincuencia organizada; el expansionismo punitivo del arraigo, así como el expansionismo punitivo de las medidas cautelares y sus consecuentes providencias precautorias con su dirección expansiva hacia la prisión preventiva, que sin duda es la más lacerante de las figuras del expansionismo penal, pues en ella se contemplan todos los quebrantamientos a los derechos de las personas sujetas a un proceso penal, sin que se haya desahogado prueba alguna para poder transgredir la esfera personal de las personas y que sólo se impone por el supuesto peligro que representan.

GENERALIDADES SOBRE CREACIÓN APLICACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO

Universalmente, la reiterada necesidad del hombre consciente por lograr una convivencia armónica con sus semejantes, a partir del surgimiento de las primeras normas para la regulación de su comportamiento social, y su infinito interés por entender un derecho expiatorio en todas sus vertientes, lo han conducido a adoptar nuevas y cada vez más rigurosas disposiciones legales, tendientes a erradicar la existencia total de un desarrollo social fundado en acciones desgobernables de desorden, desquiciamiento y caos.¹

Luego entonces, se advierte que, en el orden mundial, los mecanismos orientados hacia la convivencia armónica aludida, más bien se conducen, desde siempre como un asunto que obedece, en principio a influencias externas, debido a que, “para la globalización económica, la vigencia del Estado de Derecho, en la región es una forma de garantizar el movimiento de la economía y el cumplimiento de los contratos y la propiedad de las inversiones” (Hernández, 2017, p. 141), sirviéndose de distintos aparatos controladores de acciones y comportamientos humanos, tanto informales y sublimes, como formales y represores, que en su conjunto, son dominantes de la conciencia humana y de los comportamientos anormales, en principio con la intervención consensuada de instrumentos, que en palabras de García Ramírez, se llevan “a través de las relaciones que suceden al interior de la sociedad, de tal manera que la regulación sea mediante controles informales que se aplican al arbitrio de instituciones sociales consolidadas, ajenas al Estado” (García, 2013, p. 37), con todo y que, estos artilugios dominantes inherentes a la vida misma del ser humano, como lo son la familia, la escuela y la religión, así como el Derecho Penal, mismo en su fase intimidatoria, no han sido bastos para dar el buen cause al destino de la sociedad contemporánea, justificación suficiente para utilizar sus mecanismos represores con los que cuenta en ejercicio de su monopolio de la violencia legítima y por si fuera poco, utilizar su facultad para crear nuevas formas de reprimir, por cuanto que:

[...] no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a legislación penal (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios que tranquilizan a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva) (Silva, 2011, p. 7).

En esencia, la sociedad que se alude apremia políticas eficaces de prevención y sanción de injustos de desvalor, con las respectivas “medidas (jurídicas, sociales, educativas, económicas, etc.) que adopta una sociedad políticamente organizada para prevenir y reaccionar frente al delito, a efecto de mantenerlo en algunas cuotas

¹ Los autores de este apartado, de ninguna manera comulgan con una sociedad anárquica y antagónica a las leyes del orden, pues es tanto como aceptar una sociedad caótica, carente de todo Estado de derecho, empero si pugnamos por un sistema con que proteja y haga valer el desarrollo y desenvolvimiento natural constante y perpetuo de la incorporación básica inherente a la humanidad del ciudadano, bien como individuo o como grupo social en cualquiera de sus formas.

tolerables” (Sanz, 2017, p. 1), empero, con trabajos legislativos que no emanen de una política criminal externa y de una imprecisa *vox populi* en cuanto a su labor protectora y defensora de sus ciudadanos, sino con creación de leyes coercitivas, que sufran perfecciones derivadas de un *ius puniendi*, de naturaleza evolutiva y sistemática, guiado por las condiciones sociales y económicas de cada Estado, cimentado en las ciencias sociales creadas por el hombre, como cualquier rama del Derecho, consecuentemente imperfecta, susceptible de errores y múltiples observaciones a las inconsistencias, tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo, pero respetuosa de los derechos fundamentales, como “derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (Ferrajoli, 2009, p. 19).

De manera que, ese despliegue sistemático del Derecho Penal no necesariamente implica incurrir en un expansionismo punitivo servilista, con la “creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía” (Silva, 2011, p. 5). Como lo presume el Estado mexicano a partir de la inadecuada reforma constitucional del año dos mil ocho, con la que se opera en la actualidad el sistema penal acusatorio mexicano, con su caótica administración y aplicación de normas penales, que no se apegan a lo establecido por la Carta Magna.

LAS REFORMAS PENALES EXPANSIONISTAS DE 2008

Bajo el panorama y la inexcusabilidad referida con antelación, el 18 de junio de 2008 en México se dio paso a las reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, secundada por las referentes a los derechos humanos del 10 de junio de 2011, con una transición que transmutó al paradigma normativo mexicano con una concepción acaecida en torno a los derechos y garantías de las personas pertenecientes al territorio nacional, así como un cúmulo de limitantes accionarias de parte del Estado en todas sus esferas de poder (ejecutivas, legislativas y judiciales), para con sus gobernados.

De manera que, precisamente esos gobernados palpablemente, resentimos tal trascendencia jurídica producto de las citadas reformas que heterogéneamente transformaron al anterior sistema de corte inquisitivo, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, a partir de la presión externa, (principalmente de Estados Unidos) y el clamor público sobre la implementación de un sistema penal más justo y humano, justificando de esa manera la necesidad de explorar nuevas formas de hacer frente a los problemas de inseguridad, y conviniendo también, en que son fruto de los cambios sociales internos y externos de nuestro Estado mexicano, que conjuntamente armonizan en la exigencia de la sociedad mexicana, ante el Estado de incertidumbre en el que se sigue encontrando la seguridad de propios y extraños, y para la cual se admite y de hecho se reivindica el funcionamiento de la democracia para que ponga en marcha al Estado de Derecho y su “conjunto de “reglas de juego” –de carácter fundamentalmente procedimental– que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y en su relación con los individuos que forman parte de una determinada comunidad política” (Carbonell, 2014, p. 65).

Así, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se reformaron en nuestra Carta Magna del artículo 16 al 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción XII del artículo 115 y la fracción XIII, apartado B, del artículo 123, trastocando de fondo las principales instituciones del sistema de justicia penal y estableciendo la necesidad de adoptar la oralidad como instrumento, la publicidad como necesidad de transparencia y la adversarialidad como un mecanismo de eficiencia y control de calidad en el servicio de justicia (Gómez, 2016, pp. 108-109).

CONSIDERACIONES RELEVANTES DE LA TRANSICIÓN PENAL MEXICANA

La reforma expansionista penal implicó nuevas figuras jurídicas y la extinción de otras por el devenir de las primeras, donde de manera explicativa más no limitativa emergieron figuras como los jueces de control (artículo 16), la integración de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como el mejoramiento del sistema de defensoría pública (artículo 17), la reestructuración de la organización del sistema penitenciario fundado éste en la reinserción del sentenciado a la sociedad, (artículo 18), la estipulación estricta de los tipos penales considerados de mayor gravedad en todo el territorio nacional que ameritarían prisión preventiva de carácter oficioso (artículo 19), el surgimiento de un sistema penal de corte acusatorio y oral con su conjunto de principios generales, así como también la creación y modificación de principios concernientes a los probables imputados y probables víctimas u ofendidos con añadidura a la estipulación de medidas cautelares para la protección de sus derechos (artículo 20), estas reformas a los artículos constitucionales, entre otras, fueron las que por su relevancia jurídica han significado el cambio más trascendental de los últimos tiempos en la normatividad mexicana. En fin, de forma sintética, se advierte que la restauración del sistema penal mexicano básicamente aportó nuevos aspectos como lo son:

- a) establecimiento del proceso acusatorio; b) principios procesales; c) derechos del imputado; d) derechos del ofendido y de la víctima; e) orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso; f) precisiones procesales y terminológicas; g) modificaciones al Ministerio Público; h) nuevo perfil del órgano jurisdiccional; i) mecanismos alternos de solución de controversias; j) delincuencia organizada; k) sistema nacional de seguridad pública (Valencia, 2009, p. 39).

Sin embargo y a pesar de las significativas reformas aludidas, y con lo utópico que sueña la relevancia jurídica del actual sistema adjetivo penal mexicano para hacer frente al problema de inseguridad, todos deberíamos presumir que México actualmente cuenta con un ordenamiento supremo, garante de los derechos que le asisten a cada ciudadano en todo proceso penal, sin importar la parte que le corresponda jugar en un proceso determinado y específico, mandamiento, “que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso el imputado, y en el momento de la ejecución penal, el preso” (Ferrajoli, 2018, p. 34).

REALIDAD JURÍDICA DEL SISTEMA PENAL MEXICANO Y SU SOBRE CRIMINALIDAD

Bajo una óptica de optimismo, es dable aceptar que el actual sistema penal acusatorio mexicano está colmado de buenas intenciones *de iure*, por cuanto que en principio fue presentado con un esbozo de sistema garantista penal, que supone límites al poder punitivo a partir de los principios mencionados que conllevaban la tutela de las garantías individuales de todo individuo sujeto a un proceso penal, e incluso se llegó a vislumbrar al sistema punitivo actual, como un Derecho Penal mínimo, tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo, que implicaría un sistema limitante:

[...] capaz de vincular la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos, como en su averiguación judicial– a rígidos límites impuestos para tutela de los derechos de la persona. Por lo que respecta al delito, tales límites no son sino las garantías penales sustantivas: del principio de estricta legalidad o taxatividad de los derechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, los límites corresponden a las garantías procesales y orgánicas: la contradicción, la paridad entre la acusación y la defensa, la carga de la prueba en la acusación, la oralidad y la publicidad del proceso, la independencia interna y externa del poder judicial y el principio de juez natural (Ferrajoli, 2018, p. 28).

Ahora bien, bajo una visión más realista, se infiere que, las bases limitativas del relativamente nuevo poder punitivo, que prometía la reforma al sistema penal mexicano, deberían representar una alternativa viable al suministro de un *ius puniendi*, de resultados eficaces, a partir de la implementación de mecanismos garantes, tanto de los derechos reales, como de los derechos personales de todo ciudadano, *verbi gratia* la cognición del Derecho Penal al sistema penal acusatorio, oral y adversarial, con una figura de sujeto activo que “es siempre un sujeto de derecho, titular de garantías frente al poder penal del Estado, garantías tanto sustantivas como procesales necesarias para las exigencias del debido proceso, que constituyen límites para el poder del Estado” (Ponce, 2019, p. 26), límites que concatenados a los principios que rigen a sistema punitivo como lo es la publicidad, la contradicción, la concentración, la continuidad y la inmediación con fundamento en el vigésimo numeral de nuestro ordenamiento normativo supremo, deberían garantizar la correcta aplicación de leyes penales.

Sin embargo, es evidente que lejos estamos de ese garantismo penal, que manifieste “la demanda propia de la ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese «terrible poder», como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo (Ferrajoli, 2018, p. 22). Y para constatarlo basta sólo con mirar a la realidad fáctica en la *praxis* del sistema penal nacional, con su serie de quebrantamientos inconstitucionales en la materia de los que se podría dar una cuenta infinita, no obstante, a lo cual basta con hacer mención de lo que se contempla más constante y notorio en cuanto al expansionismo penal, en donde se hace gala de la relativización de las garantías personales y de la sobrecriminalización en un proceso penal.

La *overcriminalization* se caracteriza por un frenesí de nuevos delitos, incrementos de penas y disminución de garantías. Como el propio Hasak

indica, la *overcriminalization* comprende dos fenómenos distintos: por un lado, el *Overpunishment*, entendido como el incremento de penas de delitos pertenecientes al núcleo del derecho penal; y, por otro, la *overcriminalization* en sentido estricto, con la que se designa la extensión del derecho penal a hechos que se considera que no deberían ser integrados en él. Por lo que se refiere a la disminución de garantías, ésta afecta ciertamente al lado subjetivo del hecho. [...]. O puede constatarse en la disminución de garantías procesales (Silva, 2011, p. 193).

Así, la relativización en cuanto a las garantías procesales se observa en los mecanismos procedimentales de la *delincuencia organizada*, el *arraigo* y las *medidas cautelares*, con su respectiva y abusada aplicación de la *última ratio* (la *prisión preventiva*), que son un claro ejemplo de los productos del expansionismo penal.

EXPANSIÓN PUNITIVA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

De ahí que la lejanía citada, estribe en que parte considerable de las figuras florecidas del sistema acusatorio mexicano, se hunden en el engrandecimiento punitivo, tal es el caso de la dilatada importancia que se otorgó a la figura delictiva de la *delincuencia organizada* que por sí sola, advierte detalles en las restricciones y retrocesos que representa el trato especial y diferenciado a este tipo penal de rango constitucional (artículo 16, 18, 19 y 20), generando así una disyuntiva sistemática, ante la observancia de la contrariedad de los principios que propugna el nuevo sistema penal con este tipo penal.

Y es que tales excepciones conducen a una suerte de dicotomía procesal penal que distingue entre quienes pueden ser tratados conforme a la legislación penal ordinaria y quienes –por la condición de ser miembros de la criminalidad organizada y, por ello, sujetos presumiblemente más peligrosos–, son destinatarios de una respuesta penal diferenciada y, ciertamente, más invasiva (González y Witker, 2019, p. 110).

A mayor abundamiento respecto de la figura de la también conocida como criminalidad mafiosa, se observa que a pesar de las reformas concernientes al sistema de justicia penal y las referentes a los derechos humanos orientados por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (artículo 1, párrafo III, CPEUM), constitucionalmente el Estado mexicano ha definido² y restringido derechos y garantías a través del enaltecimiento de una política criminal encaminada al combate y a la guerra, declarada contra quienes suponen especialización en actividades delictivas y consecuentemente representantes de un aparente signo de riesgo para el orden común, merecedores de un trato distinto a toda persona “normal”, diferenciado, del ejercicio habitual del actuar punitivo estatal, encaminado a los declarados enemigos de la sociedad. “En el derecho penal del enemigo, el sujeto activo de la conducta viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un

² “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia” (Artículo 16, párrafo X, CPEUM, 2019).

peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro” (Martínez, 2015, p. 128).

Ahora bien, no se soslayan las notables y pesarasas repercusiones que ha traído aparejado el surgimiento de ciertos grupos delictivos en nuestro territorio y con las miles de vidas que ha cobrado el absurdo aferramiento al mantenimiento del poder entre los diversos grupos delictivos, la subcultura que ha brotado del modo de vivir y el modo de operar de los sujetos pertenecientes a tales asociaciones bélicas, así como el problema que persiste en la actualidad pese a reestructuración normativa penal y su fallido bagaje de políticas implementadas por el Estado, y en conciencia de que los grupos delictivos siguen socavando la seguridad jurídica mexicana.

Sin embargo, no por ello se deben implementar acciones inconstitucionales que se contrapongan a lo estipulado por nuestra Carta Magna, pues a nadie debe darse trato diferenciado de las demás personas pertenecientes a nuestro Estado, y en el mismo sentido debe atenderse a lo establecido por múltiples tratados internacionales³ de los que México forma parte y ha ratificado, tal como lo estipula nuestra Constitución en su numeral 1 párrafo I y II, así como también el arábigo 133 párrafo único, donde se ordena que “todas las personas gozarán de los derechos humanos”, y “se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”, “favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia”.

De ello resulta necesario admitir, el evidente colapso de fuerzas punitivas por cuanto que por una parte se propaga el rango constitucional de la protección de los derechos humanos y el goce de éstos, reconocidos de forma primigenia en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse y en su vertiente antagónica, se amplía el actuar punitivo del Estado en contra de un cúmulo de sujetos determinados, restringiendo la expansión de los primeros al clamor de los segundos. Clamor en el sentido, de que la incuestionable instrumentalización del Derecho Penal, se encuentra cimentada más que en el derecho, en hechos que las estructuras de poder motivadas por la opinión popular se sirven para ganar los ánimos de sus conciudadanos y consolidar su hegemonía, que, “en general, estimulan la violencia con el pretexto de combatirla, promueven la venganza, profundizan los prejuicios y crean estereotipos y chivos expiatorios, mediante una cultura de la imagen que neutraliza el pensamiento abstracto” (Zaffaroni, 2016, p. 19). Lo cual muestra que los sistemas jurídicos y en particular el mexicano, se encuentran determinados a funcionar de forma expansionistamente cíclica, con supuestas conjeturas democráticas, que los tornan arcaicos y autoritarios por antonomasia, plagados de cada vez más acciones arbitrarias que se suponían, debían ser superadas.

Por consiguiente, la incoherencia jurídica referida, consecuencia del expansionismo penal se constata cuando nuestra Constitución Política referente a la delincuencia organizada establece en su numeral 16, párrafo VIII que “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y en tratándose de delitos de delincuencia organizada podrá decretar la privación ambulatoria”, advirtiendo así la evidente molestia, que autoritariamente decreta restricciones a la libertad personal con la figura expansionista del arraigo, parida de las sobradas facultades del Ministerio Público que con sus, por demás débiles consideraciones encuadran los tipos penales, determinándolos vagamente ciertos, argumento suficiente para imponer o pe-

³ “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley” (Artículo 7, Declaración Universal de los Derechos Humanos).

tionar judicialmente un prejuzgamiento punitivo a través de una o más medidas de seguridad, bien de carácter correctivo o bien de carácter asegurativo, que de la misma forma que una pena anticipada, restringe y suspende los derechos humanos reconocidos por la Constitución.

EXPANSIONISMO Y ARRAIGO

De modo similar y por cierto derivado de la delincuencia organizada que se comentó en los párrafos que anteceden, como plena manifestación expansionista del derecho punitivo, se da cuenta del tema del arraigo que se vigoriza también a partir de la reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, figura a la que se le otorgó la calidad de medida cautelar de fundamento constitucional oficioso.

Esta medida de seguridad de carácter asegurativo excepcional establece que “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona con las modalidades de tiempo y lugar que la ley señale” (artículo 16, párrafo VIII, CPEUM), nótese que esta providencia, no deja de ser una restricción a la libertad hacia la persona, que no cuenta con el carácter de imputada o sentenciada, y que sin embargo ejecuta dicho acto con el fin de obtener información o en su aspecto negativo evitar se obstaculice, todo ello con demérito a las garantías de libertad.

En síntesis, el arraigo como medida cautelar se intrinca a los principios emergidos de las reformas (en materia penal y de derechos humanos), como lo son el de presunción de inocencia (artículo 20, apartado B), fracción I, CPEUM), libertad personal y de tránsito y consecuentemente al debido proceso (artículo 14, párrafo II, CPEUM, 2019), asimismo, cabe advertirse que, “una de las dimensiones que resultan más lesivas para las personas sometidas a esta figura es que permite espacios de escasa vigilancia y alta vulnerabilidad de las personas afectadas, por lo que es propicia a la tortura” (Martínez, 2015, p. 40), aunque claro está que tal instrumento coercitivo, forma parte de la opciones de eficacia para asegurar la presencia del imputado al proceso que se le sigue, como lo son también las 14 supuestas providencias de la ley adjetiva expansionista.

EXPANSIONISMO PUNITIVO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Emergidas también del expansionismo penal generado de la reforma constitucional de 2008, y que cobra forma con el surgimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, —normativa que sintetizaría las bases procesales penales a nivel nacional—, la supuesta súper figura de las providencia precautorias investidas como el “instrumento que forma parte del trámite procesal de aplicación previa a la comprobación de la culpabilidad de una persona en un hecho delictivo, asegurándose de que con ello no habrá impedimento alguno para el buen desarrollo de la investigación” (Delgado y Colín, 2017, p. 93), y como apéndice defecto, la protección a la pro-

bable víctima o a la sociedad de que se continúen cometiendo probables hechos delictuosos por parte del investigado.

En principio, no debe olvidarse que, anterior a las supra citadas reformas, y al surgimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales, cada entidad federativa contaba con su propia ley adjetiva, tal es el caso, del Código de Procedimientos Penales del Estado de México que dentro de sus numerales 319 (libertad bajo caución), 341 (libertad provisional bajo protesta), y 345 (libertad por desvanecimiento de datos), contemplaba con providencias asegurativas, que por si fuera poco paradigmáticamente se ampliaron con el nuevo sistema de justicia penal, pero ahora más numerosas, como medidas cautelares, compiladas en el artículo 155 del CNPP.

En fin que, a las medidas cautelares se les otorgó el objeto de “asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento” (artículo 153, párrafo I, CNPP, 2019), orientadas por los principios de legalidad, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y excepcionalidad, dándole cabida el nuevo sistema penal acusatorio, adversarial y oral, con el aspecto positivo de la protección y/o restitución de los derechos de las “probables” víctimas.

¿Pero?, ¿Qué representan para la persona a la que se le imputa “la probable” responsabilidad de un hecho delictivo y que por consecuencia deba administrársele una o más medidas cautelares para asegurar su presencia ante el órgano jurisdiccional y que a su vez represente riesgo para las víctimas, o a sus órganos probatorios?, ¿A caso no existen otros medios inocuizadores del supuesto sujeto activo de un hecho delictivo, más que la laceración de sus derechos tanto reales, como personales?, ¿De dónde la necesidad de tratar al probable responsable como al enemigo social al que se debe disuadir aun cuando ello implique atropellos a sus derechos humanos y garantías o al aniquilamiento de su dignidad humana?

No se omite que las medidas cautelares que contemplan a su *prima ratio* de la privación ambulatoria preventiva, representan a su vez la superposición de la justicia sobre la igualdad, no obstante, que “la igualdad entre las partes, como un principio en el proceso penal, debe entenderse como prerrogativas que deben gozar los sujetos del procedimiento penal (ministerio público, víctima, ofendido, defensor, imputado)” (Santacruz, 2017, p. 139), y estas medidas de aseguramiento procesal, deben correr la misma suerte, pese a que: “[...] la finalidad de las medidas cautelares es distinta a la de una pena, pero por sus efectos, sí vulnera la presunción de inocencia; además que se son restringidos los derechos de la persona imputada, a pesar de que ni se cuenta con una sentencia condenatoria” (Paredes, 2018, p. 183).

Luego entonces, las medidas de carácter asegurativo, más que ser parte integral del nuevo sistema penal acusatorio que se plantea integrar, han fungido como producto de una política criminal de carácter expansionista, esto es, más que vincularse a la materialización de hechos (derecho penal de acción), ha fungido como respuesta ante el riesgo –muchas veces infundado– que acarrea la probable realización de un hecho delictivo, por ende se da un adelantamiento punitivo con un afán neutralizador del sujeto (derecho penal de autor), de tal suerte que hace del Derecho Penal un mecanismo de violencia legítima por parte del Estado en contra de los ciudadanos, un instrumento “para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia en la sociedad” (Borja, 2011, p. 109).

De lo anterior se advierte que la determinación de dicha política expansiva tiene por objeto afianzar la facultad de tomar en sus manos la imposición de san-

ciones anticipadas para garantizar simbólicamente la seguridad jurídica ciudadana y la administración de justicia penal que implica la legitimación de un populismo que busca sed de venganza contra delincuentes indeterminados, en aras de continuar con un supuesto equilibrio social que los gobiernos se han encaminado a proporcionar datos y demostraciones de que efectivamente se está combatiendo a la criminalidad, de tal suerte que el ejercicio de la acción punitiva ha pasado a un plano simbólico.

LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS Y SU DIRECCIÓN EXPANSIVA HACIA LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para nadie es ajeno que la seguridad en esta época sea la piedra angular del funcionamiento sistemático estatal, cuya verificabilidad se ha pretendido perpetuar a través del suministro gubernamental de políticas sociales y/o políticas criminales, enalteciendo en ambos casos, al supuesta reducción de los índices delictivos en *pro* de la armonización social, sin embargo, con la figura de las providencias precautorias se establece una política contraria a los principios constitucionales como a los referidos por el Derecho Penal moderno, y es que, la problemática no se reduce a la utilización de medidas procesales, la disyuntiva renace cuando en su mayor medida se materializa con la más lacerante, dañina, inocuidadores y excluyente, pero la más efectiva simbólicamente, como lo es la prisión preventiva, entendida como “la privación de la libertad llevada a cabo antes de la existencia de una sentencia firme —efectuada por un Juez o Tribunal competente— contra una o más personas imputadas por la comisión de un delito” (Kostenwein, 2016, p. 42).

La prisión preventiva y, por otro lado, el proceso, como instrumento espectacular de estigmatización pública, antes todavía que la condena, han desplazado a la pena como sanción para el delito o, más precisamente, para la sospecha del delito. De tal modo, la cárcel ha vuelto a ser, al menos en la generalidad de los casos, mucho más un lugar de tránsito y custodia cautelar” (Ferrajoli, 2018, p. 63).

EXPANSIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En la apreciación del enfoque expansionista del Derecho Penal en sus vertientes adjetivas y sustantivas, se advierten las múltiples e infinitas laceraciones a los derechos humanos y garantías de determinadas personas en pleno siglo XXI, no obstante, las transformaciones normativas y variaciones ideológicas que se han logrado conseguir, emergiendo como ya se ha mencionado a nivel constitucional figuras de incertidumbre jurídica, como las mencionadas medidas cautelares, el arraigo y el establecimiento de un enemigo común emanado de la tipicidad de la delincuencia organizada, especial énfasis merece la despiadada figura de la prisión preventiva, tanto en sus vertientes justificadas como oficiosas, pues se torna como, “una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de sus ventajas” (Muñoz, 1985, p. 115).

Se sabe que la prisión preventiva es un resquicio del sistema anterior, aunque como parte del sistema expansionista hoy en día se colma de más razones y vertientes para su utilización, pues el surgimiento de pues además de su carácter oficioso cuando exista la “probable” realización de un hecho delictivo, ahora contamos con la vertiente justificada que sucede cuando a razón del ministerio público dentro de un proceso penal, no es admisible ninguna otra medida pueda asegurar la comparecencia del imputado, pues supone riesgos que puede obstaculizar el desarrollo de la investigación, se sustraiga del ejercicio de la acción o signifique su libertad, un riesgo para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad podrá solicitarla como medida cautelar (artículo 155, fracción IV, CNPP).

Bajo esos lineamientos, la prisión se ha convertido en un lugar de contención, tanto para procesados como para sentenciados, pues aunque constitucionalmente se encuentra estipulado que “el sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”, es bien sabido que se les remite al mismo centro carcelario, sufriendo así, de la misma manera, todas las aberraciones en contra de su dignidad humana, aun cuando no han concluido su proceso y por consiguiente, no se les ha dictado un sentencia condenatoria.

El hacinamiento de individuos encuentra su motivación y fundamento en las políticas criminales que en los últimos años han adoptado los diversos gobiernos en curso, vanagloriado, como el principal instrumento con el que el Estado y su *ius puniendi*, enaltece su supuesto combate al crimen, creando simbólicamente una sensación de seguridad, al proporcionar estadísticas que señalan que ha ido en aumento el número de personas internadas, de suerte tal que, se logra apaciguar el clamor popular de la sociedad mexicana, con la remisión a prisión, aunque fuese de forma preventiva que atemoriza hasta el más valiente. De manera que, “el miedo es hoy una plataforma política que enarbolan los distintos movimientos sociales y quienes aspiran a un cargo gubernamental. Es por ello que las políticas implementadas se encaminan al endurecimiento del quehacer policial y penal –lo que incluye, por supuesto, a la prisión” (Barrón, 2017, p. 41).

Es evidente que el cúmulo exagerado de personas en prisión no soluciona los verdaderos problemas de fondo para la minimización de los índices delictivos, sería necesario de forma momentánea que la prisión –como pena– se limitara a la ejecución de sentencia con carácter condenatorio ante el acometimiento de tipos penales caracterizados como graves, y que como medida cautelar fuese eliminado del catálogo que proporciona el artículo 155 del Código Nacional de Procedimiento Penales, habida cuenta de tener que servirse de las 13 restantes medidas cautelares, que en comparación a la prisión preventiva resultan menos lacerantes y encuentran más armonización con el nuevo sistema procesal penal.

[...] la pena de prisión se muestra como un mal necesario en cualquier sociedad como forma de actuación para prevenir conductas criminales, pero su real justificación ha de pasar por la exigencia de ser la única reacción posible para la protección de bienes jurídicos esenciales para la sociedad y para las exigencias de justicia social sobre la trilogía garantista y aseguradora, delincuente-sociedad-victima (Morillas, 2016, p. 43).

CONCLUSIONES

El colofón más preciso sobre la esencia real del sistema penal acusatorio mexicano, es entender que todo ordenamiento que emane del clamor público hacia la armonía social, debe traducirse en un objetivo y fructífero esquema de justicia, más que de legalidad, con cimientos dirigidos hacia la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, en una armoniosa simetría, que brote de una política criminal incluyente con dirección firme a hacia un verdadero Estado de Derecho, más nunca con el incremento de bienes jurídicamente protegidos, de tipos penales, ni de la agravación y recrudecimiento de los ya existentes, por cuanto que una sociedad como la nuestra, requiere de una perfecta armonía entre las políticas sociales y las políticas criminales y jamás que las segundas sirvan de revestimiento para las primeras. Y una vez cimentado el equilibrio entre lo que quiere el ciudadano y lo que le ofrece el Estado, se justificarán en lo absoluto las políticas que admitan, “las actitudes institucionales que se adoptan, han adoptado o deben adoptarse para combatir las conductas delictivas o desviadas” (Reyes, 2016, p. 1), y que no se caracterice por incrementar y engrandecer, cada vez más las figuras punitivas que no obstante su crudeza, no han logrado disminuir a la inseguridad y la verdadera delincuencia, cada vez más grave, establecida e institucionalizada por los verdaderos enemigos de la sociedad.

En otros términos, la realidad social mexicana no requiere de un derecho punitivo con una cada vez más holgada esencia intimidatoria, requiere de un *ius puniendi*, que se dirija a encauzar las conductas que atenten contra la vida, la libertad, la integridad en su más amplio sentido, así como del patrimonio de todo ciudadano y que a la vez pugne por el respeto a las máximas garantías procesales de quienes se ubican en un injusto de desvalor y a quienes se debe garantizar la protección más amplia de sus derechos, con lo que se obtendrá la descripción kelseniana del “hermoso sueño de la humanidad”.

REFERENCIAS

1. Barrón, M. (2017). *Análisis de la situación carcelaria en México (1990-2011)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
2. Borja, E. (2011). *Curso de política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
3. Carbonell, M. (2014). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Centro de Estudios Carbonell.
4. Delgado, J. y Colín, R. (2017). *Las medidas cautelares como medidas de seguridad en el sistema penal acusatorio*. México: Fontamara.
5. Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista, filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
6. Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

7. García, F. (2013). *El control social sobre el individuo, la sociedad y el Estado*. México: CESCJUC.
8. Gómez, A. (2016). *El sistema penal acusatorio en México*. México: INACIPE.
9. González, P. y Witker, J. (2019). *Desafíos del sistema penal acusatorio*. México: UNAM.
10. Hernández de Gante, A. (2017). La reforma penal en México, ¿mayor seguridad o mayor violencia? *Revista de Derecho*. Publicación de la Facultad de la Universidad Católica de Uruguay.
11. Kostenwein, E. (2016). *La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal*. Buenos Aires: EDIAR.
12. Martínez, I. (2015). *Derecho penal del enemigo y derechos humanos*. México: UBIJUS.
13. Morillas, L. (2016). *La pena de prisión entre el expansionismo y el reduccionismo punitivo*. Madrid: DYKINSON.
14. Muñoz, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
15. Paredes, R. (2018). *Las medidas cautelares en el sistema de justicia penal acusatorio*. México: Colofón.
16. Ponce, M. (2019). *La epistemología del procedimiento penal acusatorio y oral*. Querétaro: Instituto de estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
17. Reyes, J. (2016). *Política criminal estratégica*. México: Editorial Flores.
18. Santacruz, R. (2017). El principio de igualdad entre las partes en el proceso penal en México. *Ciencia Jurídica*, 6(11), pp. 137-146.
19. Sanz, N. (2017). *Política criminal, viejos problemas y nuevos desafíos*. México: Editorial Flores.
20. Silva, J-M. (2011). *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Argentina: Ed. Monte video.
21. Valencia, S. (2009). Constitución y nuevo proceso penal. Reforma Judicial. *Revista Mexicana de Justicia*. 1(13), México.
22. Zaffaroni, E. (2016). *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Managua: INEJ.

El voto electrónico: su viabilidad en las elecciones mexicanas

The electronic vote: its viability in the mexican elections

MARIA GUADALUPE GONZÁLEZ JORDAN*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

Actualmente, se ha incrementado el uso de las tecnologías de la información y comunicación, al ser incorporadas a las elecciones mediante el voto electrónico. Así sucederá con los ejercicios democráticos de Coahuila, Ciudad de México e Hidalgo y con los connacionales residentes en el extranjero; por lo que se recurre al método analítico para detectar su viabilidad y las ventajas y desventajas que presenta, dado que está latente transitar del voto en papel al de urnas electrónicas e Internet, pero será necesaria una reforma constitucional y legal a fin de lograr la confianza de los partidos políticos y la ciudadanía.

Palabras clave

Autoridades, elecciones, Internet, tecnologías de la información y comunicación, voto electrónico.

Abstract

Currently, the use of information and communication technologies has increased, as they have been incorporated into elections through electronic voting. This will happen with the democratic exercises of Coahuila, Mexico City and Hidalgo and with the nationals residing abroad; reason why the analytical method is used to detect its viability and the advantages and disadvantages that it presents, since it is latent to move from the paper vote to the electronic ballot box and the Internet, but a constitutional and legal reform will be necessary, in order to achieve the trust of political parties and citizens.

Key words

Authorities, elections, Internet, information and communication technologies, electronic voting.

*Doctora en Derecho Penal. Docente en el Centro de Formación y Documentación Electoral del Instituto Electoral del Estado de México. Consejera Electoral del Instituto Electoral del Estado de México, México. Autora del Libro *Derecho Penal Electoral*.
ORCID: 0000-0002-5902-5785. Correo electrónico: jordan3913@yahoo.com.mx

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se examina el concepto de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y su aportación en la vida cotidiana de la ciudadanía, con el propósito de demostrar cuál es su importancia en la actualidad. A la par, se aborda la definición de voto electrónico y los tipos del sufragio electrónico, así como sus características, para entender el alcance que dicha modalidad de sufragio tiene en las elecciones.

Más adelante, se recapitulan las experiencias del voto electrónico en algunos países del mundo y en la República Mexicana, respecto de entidades federativas como Jalisco o el entonces Distrito Federal, al igual que los ejercicios de educación cívica y cultura democrática organizados por el Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) a través de la urna electrónica, a fin de incentivar la participación ciudadana. Lo anterior tiene por objeto detectar las ventajas y desventajas del uso de esta modalidad de sufragio.

Otro aspecto que se comenta es la utilización del voto electrónico en los comicios, que se efectuarán este año en los estados de Coahuila e Hidalgo, así como los ejercicios de participación ciudadana, que se llevarán a cabo en la Ciudad de México en la Elección de las Comisiones de Participación Comunitaria 2020 y la Consulta de Presupuesto Participativo 2020 y 2021, estos se harán por medio de la urna electrónica y una aplicación digital, a partir de la iniciativa del INE y con base en las experiencias previas, lo cual puede ayudar a ulteriores procesos electorales.

Finalmente, se explica la viabilidad de transitar o no del sufragio tradicional al electrónico, con lo cual se concretan una serie de conclusiones con el objeto de establecer si es posible poner en marcha este cambio sustancial dentro de las elecciones en México.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC) EN LA SOCIEDAD

Las TIC “son las tecnologías que se necesitan para la gestión y transformación de la información, y muy en particular el uso de ordenadores y programas que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información” (Sánchez, 2008, p. 156). Entonces, éstas se refieren a las innovaciones tecnológicas a través de las cuales las personas pueden realizar acciones como transformar, manejar o procesar la información con la finalidad de mejorar su calidad de vida. Dichas actividades se ejecutan mediante el uso de ordenadores, teléfonos inteligentes, aplicaciones, plataformas o programas digitales.

La evolución de las TIC ha propiciado cambios significativos principalmente en el entorno social, cultural, económico y político. Por ejemplo, la comunicación e interacción entre las personas ahora se realiza desde cualquier parte del mundo en tiempo real, esto se ha logrado por los avances científicos como la computadora, el teléfono, Internet y los dispositivos móviles (tablet, laptop y celular).

Cabrero señala las características de las TIC de la siguiente manera:

- Inmaterialidad, su materia prima es la información en múltiples códigos y formas.
- Interconexión, aunque se presentan de forma independiente, pueden combinarse y ampliar sus conexiones.
- Interactividad, permite la interacción del sujeto con la máquina y, así, la adaptación de éstas a diversas áreas educativas y cognoscitivas de las personas.
- Instantaneidad, facilita la rapidez de acceso e intercambio de la información.
- Calidad de imagen y/o sonido, lo que da fiabilidad y fidelidad a la información transferida.
- Penetración en diversos sectores de la sociedad: salud, educación, economía, etc. (Cabrero citado en Gerhard, Olmedo y Andoney, 2017).

Las particularidades citadas permiten diseñar herramientas tecnológicas novedosas con las cuales se puede optimizar el procedimiento de digitalización de datos e información. A través de ellas se logra que lo recabado sea de gran calidad, de fácil consulta, y que los canales de comunicación contengan mecanismos de seguridad que garanticen la protección de los datos personales de la ciudadanía.

Es decir, las principales aportaciones de las TIC a las actividades humanas se concretan en una serie de funciones que facilitan el cumplimiento de los trabajos porque, cualesquiera que sean estos, siempre requieren de cierta información para realizarlos, un determinado proceso de datos y, a menudo, la comunicación con otras personas. Esto es precisamente lo que ofrecen las nuevas tecnologías.

La gran evolución de las TIC, así como de mayor repercusión social está representada en el Internet, ya que este medio de comunicación ha transformado la interrelación entre las personas; pues está presente en la vida y tareas cotidianas de la ciudadanía y, por ende, su uso se ha multiplicado exponencialmente, tal como lo informó la International Telecommunication Union (ITU) en el 2019, al exponer que la población mundial que utilizó dicha red alcanzó los 4.1 mil millones de personas, lo cual representa un 53.6% del universo total (ITU, 2019b). Ahora bien, al desagregar este servicio por región, los datos son los siguientes: Europa (82.5%); América (77.2%); Comunidad de Estados Independientes (72.2%); Asia y Pacífico (48.4%); Estados Árabes (51.6%) y África (28.2%) (ITU, 2019a, p. 2).

Los datos anteriores muestran que la región europea es el primer lugar en utilizar el Internet para comunicarse, mientras que América se ubica en la segunda posición. En tercer lugar, está la Comunidad de Estados Independientes, sin embargo, existen dos regiones que no alcanzan el 50%, que son África, Asia y Pacífico; allí se denota una clara brecha digital que puede provocar rezago en el sector industrial, comercial y cultural.

En México, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2019), el 56.4% del total de los hogares mexicanos contaban con conexión a Internet; asimismo, el 44.3% del conjunto de los hogares poseían una computa-

dora, dichos datos revelan que un porcentaje significativo de la población mexicana tiene acceso a las herramientas tecnológicas para obtener información –pública o privada– de manera inmediata.

Se puede advertir que el Internet se ha posicionado como el principal medio de comunicación virtual entre las personas de todo el mundo. Al mismo tiempo, dicha red facilita el intercambio y obtención de información en tiempo real. Por tal motivo, las aportaciones de las TIC en la vida cotidiana de la ciudadanía han sido varias.

En la educación se ha logrado implementar el uso de plataformas digitales, por medio de las cuales la ciudadanía puede estudiar a distancia programas como la educación media, superior, especialidades, posgrados, diplomados o cursos. Los soportes tecnológicos permiten que los alumnos accedan a materiales didácticos para que adquieran los conocimientos, así como compartir experiencias virtuales entre sus compañeros, de tal suerte que los avances tecnológicos han incentivado a la ciudadanía para superarse profesionalmente.

En el sector salud se han desarrollado sitios de Internet en los cuales hay información de programas de prevención, educación y cuidados de la salud, misma que puede ser consultada por cualquier persona. En la red también se localizan foros o chats, de modo que los usuarios pueden difundir e intercambiar información en tiempo real sobre problemas de la salud, tales como la diabetes, el tabaquismo, la drogadicción o el cáncer. Debe destacarse que las instituciones públicas y privadas del sector salud han incorporado las TIC en sus actividades con el objetivo de proporcionar servicios médicos al mayor número de ciudadanos.

En la economía, las TIC han contribuido a incrementar la productividad y el crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) de los países, ya que la adopción de herramientas tecnológicas ha disminuido el costo de la mano de obra, potencializado la competitividad entre las empresas y generado fuentes de empleo; esto, sobre todo, en las industrias encargadas de las innovaciones tecnológicas, las cuales se encuentran en auge.

Por cuanto hace a la gestión pública, los organismos gubernamentales han implementado las TIC con el propósito de mejorar la calidad de los servicios públicos, o bien, disminuir los tiempos en los trámites. A manera de ejemplo, se pueden citar el diseño de la firma electrónica para realizar diligencias ante las dependencias de la administración pública, el gobierno digital, el cual ha facilitado la consulta y el acceso a los servicios gubernamentales, incluso, el diseño de portales de transparencia para solicitar información pública en posesión de los sujetos obligados, para que las autoridades transparenten la documentación que generan. De esa forma, las instituciones rinden cuentas a la ciudadanía sobre los recursos públicos que se les asigna y el cumplimiento de lo que la ley les mandata.

En el ámbito político-electoral, los comicios han evolucionado a través del uso de las TIC, pues las y los actores políticos difunden sus propuestas de campaña, ideología, plataformas políticas y planes de trabajo a través de redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter.

En consecuencia, las TIC han traído beneficios en todos estos ámbitos, debido a que han optimizados los servicios públicos, así como mejorado el acercamiento del gobierno y actores políticos con la ciudadanía.

PARTICULARIDADES DEL VOTO ELECTRÓNICO

Después de estudiar el avance de las TIC en la sociedad, resulta relevante analizar su impacto en el ámbito electoral, mediante su utilización en las elecciones. De

ahí que el voto electrónico se define como “el acto preciso en el cual el emitente del voto deposita o expresa su voluntad a través de medios electrónicos (urnas electrónicas) o cualquier otra tecnología de recepción del sufragio” (Téllez, 2010, p. 16). Por lo tanto, el voto electrónico es aquel en el que se emplean las TIC para diseñar e instaurar un sistema automatizado que le permita a la ciudadanía ejercer su derecho a sufragar durante la jornada electoral.

En la actualidad, el avance de las tecnologías permite contar con varias formas de emisión del sufragio, que eventualmente podrían evolucionar o modificarse en mecanismos novedosos. Por el momento, el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) ha señalado que existen los siguientes cuatro tipos de voto electrónico:

- a) Registro Electrónico Directo (DRE), este mecanismo consiste en recoger y contar los votos en una sola máquina (urna electrónica).
- b) Reconocimiento Óptico de Marcas (ROM), la ciudadanía utiliza una papeleta especial para marcar el partido o candidato de su preferencia.
- c) Impresoras de papeletas electrónicas, se usa un papel para ser leído por la máquina o un comprobante electrónico que contiene la opción escogida por el elector. Este comprobante se introduce en otro lector óptico de papeletas, el cual hace el conteo de forma automática.
- d) Sistemas de votación en línea, la ciudadanía puede emitir su sufragio a través del Internet (IDEA, 2012, p. 11).

De los tipos de votación electrónica referidos, se observa que, en el DRE, ROM e impresoras de papeletas electrónicas, la ciudadanía tiene que acudir a las casillas para emitir su voto, mientras que en el de sistemas de votación en línea puede llevarlo a cabo desde su domicilio, o bien, en el extranjero.

Respecto del último tipo, cabe mencionar que la implementación del voto electrónico por Internet es una opción viable para votar fuera de las casillas o extraterritorialmente, ya que permite sufragar desde cualquier lugar donde se cuente con esta tecnología, puesto que tiene la capacidad de potencializar la participación a un costo menor frente a mecanismos utilizados como el voto postal o presencial, pero aún falta vencer reticencias para su uso, a pesar de que la red es de lo más utilizado en esta época.

Por lo tanto, al pensar en la implementación del voto electrónico, debe partirse de que las elecciones son de interés público, ya que, mediante éstas, la ciudadanía elige a quiénes serán sus representantes ante los Poderes Ejecutivo y Legislativo, tanto a nivel federal como local. De ahí, que sea de suma importancia, que las autoridades electorales administrativas garanticen la voluntad que expresen las y los ciudadanos en las urnas. De hecho, se ha establecido que las características a satisfacerse en el diseño del voto electrónico son:

- 1. Ser certificable: el sistema operativo (hardware y software) debe ser auditable en todo momento.
- 2. Ser confiable y estable: los mecanismos deben pasar por diversas pruebas para comprobar su confiabilidad (en cuanto al correcto conteo de los votos, el sentido de estos, etc.) y su estabilidad, es decir, que no se presentan fallos con reiterada frecuencia.
- 3. Compatibilidad con mecanismos de votación tradicionales: el voto electrónico debe poder armonizarse con los sistemas convencionales de boleta.

ta de papel, de tal suerte que la urna se parezca lo más posible a una urna convencional en su aspecto y uso.

4. Verificabilidad de la votación emitida: es importante que existan mecanismos que permitan confirmar el número de votos que se registraron.
5. Movilidad del voto: la ciudadanía debe tener la posibilidad de emitir su sufragio desde su domicilio, o bien, en lugares cercanos a su residencia.
6. Rapidez: las plataformas electrónicas deben ser mucho más ágiles y expeditas, ya que no implican tantos procedimientos de verificación (Gómez y Macedonio, 2013, pp. 203-204).

Como se distingue, los sistemas electrónicos que son empleados para almacenar el voto de la ciudadanía deben contar con múltiples candados y, a su vez, dar facilidades al electorado, en el sentido de generarles seguridad de que su voto no sufrirá alguna manipulación. El compromiso de las autoridades electorales tiene que ser apuntalar las auditorías, brindar consistencia al sistema que se desarrolle, así como ofrecer confianza y dinamismo a los comicios, toda vez que son requisitos esenciales en cuanto a la operabilidad de esta modalidad de votación, pues sólo así es posible brindar certidumbre, seguridad y modernidad a las elecciones.

Aunado a las peculiaridades citadas, se considera trascendente señalar que, para poner en marcha el uso del voto electrónico en los procesos electorales, se requiere que los legisladores regulen tal mecanismo dentro del marco jurídico, puesto que la mayoría de las legislaciones del mundo sólo abordan lo referente a los comicios tradicionales.

Aunque las omisiones legislativas no son deseables en ninguna nación que busca un estado de derecho consolidado, esto no ha impedido la realización de ejercicios democráticos en los cuales se ha utilizado el voto electrónico sin regulación, como ocurrió en Paraguay, país que “tuvo una experiencia de votación electrónica en 2003” (Tuesta, 2007, p. 968). Los comicios realizados en aquel país bajo la modalidad enunciada fueron con base en “el cumplimiento de uno de los mandatos de la agenda interamericana, relativo a la cooperación hemisférica y al intercambio de experiencias en materia de legislación y tecnología” (OEA, 2003). Esto quiere decir que los compromisos internacionales también sirven de base jurídica para que las autoridades electorales puedan organizar el voto electrónico.

No obstante, el que el voto electrónico se encuentre consagrado en las Constituciones y leyes de los países que decidan instaurarlo, ayuda a dar seguridad jurídica a las partes que intervienen en las elecciones, pero también a conocer las normas específicas para el cómputo de los votos, causales de nulidad, requisitos mínimos de seguridad del sistema, atribuciones y facultades de la autoridad electoral y muchos otros temas elementales que no pueden ser totalmente sólidos si el legislador omite esa regulación.

EL VOTO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y NACIONAL

A nivel mundial varios países han adoptado el uso del voto electrónico para que la ciudadanía ejerza su derecho al sufragio. Ello permite realizar un estudio comparado sobre su tipo de mecanismos, uso y objetivo en los procesos electorales. Algunas naciones que han utilizado esta modalidad de voto y que sirven para el presente estudio son:

Cuadro 1. El voto electrónico en algunos países del mundo

País	Tipo de mecanismo	Uso	Objetivo
Alemania	Urnas electrónicas.	Elecciones generales de 2005.	Continuar con el voto electrónico que ya se había utilizado por más de diez años.
Australia	Sistema de código abierto.	Elección federal (2007).	Permitir sufragar a las personas con discapacidades, así como a los miembros de las fuerzas armadas desplegadas en el extranjero.
Brasil	Urna electrónica.	Elecciones de 2002, 2004, 2006, 2008 y 2010, además, se utilizó en el referéndum nacional de 2005, sobre la prohibición de la comercialización de armas de fuego y municiones.	Transformar las cédulas de papel a mecanismos electrónicos.
Canadá	Internet y teléfono celular.	Elecciones a nivel local, por ejemplo, en Markham (2003 y 2006), Peterborough (2006) y Halifax (2008).	Implementar formas alternativas de voto.
España	Herramientas informáticas (laptop, una impresora, un lector óptico y una memoria USB que lleva encriptada la lista electoral correspondiente a la mesa), para los funcionarios de las mesas electorales.	Elecciones para el parlamento europeo (2009). Se utilizó en las ciudades de Lleida, Pontevedra y Salamanca.	Hacer más eficaz los comicios, pues con el voto electrónico se facilita el proceso de recuento y envío de datos.

Corea del Sur	Internet y servicios de telefonía celular.	Elecciones generales (2012).	Incentivar la participación electoral en los diferentes niveles de gobierno.
Estonia	Internet	Elecciones parlamentarias (2007).	Utilizar aplicaciones digitales en la democracia.
Finlandia	Voto electrónico en las casillas electorales.	Elecciones municipales de Karkkila, Kauniainen y Vihti (2008).	Planear una alternativa a los métodos tradicionales de boleta de papel.
Francia	Urnas electrónicas instaladas en 82 localidades.	Elecciones presidenciales (2007).	Modernizar los procesos electorales.
India	Urna electrónica.	Elecciones de 2004.	Reducir los costos de los comicios.
Japón	Sistema Electrónico de Voto: pantalla táctil de 15 pulgadas, muy similar a un cajero automático	Prefectura de Okayama junio de 2002).	Permitir que las personas analfabetas y/o discapacitadas pudieran participar en las elecciones.
Venezuela	Sistema de pantalla táctil, y voto respaldado con un rastro en papel.	Referéndum (2004).	Automatizar el sistema electoral venezolano.
	Pantallas sensibles al tacto.	Elección presidencial (2006).	

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de Ayala (2012, pp. 67-89) y Costa (2012, pp. 126-129).

Del cuadro anterior se advierte que el uso de las tecnologías en los procesos electorales a nivel internacional tuvo como objetivo reducir costos, automatizar las elecciones, incrementar la participación de la ciudadanía en los comicios integrando a grupos vulnerables y minoritarios como discapacitados y analfabetas, así como disminuir el tiempo para conocer y difundir los resultados de la jornada electoral. Por tal motivo, estos países diseñaron e implementaron el voto no tradicional mediante el uso de sistemas digitales, urnas electrónicas, Internet y servicios de telefonía celular.

También se desprende que algunos países como Alemania, Australia, Brasil, España, Finlandia, Francia, India, Japón y Venezuela incorporaron el voto electrónico mediante el uso de urnas electrónicas, las cuales se diseñaron con sistemas operativos sencillos para que la ciudadanía ejerciera plenamente su derecho al sufragio. En el caso de Brasil y Venezuela, las experiencias tuvieron éxito porque se implementaron mecanismos de seguridad que evitaron que los resultados fueran alterados y, con ello, se brindó certeza al voto de las y los ciudadanos.

Es indispensable destacar que el uso del voto electrónico es un tema que no sólo les concierne a los países de primer mundo, sino también es de interés de las naciones en vías de desarrollo como la India, en cuya región los ejercicios del voto

electrónico tuvieron resultados satisfactorios gracias a los elementos de seguridad que se incorporaron, pues no existieron controversias judiciales que pusieran en duda el triunfo de los candidatos.

A su vez, en Canadá, Corea del Sur y Estonia el voto electrónico se dio a través del Internet o mediante servicios de telefonía celular, ya que estas TIC tienen más cobertura territorial, por lo cual la ciudadanía pudo votar desde su domicilio o en el extranjero, con lo cual se buscó incentivar a que más personas participaran en las elecciones.

No obstante, el voto electrónico presentó situaciones extraordinarias en Alemania, pues la Corte Constitucional Federal declaró inconstitucional el sistema aplicado en 2005, en virtud de que el marco constitucional no garantizaba la transparencia y auditoría de las urnas electrónicas, empero, esta situación no trascendió en los resultados de la elección. A su vez, en Australia el alto costo del sufragio electrónico propició que se suspendiera este mecanismo. En Francia, la Universidad de Nantes encontró inconsistencias de firmas en las actas y conteo de votos, lo que se suscitó en el 29.8% de las casillas, pero esto tampoco trascendió en el triunfo del candidato ganador (Ayala, 2012, pp. 67-89).

Si bien hay probabilidad de que ocurran anomalías en el empleo del voto electrónico, las experiencias internacionales indican que en la mayoría de los casos las elecciones han dado los resultados esperados. Lo fundamental es disminuir al máximo el riesgo de que aparezcan fallas o inconsistencias durante la jornada electoral. Igualmente, es elemental tomar de ejemplo las problemáticas a las que se enfrentaron algunos de los países como los citados, para impedir que aquellas se repitan en México.

Dejando de lado las citadas elecciones en el extranjero, en el ámbito nacional se tiene el caso de Coahuila en las elecciones estatales de 2005, 2008 y 2009, cuya importancia radicó en que los resultados derivados del voto electrónico fueron vinculantes (Téllez, 2010, p. 30). En otras palabras, las y los ciudadanos de Coahuila aceptaron el triunfo de los candidatos que se eligieron mediante el uso de esta modalidad del sufragio. Con dichos comicios, se logró integrar a las TIC y se facilitaron las actividades tanto de los funcionarios como de los servidores electorales.

En Jalisco, se llevó a cabo una prueba piloto en 2006, ejercicio en el que se instalaron 42 urnas electrónicas, las cuales fueron colocadas en el municipio de Tuxtepec. Posteriormente, en las “elecciones de 2012, el Instituto Electoral de Participación Ciudadana de Jalisco instaló 991 urnas electrónicas en 43 municipios del Estado (cabe destacar que algunos de estos eran de difícil acceso y sobre todo con restricciones de comunicación)” (Gómez y Macedonio, 2013, p. 207). Esta experiencia tuvo resultados provechosos, en razón de haberse convertido en un referente a nivel nacional.

El otrora Instituto Electoral del Distrito Federal (IEDF) igualmente se preocupó por modernizar los procesos comiciales, es decir, buscó “proveer a los órganos ciudadanos de herramientas que les permitan el desarrollo de sus obligaciones de manera más fácil, intentando alejarlos en la medida de lo posible de los errores que pudieran presentarse en esta etapa del proceso electoral” (Vargas, 2012, pp. 253-254).

En este sentido, el entonces IEDF diseñó su modelo del voto electrónico con la asesoría de Brasil, lo que permitió al organismo electoral elaborar un prototipo propio con el cual llevó a cabo una prueba piloto (no vinculante), esto es, los resultados no fueron tomados en consideración en las elecciones locales del 2006. Sólo se utilizaron 60 urnas electrónicas, de las cuales se instalaron 40 y las restantes 20 se reservaron para posibles contingencias.

Otro antecedente del voto electrónico en el Distrito Federal es el que se realizó en 2009. El Código Electoral del Distrito Federal (abrogado) reguló este mecanismo de sufragio, por lo que, a diferencia de los comicios del 2006, tuvo efectos vinculantes porque así lo estipulaba el marco legal. En este ejercicio democrático hubo “una votación de 10 553 personas de un universo de 25 022 ciudadanos” (Vargas, 2012, p. 254), es decir, se alcanzó una gran respuesta de la ciudadanía.

En lo que respecta al Instituto Electoral del Estado de México, éste ha implementado ejercicios de educación cívica y cultura política democrática a través de su Dirección de Participación Ciudadana con el uso de la urna electrónica en los centros educativos de la entidad mexiquense, a fin de incentivar la participación de la niñez y la juventud en los procesos democráticos, ello a través de la consulta infantil efectuada entre los meses de mayo y junio de 2017.

López expresa que, en México, el principal mecanismo automatizado que se ha explorado sobre el voto electrónico es:

El Direct Recording Electronic (DRE), que emplea generalmente un sistema digital (urnas electrónicas, pantallas táctiles, quioscos electrónicos, pantallas con teclado), y al sistema de votación remota, que se realiza de forma externa, utilizando una red electrónica instalada (Internet, correo electrónico, mensajes de texto, sistemas de cable o de interacción por sistemas de voz)” (López, 2015, p. 56).

De los mecanismos referidos por el autor, vale la pena destacar que, a partir de los precedentes del voto electrónico y sus distintos tipos utilizados, se pueden advertir algunas ventajas y desventajas.

Respecto de las ventajas se encuentran la votación y recuentos más rápidos; disminución del costo de los procesos electorales; contratación de menos personal; procedimiento novedoso para que las autoridades electorales (administrativas y jurisdiccionales) dejen de interpretar los votos nulos, así como un menor uso de materiales comiciales.

En cuanto a las desventajas predominan la desconfianza en las autoridades administrativas electorales, si éstas no transparentan el procedimiento; transgresión a la secrecía del voto derivado de la autenticación del votante (IDEA, 2012, p. 9); riesgo de vulneración del sistema operativo del voto electrónico; falta de regulación en el marco jurídico mexicano; y ausencia de infraestructura como personal técnico y equipo informático en los Organismos Públicos Locales Electorales.

Si bien, hay algunas desventajas manifiestas en los países examinados que emplearon el voto electrónico, de ninguna manera puede perderse de vista que tuvieron resultados auténticos y confiables en la mayoría de los casos, al haber demostrado que, mientras se establezcan las directrices, sobre todo en un marco jurídico y los sistemas cumplan con las características mínimas, el riesgo de que se presenten dificultades es mucho menor.

EL VOTO ELECTRÓNICO EN EL CONTEXTO ACTUAL

El 07 de junio de 2020 se celebrarán elecciones en las entidades de Coahuila e Hidalgo para elegir en el primer estado 16 diputaciones de mayoría relativa y 9 de

representación proporcional, en tanto que, en la segunda entidad se renovarán 84 ayuntamientos. Un aspecto novedoso de estos comicios es que el INE determinó utilizar indistintamente el sufragio tradicional y el voto electrónico.

Para incorporar las nuevas tecnologías a la democracia mexicana, el INE ha emitido los Lineamientos para instrumentar el voto electrónico en una parte de las casillas de los procesos electorales locales de Coahuila e Hidalgo (Lineamientos). Estas directrices señalan que el voto electrónico se efectuará por medio de urnas electrónicas y que los prototipos de éstas serán diseñadas y desarrolladas por el Instituto Electoral de Coahuila, Instituto Electoral de Participación Ciudadana de Jalisco y por el INE, estas últimas autoridades con la tarea de delinear las urnas electrónicas para Hidalgo.

Los Lineamientos también especifican que las urnas electrónicas serán fabricadas con sistemas operativos accesibles y fáciles de utilizar por las y los ciudadanos que acudirán a las casillas a emitir su sufragio. Ahora bien, las urnas electrónicas se instalarán de la manera siguiente: en Coahuila se colocarán 60 casillas en diez distritos electorales, mientras que en Hidalgo sólo serán 40 casillas en cuatro municipios, lo anterior no debe rebasar el 10% de las casillas instaladas en la alcaldía correspondiente (INE/CG569/2019). Dicho ejercicio permitirá familiarizar a la ciudadanía a una eventual transición del voto tradicional al electrónico.

De igual forma, debe destacarse que el INE elaborará un Plan de Seguridad, cuya finalidad es garantizar el secreto del sufragio de los ciudadanos e impedir que los resultados de la jornada electoral sean alterados. Esto será posible a través de la revisión y evaluación que se les haga a las urnas electrónicas sobre su fabricación, funcionamiento, procesamiento de la información y la generación de los resultados.

Lo anterior permite advertir que el voto electrónico que se usará en Coahuila e Hidalgo se apega a las características que mencionan Gómez y Macedonio sobre la certificación, auditoría, confiabilidad, compatibilidad con mecanismos de votación tradicionales y rapidez para conocer los resultados, ya que estos serán transmitidos por el Capacitador Asistente Electoral (CAE), por medio del uso de “códigos bidimensionales cifrados que se encontrarán impresos en las actas de resultados” (INE/CG569/2019).

Los dos casos citados no son los únicos que en próximas fechas verán el empleo de nuevas tecnologías en materia electoral, ya que el Instituto Electoral de la Ciudad de México (IECM), tanto en la Elección de las Comisiones de Participación Comunitaria 2020 como en la Consulta de Presupuesto Participativo 2020 y 2021, utilizará dos modalidades, a saber, el Sistema Electrónico por Internet (SEI) y la instalación de mesas receptoras de votación y opinión.

Para el voto digital, el IECM diseñó una aplicación que las y los ciudadanos pueden descargar en sus dispositivos móviles —celular y computadoras— en los sistemas operativos Windows, Max, Android e IOS. Dicha opción estará disponible del 8 al 12 de marzo de 2020.

Por lo que respecta a las mesas receptoras de votación y opinión, las mismas serán digitales en las demarcaciones de la Ciudad de México, correspondientes a Cuauhtémoc y Miguel Hidalgo. Aquí la modalidad se realizará el 15 de marzo del año en curso, a partir de las 9:00 hasta las 17:00 horas (IECM, s.f., p. 7).

Aunado a ello, el INE se encuentra trabajando mecanismos tecnológicos para ampliar las modalidades de votación que faciliten y hagan más ágil el voto desde el extranjero. Actualmente desarrolla estrategias para hacer posible el voto electrónico por Internet, por lo que en 2019 aprobó los Lineamientos que establecen las características generales que debe cumplir el Sistema del Voto Electrónico por

Internet para las y los Mexicanos Residentes en el Extranjero y estableció que, en agosto de 2020, se pondrá a consideración del Consejo General la aprobación de la aplicación del voto electrónico por Internet como modalidad vinculante para el 2021, en las elecciones con sufragio extraterritorial a celebrarse en Baja California Sur, Chihuahua, Colima, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas (INE, 2020).

Es importante señalar que emplear el voto electrónico en las urnas respectivas y por Internet en los comicios y ejercicios de participación ciudadana en Coahuila, Hidalgo y Ciudad de México, tiene respaldo en las experiencias previamente mencionadas, mas no el sufragio desde el extranjero a través de la red, que se realizará por primera ocasión; sin embargo, con lo que se aprenda, se estará en posibilidad de analizar otros beneficios, así como advertir más ventajas y desventajas de las TIC, con el fin de mejorar su uso en los subsecuentes procesos electorales.

¿POR QUÉ ES VIABLE TRANSITAR DEL SUFRAGIO TRADICIONAL AL ELECTRÓNICO?

En esta investigación ya se ha analizado el concepto del voto electrónico, sus tipos, así como las ventajas y desventajas. Por lo que, ahora se examinará la viabilidad de aplicar este mecanismo en México, mediante la instalación de urnas electrónicas en las casillas. En este sentido, el consejero electoral Jaime Rivera Velázquez manifestó que es viable la utilización del voto electrónico, ya que el INE podría ahorrarse “desde 2 mil y hasta 4 mil millones de pesos, en cada proceso electoral una vez que se implemente de manera formal el voto electrónico en las elecciones” (Domínguez, 2019).

En el ámbito local, como es el caso del Estado de México, se ha planteado la necesidad de establecer en el marco jurídico local el ejercicio del voto electrónico mediante la urna electrónica, así como la utilización de “boletas electrónicas en donde (*sic*) el organismo público local considere todos los aspectos necesarios para garantizar la privacidad y secreto de la elección, con los candados suficientes para evitar cualquier intento de manipulación” (Hidalgo, 2019).

Sin duda, lo que se propone en el Estado de México debe llevarse al Congreso de la Unión mediante una iniciativa de ley, a fin de establecer las disposiciones constitucionales y legales atinentes, puesto que en los apartados previos se ha explicado la manera en que las TIC se han vuelto de uso cotidiano en la sociedad; cuáles son los tipos de voto electrónico y las características que debe reunir su sistema; así como las experiencias de otros países y de algunas entidades federativas de México, cuyo objeto fue identificar ventajas y desventajas para una eventual reforma a nuestro sistema de votación.

De ahí que, con el uso de la urna electrónica o la votación en línea, se podrían obtener beneficios relacionados con el ahorro en la capacitación; disminución en la carga de trabajo de los funcionarios que integran las mesas directivas de casilla; contención de errores en el llenado de las actas de escrutinio y cómputo; eliminación del Programa de Resultados Electorales Preliminares (PREP); obtención de los resultados de manera inmediata; y la generación de beneficios ecológicos a largo plazo, al disminuir el empleo de papel en los comicios.

El voto electrónico conduciría a obtener más ventajas que desventajas, dado que, como se ha sostenido en este trabajo, con este mecanismo se reducirían signifi-

cativamente los costos en la organización de los comicios y se harían más dinámicos; sin embargo, en la palestra política hay posturas de legisladores que consideran su implementación como inviable “para la elección federal intermedia de 2021, pues resulta demasiado arriesgado, ya que migrar a este sistema de forma radical puede generar condiciones de falta de certeza y de caos poselector” (Rivera, 2019).

El argumento citado sobre la inviabilidad del voto electrónico se sustenta en el paradigma de la desconfianza en las autoridades electorales, datos que se han obtenido de estudios como el *Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México*, el cual mostró que la confianza de las y los ciudadanos “en la autoridad electoral es de (sic) 34 por ciento” (INE, 2016, p. 48). A su vez, el *Estudio Sobre la Calidad de la Ciudadanía en el Estado de México* refleja que “de los mexiquenses, 41% afirma tener mucho o algo de confianza en el Instituto Nacional Electoral (INE) y 35% expresa tener un alto nivel de confianza en el Instituto Electoral del Estado de México (IEEM)” (IEEM, 2019, p. 88).

En ambos estudios se observa que, tanto en el ámbito nacional como en la entidad mexiquense, la ciudadanía duda del trabajo que realizan las autoridades electorales administrativas, así como de la imparcialidad de sus decisiones. Sin embargo, se considera que es momento de erradicar este paradigma y utilizar nuevas tecnologías en los comicios.

Entonces, el obstáculo de la desconfianza en las autoridades electorales puede ser eliminado o superado con el esfuerzo y la coordinación de éstas, los partidos políticos y la sociedad; puesto que, para evitar algún fraude electoral, es viable reformar el marco jurídico, donde, entre otras cuestiones, se incorporen al voto electrónico medidas de seguridad como “la utilización vinculatoria de la identificación biométrica (huella dactilar, reconocimiento de imagen facial y de voz, firma electrónica, comprobación del iris, geometría de manos) con un dispositivo para su validación (llave o clave única, e-token de seguridad)” (López, 2015, p. 70).

Los elementos señalados como medidas de seguridad han sido utilizados en actividades cotidianas que actualmente realiza la ciudadanía mexicana, por ejemplo, al hacer una transacción bancaria electrónica o al solicitar documentación oficial por Internet, por lo que, su aplicación se ha puesto en práctica con resultados tangibles.

De igual forma, para brindarle confianza a la ciudadanía sobre el voto electrónico, deberán establecerse constitucional y legalmente los procedimientos de auditoría en cualquier momento del desarrollo de los mecanismos tecnológicos y la instalación de los sistemas automatizados. Para ello, se puede formar un órgano técnico, el cual vigile el desarrollo e instauración del procedimiento y supervise el funcionamiento y los resultados del voto electrónico. Además, las autoridades electorales tienen que garantizar que las TIC utilizadas bajo dicha modalidad cumplan con los estándares de calidad.

Es relevante mencionar que en los últimos comicios que hasta el momento han organizado las autoridades electorales (federal y locales), se ha brindado certeza y certidumbre a la ciudadanía, dado que las elecciones se han caracterizado por ser limpias, transparentes y equitativas.

En consecuencia, se discurre que es el momento oportuno para transitar del voto tradicional al electrónico, pues actualmente los intereses de la sociedad han cambiado y la tecnología está presente en sus actividades habituales. Por sentado, las autoridades electorales tienen la obligación de garantizar que el uso del voto electrónico se cña a los principios inherentes al sufragio (universal, libre, directo, personal e intransferible).

Ahora bien, no debe perderse de vista que la población mexicana se integra por comunidades y pueblos indígenas, por lo que es indispensable la implementa-

ción del voto electrónico a favor de los integrantes de estos grupos minoritarios, es decir, se requiere que las instrucciones que se incorporen a la urna electrónica o vía Internet estén traducidas a las lenguas originarias de cada etnia.

En este sentido, se considera viable la implementación del voto a través de las urnas electrónicas o Internet en el sistema democrático mexicano, pero se debe contar con el consenso de todos los partidos políticos, autoridades electorales e integrantes de la sociedad civil, para que el tema sea legislado por los diputados y senadores, pues ello contribuirá a la consolidación de la democracia.

CONCLUSIONES

- Tanto a nivel federal como local, la implementación del voto electrónico tiene como finalidad disminuir el costo de los procesos electorales y mejorar la calificación de los resultados. El sistema democrático mexicano puede transitar del voto tradicional al electrónico, pues gran parte de las autoridades electorales cuentan con los recursos humanos, materiales y financieros para implementar tal mecanismo.
- La seguridad en la implementación del voto electrónico puede llevarse a cabo mediante el uso de elementos biométricos que permitan autenticar la identidad del elector. Además de ello, debe asegurarse que éste dé certeza y confianza a la ciudadanía, bajo un esquema auditable en cualquier momento de su desarrollo, instalación y después de los resultados de la jornada electoral, lo cual sea realizado por entes certificados, imparciales y transparentes.
- Es necesario que se tomen en consideración a los integrantes de las comunidades y pueblos indígenas en la modalidad de voto electrónico, pues son un sector importante de la sociedad mexicana y las autoridades electorales están obligadas a garantizar sus derechos político-electorales.
- Con el uso del voto electrónico y digital para las elecciones de Coahuila e Hidalgo y ejercicios de participación ciudadana de la Ciudad de México, las autoridades electorales administrativas locales dan un paso importante incorporando las TIC en la vida democrática mexicana, puesto que avanzan a la par del INE, además de que generan soluciones en beneficio de la democracia del país, tanto a nivel federal como local.
- Es posible concluir que el voto electrónico empleado en distintas naciones arroja buenos dividendos, ya que en la mayoría de las elecciones se ha respetado el voto del electorado. Aun así, hay enseñanzas claras que tomar en cuenta, si se quiere transitar del voto tradicional al voto electrónico en México, tal como configurarlo en el marco constitucional y legal, diseñarlo a través de sistemas electrónicos que cuenten con medidas de seguridad para evitar su vulnerabilidad y buscar que se audite permanentemente.
- El voto electrónico por Internet a favor de los mexicanos que radican en el extranjero y del electorado que esté imposibilitado de acudir a las casillas, representa un gran reto en cuanto a su implementación. Ello porque la posibilidad de votar a través de esta herramienta tecnológica en México depende principalmente de que las legislaturas, los partidos políticos y la ciudadanía permitan e incentiven el cambio de paradigma electoral. Esto no será una tarea fácil, toda vez que existe resistencia y

desconfianza por parte de algunos sectores que se rehúsan a utilizar mecanismos innovadores, esencialmente, por preocupaciones relacionadas con aspectos legales y técnicos.

REFERENCIAS

1. Ayala Sánchez, A. (coord.) (2012). *El voto electrónico en el mundo*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12096>.
2. Costa Dias, J. (Et.) (2012). *E-voting en Brasil*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12096>.
3. Domínguez, M. J. (23 de septiembre de 2019). Voto electrónico ahorraría hasta 4 mil millones de pesos al INE. *El Heraldo de Tabasco*. Recuperado de <https://www.elheraldodetabasco.com.mx/local/voto-electronico-ahorraria-hasta-4-mil-millones-de-pesos-al-ine-4177031.html>.
4. Gerhard Heinze, M., Olmedo Canchola, V. H., Andoney Mayén, J. V. (2017). Uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en las residencias médicas en México. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-72032017000200150.
5. Gómez Muñiz, M. y Macedonio, O. (2013). El voto electrónico y sus aportes a la democracia. Recuperado de http://biblioteca.univa.mx/Anuario/2013/2013_8_el_voto.pdf.
6. Hidalgo, C. (2019). PAN va por reducción de financiamiento y urnas electrónicas. *Milenio Estado de México*. Recuperado de <https://www.milenio.com/politica/pan-va-por-reduccion-de-financiamiento-y-urnas-electronicas>.
7. Instituto Electoral de la Ciudad de México (IEEM) (s.f.). Convocatoria única para la elección de las Comisiones de Participación Comunitaria 2020 y la Consulta de presupuesto participativo 2020 y 2021. Recuperado de https://www.iecm.mx/www/_k/esdeley/IECM-ACU-CG-079-2019_ConvocatoriaCompleta.pdf.
8. Instituto Electoral del Estado de México (IEEM) (2019). *Estudio sobre la calidad de la ciudadanía en el Estado de México*. México: IEEM.
9. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA) (2012). Una introducción al voto electrónico: Consideraciones esenciales. En *Serie de recursos sobre procesos electorales*. Costa Rica: IDEA Internacional.
10. Instituto Nacional Electoral (INE) (2016). *Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México*, resumen ejecutivo. México: INE.

11. Instituto Nacional Electoral (INE) (2019). INE/CG569/2019. Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por el que se aprueban los Lineamientos para instrumentar el voto electrónico en una parte de las casillas de los procesos electorales locales de Coahuila e Hidalgo 2019-2020. Recuperado de <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/113243/CG2ex201912-16-ap-Unico.pdf>.
12. Instituto Nacional Electoral (INE) (2020). Voto desde el extranjero. Recuperado de <http://www.votoextranjero.mx/web/vmre/inicio>.
13. International Telecommunication Union (ITU) (2019a). Measuring digital development Facts and figures 2019. Recuperado de <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2019.pdf>.
14. International Telecommunication Union (ITU) (2019b). Statistics. Recuperado de <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>.
15. López Pacheco, S. (2015). Hacia el voto electrónico en la práctica electoral mexiquense: consideraciones elementales. *Apuntes Electores*. XIV (52), enero-junio. México: IEEM.
16. Organización de los Estados Americanos (OEA) (2003). La incorporación del Voto Electrónico es un paso adelante en la realización de Procesos Electorales. Comunicado de prensa del 21 de marzo de 2003. Washington, Estados Unidos de América. Recuperado de https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-063/03.
17. Rivera, C. (2019). Con voto electrónico, 4 mil mdp de ahorro. *Milenio Ciudad de México*. Recuperado de <https://www.milenio.com/politica/voto-electronico-4-mil-mdp-ahorro>.
18. Sánchez Duarte, E. (2008). Las tecnologías de información y comunicación (TIC) desde una perspectiva social. *Revista Educare* Vol. XII, núm. Extraordinario, pp. 155-162. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1941/194114584020.PDF>.
19. Téllez Valdés, J. (2010). *El voto electrónico. Serie temas selectos de Derecho Electoral*. México: TEPJF.
20. Tuesta Soldevilla, F. (ET.) (2007). *El voto electrónico*. 2ª edición. México: FCF, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, TEPJF.
21. Vargas Solano, N. (ET) (2012). *E-Democracia en el Distrito Federal*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12096>.

Principales enfoques analíticos de los derechos humanos: una revisión a su pertinencia metodológica

Main analytical approaches to human rights: a review of their methodological relevance

EDUARDO ELÍAS GUTIÉRREZ LÓPEZ*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

La discusión de los derechos humanos se ha centrado en presupuestos teóricos y génesis conceptual, y se ha dejado de lado su apartado metodológico: aquellos procesos para que el estudio de los derechos humanos trascienda de la reflexión teórica y el reconocimiento legislativo, a la realidad social, al modo en que estas prerrogativas operan al entrar en el mundo de las relaciones sociales. Se pretende generar un diálogo crítico entre los principales enfoques sobre los derechos humanos para sugerir una metodología enfatizada en el sujeto titular de los derechos y no en el Estado, como hegemónicamente se efectúa en la academia.

Palabras clave

Derechos humanos, enfoques analíticos, metodología, sociología, relaciones sociales.

Abstract

The discussion of human rights has focused on theoretical assumptions and conceptual genesis and its methodological section has been left aside: those processes so that the study of human rights transcends from theoretical reflection and legislative recognition to social reality, the way in which these prerogatives operate when entering the world of social relations. The aim is to generate a critical dialogue between the main approaches to human rights, to suggest a methodology emphasized in the subject of rights and not in the State, as it is hegemonically carried out in academia.

Key words

Human rights, analytical approaches, methodology, sociology, social relations.

*Doctor en Estudios de Migración y Maestro en Ciencias Jurídicas. Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California, México. Presidente de la Academia de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California.

ORCID: orcid.org/0000-0002-9171-8813. Correo electrónico: elias.gutierrez@uabc.edu.mx

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos como enfoque teórico han sido abordados desde diversas disciplinas (Derecho, Ciencia Política, Sociología, Antropología, Relaciones Internacionales, etc.). Por lo que, contrario a lo que se podría anticipar, la ciencia jurídica no ha tenido el monopolio –aunque sí la hegemonía– de su estudio y discusión. Sin embargo, ha sido a través de este ejercicio multidisciplinario como se ha podido reflexionar en torno a las diversas facetas que tienen los derechos humanos (Estévez, 2017, pp. 370-376) y se ha conseguido una aproximación más crítica de sus concepciones teóricas.

Los procesos de globalización en el mundo y la llamada “transición democrática” complejizaron el discurso e interpretación de los derechos humanos. En consecuencia, se experimentó una disminución en el rol hegemónico del Derecho para su constitución y legitimación teóricas (Arias, 2011, p. 23). Esta complejidad trajo como respuesta la integración de otras disciplinas al estudio de los derechos humanos y un intento por propiciar un análisis de carácter integral, así como por definir la relación que guardan estas prerrogativas humanas con distintos fenómenos políticos, sociales y culturales.

Empero, aunque se ha experimentado un incremento en el número de campos disciplinares que se ocupan de los derechos humanos, el enfoque dominante sigue siendo el mismo: una posición estado-céntrica, es decir, “centrada en el Estado y además inscripta en un sistema estatal” (García, 2016, p. 125). Esta posición estado-céntrica se ve reflejada en el hecho de que gran parte de los trabajos o estudios acerca de los derechos humanos tienen su principal énfasis en el papel asumido por los Estados, en las actuaciones de las diferentes autoridades o en el marco legislativo interno o internacional que versa en torno a estas prerrogativas. Las implicaciones de una visión estado-céntrica conllevan a la confección de un enfoque analítico en el que predomine la preocupación por las instituciones gubernamentales y no por las personas titulares de los derechos.

Este trabajo tiene como primer objetivo revisar los enfoques analíticos de los derechos humanos (enfoque filosófico, enfoque jurídico político y enfoque sociológico) que mayor presencia han tenido en las investigaciones de las Ciencias Jurídicas y Sociales (aunque no se duda que existan otros) y hacer un recuento de sus características y debilidades. Así mismo y como segundo objetivo, se subraya una metodología que permita encausar el énfasis de las investigaciones –sociales y jurídicas– en materia de derechos humanos al sujeto titular y no necesariamente al Estado o a los organismos delegados para la protección, promoción y defensa de estas prerrogativas, y a los marcos legislativos internos e internacionales, a afecto de recabar información y datos de un modo más integral y directo.

ENFOQUES ANALÍTICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como se ha advertido en la introducción de este trabajo, la hegemonía respecto al análisis de los derechos humanos la ha sostenido la Ciencia Jurídica, por tanto, no es inusual que cuando se realice un estado del arte acerca de los presupuestos teóricos de los derechos humanos, sean los estudios jurídico-normativos los que predominen y las aulas de estudiantes de las Ciencias Jurídicas, donde más se hable de derechos humanos, ya sea desde el punto interno o constitucional, o bien, desde el externo o internacional. Empero, como todo tópico a reflexionar requiere de una justificación teórica, el Derecho ha tenido que recurrir a la Filosofía y a la Sociología para contar con un basamento que robustezca sus extensos avances legislativos y legitime su discurso político contemporáneo.

Desde otra trinchera se comenzó a construir otra visión de los derechos humanos y ello, en gran medida, obedeció al interés de algunas Ciencias Sociales (Sociología, Antropología, Ciencia Política, etc.) por indagar en este tema. El estudio de diferentes fenómenos sociales, políticos y culturales, que son objetos de estudio de estas disciplinas, tarde que temprano, les fue llevando hacia los derechos humanos como una vía para observar y entender dichas abstracciones de la realidad, y entonces, se constituyeron otros enfoques, distintos a la óptica jurídica y se generó un andamiaje interdisciplinario para abordar todas estas cuestiones.

Por ejemplo, para Arias (2015, pp. 15-16) existen cuatro grandes escuelas en la producción teórica y académica de los derechos humanos: a) la naturalista, que considera a los derechos humanos naturales y universales en tanto que son parte de la estructura misma del universo, b) la deliberativa, que estima a los derechos humanos como resultados de la construcción de consensos sobre cómo la política de la sociedad debe de ser orientada, y, por tanto, la universalidad depende de que tanta capacidad se tenga para ampliar el consenso acerca de estas prerrogativas, c) la de resistencia o protesta, que concibe a los derechos humanos como producto de las luchas sociales, y aunque los contempla como universales, su universalidad radica en la globalización del sufrimiento y del rol universal de víctima, y, d) la discursiva, que prevé que el fundamento mismo de los derechos humanos no es otro sino un hecho de lenguaje.

Para los propósitos y extensión de este trabajo, se ha considerado analizar los tres enfoques analíticos de los derechos humanos que se estiman más determinantes en las Ciencias Sociales y Jurídicas, sin que, como ya se ha dicho, quiera decir que no existan otros igual o más importantes en virtud del carácter multi o interdisciplinario de los derechos humanos.

ENFOQUE FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las primeras nociones de los derechos humanos se inscribían dentro de una visión filosófica, sobre todo delineando una conexión necesaria con la naturaleza humana (Bidart, 1989, pp. 13-17). De allí que se haya seguido de forma preponderante una noción de los derechos humanos –que en algunos círculos persiste hasta la fecha– que les concibe como elementos congénitos a la persona, es decir, como un conjunto de atributos connaturales a la especie humana, producto de su dignidad y que en ningún caso son –o podrían ser– interpretados cual “una concesión de la

sociedad política” (Truyol, 1968, p. 11 en Bidart, 1989, p. 16), pues se consideran anteriores a la conformación del Estado.

Esta idea ha conservado vigencia y ha sido secundada por las narrativas adoptadas por los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, así como por los principios en los que se han depositado sus características. Esta idea se ve matizada de forma ilustrativa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, instrumento que además de representar un ideal para todos los pueblos, fue un punto de inflexión en el tema de derechos humanos a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En este instrumento legal se adopta la reflexión de que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (DUDH, 1948, ARTÍCULO 1º).

Esta naturaleza humana que se aborda en esta percepción filosófica y que es rescatada por la DUDH, tiene como ingredientes fundamentales la universalidad, la igualdad y la objetividad. Estos ingredientes se basan en la dignidad intrínseca de las personas y sostienen que los derechos humanos son para todos y que existen, aunque no se reconozcan o no se quieran reconocer (Velásquez, 2013, p. 759).

Sin embargo, admitir totalmente la pertinencia de este enfoque de los derechos humanos conduciría el debate hacia la omisión de tres aspectos centrales de la discusión. En primer término, se dejaría de lado la aceptación de que existen países en donde no se tienen por reconocidos estos derechos universalmente “consensados” y que, por lo tanto, la articulación sobre sus fundamentos, naturaleza y principios –aunque necesaria– no dirime un conflicto sobre violación o irrespeto. Pues de poco sirve a una persona saberse poseedor “natural” de una gama de derechos, si finalmente no puede ejercerlos bajo condiciones óptimas. Estas condiciones sólo pueden constituirse en la medida en que, como primer paso, los derechos humanos se institucionalicen, aunque, también la evidencia histórica ha comprobado que los derechos institucionalizados no necesariamente guardan relación con su goce y disfrute.

Por ejemplo, para Rubalcava (2014, pp. 48-49), una investigación sobre derechos humanos tiene dos enfoques de atención; uno recae sobre el sujeto obligado y otro sobre el sujeto pretensor o titular. Por lo que existe una conexión necesaria entre el cumplimiento del Estado obligado y el goce por parte del sujeto o de la colectividad titular, por consiguiente, no debe considerarse satisfecho si no existe una garantía para el ejercicio pleno de ese derecho (Rubalcava, 2014, pp. 48-49).

Esta omisión de reconocimiento de algunos derechos humanos puede darse por decisión propia de los Estados en el uso estricto de su soberanía o bien, por lo que algunos autores han denominado multiculturalismo.

Este multiculturalismo comprendido como un fenómeno inherente a algunas sociedades contemporáneas, en el que, fenómenos como la religión y los crecientes flujos migratorios desarrollan cambios holísticos que repercuten en el área de los derechos humanos. Es por ello, por lo que, con base principalmente en factores culturales, algunos derechos humanos no son reconocidos o regulados de la misma manera en diferentes países o inclusive son omitidos por completo.

En segundo término, vale la pena aludir a la diferencia que algunos autores encuentran entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Por ejemplo, para Carpizo (2011, p. 14), mientras que los derechos humanos no necesariamente han sido objeto de recepción por los sistemas jurídicos, los derechos fundamentales son aquellos que ya han sido reconocidos y garantizados por los Estados en sus constituciones y, según sea el caso, por el Derecho Internacional de los Derechos Hu-

manos. De manera que, si se siguiera esta lógica, el punto central de los derechos humanos no radicaría en su naturaleza o en la dignidad intrínseca de las personas, sino en los procesos de fundamentalización a través de los cuales estos derechos dimanados de la naturaleza humana han sido recibidos, regulados y garantizados por el derecho interno y/o por el derecho internacional.

En tercer término, existe una visión analítica de los derechos humanos que para nada los considera elementos inherentes a la naturaleza humana, a esta escuela de los derechos humanos, Arias (2015, pp. 15-16) la ha denominado de protesta o de resistencia y concibe a estas prerrogativas como producto de las luchas o movimientos sociales y no como cualidades consustanciales a una supuesta naturaleza humana. Un ejemplo ilustrativo de este enfoque analítico fue la lucha por los derechos civiles de personas afrodescendientes en Estados Unidos y su repertorio de acciones colectivas, tales como protestas, manifestaciones y formación de organizaciones, pues se constituyó como un movimiento social que a la postre terminaría por incidir en la reconfiguración de la noción –hasta ese entonces conocida– de los derechos humanos.

Bajo esa tesitura, el enfoque filosófico de los derechos humanos basado en una teoría general que aluda a su naturaleza, fundamentación y génesis –reconociendo su trascendencia e imprescindibilidad– no alcanza a responder a los factores que producen violaciones aisladas o sistemáticas de derechos humanos. Para poder acceder a las respuestas de estos planteamientos, no bastaría con responder a los criterios filosóficos o hermenéuticos que componen este enfoque, sino que habría que adentrarse al campo de la realidad, de la práctica y de la eficacia de estos derechos en la esfera de acción de los sujetos titulares y en las diversas relaciones sociales que son resultado de los derechos humanos.

ENFOQUE JURÍDICO-POLÍTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un segundo enfoque se basa precisamente en el proceso de fundamentalización de los derechos humanos. El proceso puede o debe darse a través de dos ejercicios soberanos: el constitucional y el internacional. Los Estados por lo general establecen en sus Constituciones: 1) un catálogo de derechos humanos, 2) las condiciones en que estos habrán de desarrollarse y 3) las garantías o mecanismos de protección con que cuentan los individuos titulares; este sería el ejercicio soberano constitucional. Posteriormente, algunos Estados deciden o no, adherirse o suscribir acuerdos internacionales sobre derechos humanos en los que el catálogo puede ampliarse o consolidarse e inclusive pueden aceptar jurisdicción contenciosa para que órganos supranacionales puedan intervenir en casos de violaciones a derechos humanos, en uso del ejercicio soberano internacional. En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el tribunal para los Estados Americanos que han aceptado jurisdicción supranacional; ésta se despliega en cuatro vertientes jurisdiccionales: la consultiva, la contenciosa, la preventiva y la ejecutiva (García Ramírez, 2008, p. 188).

Este enfoque de los derechos humanos ha sido robustecido por el Derecho Constitucional y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos comprende el sistema universal y los regionales de derechos humanos, dentro de los que los Estados buscan la mejor protección de quienes se encuentren bajo su jurisdicción, ya sea con el reconocimiento de ciertos derechos o bien con la creación de garantías procesales que

subsanan lo que el orden jurídico interno no haya podido defender a través de sus recursos (Carpizo, 2012, p. 803).

Actualmente existen tres sistemas regionales de derechos humanos, además del universal que tiene a la ONU como actor principal. Estos son: el africano que tiene como órgano matriz a la Unión Africana, el europeo que tiene como eje rector al Consejo Europeo y el interamericano que tiene como órgano toral a la Organización de los Estados Americanos. Estos sistemas pretenden proteger los derechos de los individuos en los casos en que el derecho interno no lo haya hecho (Heyns, Padilla y Zwaak, 2006, p. 165).

Es por ello, por lo que la Ciencia Política y las Relaciones Internacionales han comenzado a tener un papel primordial en el estudio de los derechos humanos. Pues a través de la coordinación de distintos Estados se han construido acuerdos multilaterales que tienen como finalidad la protección de estas prerrogativas. En consecuencia, ha perdido protagonismo la naturaleza como aspecto toral de los derechos humanos, ya que el efecto esperado en su tutela y comprensión nace a partir de la voluntad de los Estados por diseñar un aparato estructural de estos derechos en sus Constituciones, o bien, por consentir con otros Estados en la consolidación de un sistema internacional o regional para su garantía.

Al igual que en el enfoque basado en la naturaleza de los derechos humanos, existen algunas dimensiones que requieren ser analizadas. En un momento histórico-social en el que los derechos humanos se han transformado en un discurso sumamente politizado, los intereses de los Estados por considerarles se han vuelto más consistentes. Con base en este juicio, se torna necesario estudiar cuáles son las verdaderas razones tras las intenciones de los Estados por suscribir un tratado internacional o fortalecer sus mecanismos de tutela de los derechos humanos. Este tópico no es objetivo de este trabajo, sin embargo, a continuación, se muestran los resultados de algunos estudios al respecto.

Algunos autores (Flores-Ivich y Salazar-Elena, 2014; Goodman y Jinks, 2004 en Flores-Ivich y Salazar-Elena, 2014; Simmons, 2009 en Flores-Ivich y Salazar-Elena, 2014) han expuesto que, en ocasiones, las motivaciones que encaminan a los Estados (o a los dirigentes de los gobiernos y los partidos preponderantes) a formar parte de un instrumento jurídico internacional, se traducen en una imitación de conductas deseables o una paradoja de promesas vacías. De allí que, de acuerdo con su postura, éstas puedan clasificarse en cínicas y sinceras. En otras palabras, la signatura de un tratado internacional no produce en automático una mejora en la protección de los derechos humanos, salvo que la pretensión de fondo sea realmente ésta y no fortalecer vínculos comerciales, relaciones interestatales o simplemente presentar un rostro afable como Estado a la comunidad internacional.

Una crítica hacia este tipo de perspectivas que se basan en la institucionalización internacional de los derechos humanos es que la adhesión y ratificación de estos instrumentos no necesariamente implican una mejora para los países firmantes, lo que sin duda obedece a la falsa voluntad del Estado al adscribirse a los ordenamientos internacionales o a los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Otra crítica subraya el poco interés de algunos Estados por ratificar los instrumentos jurídicos internacionales cuando estos puedan afectar posturas políticas internas. Un caso ilustrativo de esta segunda crítica se manifiesta en el tema de la migración internacional, pues a pesar de la existencia de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, adoptada en la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre

de 1990, a la fecha sólo ha sido ratificada por 42 países, ninguno de los cuales es considerado un destino de migrantes (CELADE y CEPAL, 2010).

Este ejemplo muestra cómo los procesos de fundamentalización de los derechos humanos a través de fuentes de carácter internacional, corren el riesgo de convertirse en actos manejables por los Estados que, en la mayoría de los casos, los ejecutan sólo mediante intereses políticos y económicos y no de protección de los derechos humanos.

En síntesis, comprender a los derechos humanos a partir de un enfoque internacionalista o constitucionalista, es decir, a través de los instrumentos que les institucionalizan, es un ejercicio que únicamente alcanza uno de los dos flancos que les componen, ya que el rol de los Estados para la construcción y organización de su orden interno y la capacidad para relacionarse con otros Estados es una parte importante, pero no la única desde la que pueden abordarse. No debe dejarse de lado la intervención del sujeto titular de estos derechos; aquel que frente al Estado tiene la potestad de demandar su cumplimiento por conducto de las garantías que hayan sido, interna e internacionalmente diseñadas.

ENFOQUE SOCIOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tomando en consideración que el abordaje que proporcionan los enfoques analíticos anteriores no convenció teóricamente a muchas de las Ciencias Sociales y a un segmento crítico de las Jurídicas, se comenzó a edificar otra óptica de los derechos humanos, una de contrastes, de facetas. Estévez (2017, p. 367) lo explica muy bien en la siguiente reflexión:

Los derechos humanos, cuenta la leyenda, son los derechos que tenemos todos los seres humanos por el simple hecho de ser humanos. Sin embargo, como se observa en la cotidianidad mundial, esto no es cierto. A pesar de que la vida, la integridad física, el empleo, la vida libre de explotación y de violencia, y la protección internacional frente a la persecución son derechos humanos reconocidos mundialmente, cada día miles de personas son heridas o asesinadas a manos de militares, terroristas, guerrilleros, corporaciones o algún familiar. Millones se encuentran sin empleo o en condiciones análogas a la esclavitud, el medio ambiente no es propicio para la vida en diversos territorios, y las grandes potencias económicas y militares invaden y matan a nombre de los derechos humanos.

Esta clase de reflexiones causaron que desde la Sociología comenzará a nacer un interés por el estudio de los derechos humanos, desde la postura de concebir a estos, no solamente como normas jurídicas sino como fenómenos sociales, es decir, a partir de la Sociología Jurídica, la que se ocupa de estudiar fenómenos empíricamente verificables, sin renunciar a explicar el porqué de las normas (Correas, 1993, p. 28). Pues al final del día, como lo previó Bobbio (1993, en Bidart, 1989, p. 83), el problema de los derechos humanos no consiste en reconocer cuántos y cuáles son todos los derechos, ni preocuparse por su naturaleza y fundamento, sino encontrar la vía más eficaz para garantizarlos.

La eficacia de los derechos humanos está íntimamente ligada no sólo al rol que juegan las instituciones estatales en el ámbito de sus atribuciones, sino también, a una serie de factores sociológicos que inciden en el modo de compenetra-

ción de estos derechos a la conciencia colectiva de una sociedad (Durkheim, 2007, p. 53). Este concepto de conciencia colectiva de Durkheim es similar a la noción de creencias socialmente compartidas que Weber (2014, pp. 390-391) expuso en sus postulados, pues se refiere a la forma en que los integrantes de una sociedad se identifican uniformemente con una gama de sentimientos y percepciones, que consecuentemente fortalecen sus lazos sociales.

De allí pues, que los estudios sociojurídicos comenzaran a abordar de modo más constante el tema de los derechos humanos. Conforme a Ansolabehere (2010, pp. 28-29), los derechos humanos pueden estudiarse desde dos perspectivas dominantes en el campo de los estudios sociojurídicos: desde su institucionalización, que se centra en el cómo y cuándo los derechos humanos se cristalizan en normas jurídicas, y desde su vivencia, enfocándose en la forma en que las personas, las organizaciones y los movimientos sociales se apropian de las instituciones jurídicas y el impacto que éstas tienen en ellos. Para Bustamante (2017b, p. 47), un enfoque sociológico parte del principio epistemológico de las relaciones sociales como el origen de todo lo social, que incluye a los derechos humanos. Comprendidos los derechos humanos como una forma de empoderamiento en todas las personas para protegerse de las condiciones de vulnerabilidad que emanan de actos de las autoridades estatales –legislativas y ejecutivas.

Para analizar a los derechos humanos desde su vivencia, es puntual recordar lo que Weber (2014, pp. 390-391) comprendía por legitimidad en el derecho. Desde su opinión, ésta se basa en *creencias socialmente compartidas*. De acuerdo con la interpretación de Bustamante (2017a, p. 44) en torno a los conceptos sociológicos fundamentales de Weber, una creencia es socialmente compartida en la medida en que la comunidad reconoce una expresión o comportamiento con el mismo sentido y significado y por ende se comparte culturalmente. Así mismo, y de acuerdo con Francisco Gil Villegas M. en los comentarios a la obra de Max Weber (2014, p. 104), el significado de legitimidad que el autor aborda es muy distinto al de legalidad que normalmente permea en los estudios jurídicos sobre la forma de legitimación de los Estados, que se asocia principalmente con aspectos legislativos, políticos y judiciales.

Un buen ejercicio para comprender la importancia de las creencias compartidas es el ejemplo que plantean Camino y Mendoza (2004, pp. 87-88). Ellos describen un caso hipotético situado en una villa de la Europa del siglo XIV, en que se cuestionan qué esperarían de la vida dos jóvenes de doce años –uno de los dos, hijo del señor feudal– en términos de sus derechos fundamentales, tomando en cuenta el régimen de aquella época. La reflexión de este ejemplo permite captar la relación existente entre “los derechos, las prácticas culturales y las expectativas personales” (Camino y Mendoza, 2004, p. 88). De tal suerte que para responder a las interrogantes sobre el tipo de vida al que aspiran ambos jóvenes, es necesario recurrir no a creencias individuales, sino a creencias colectivas sobre destinos individuales, es decir, creencias compartidas por los miembros de una comunidad que influyen en la visión del mundo y de la vida (Camino y Mendoza, 2004, pp. 87-88). De manera que estas creencias influirían en las distintas expectativas que ambos jóvenes tendrían de la vida, pues su posición en el régimen y las prácticas culturales de esa época, inciden directamente en su concepción sobre sus derechos fundamentales.

Esto sucede con los derechos humanos si se analizan desde un enfoque sociológico. Pues de acuerdo con el contexto social vigente, la percepción que se tenga de ellos puede variar. De modo que, este enfoque permite interpretar a los derechos humanos como elementos susceptibles de ser integrados a la cultura de un colectivo

—ya sea de forma positiva o negativa— o bien a la visión de un individuo. El proceso de estas integraciones se da a través del conocimiento sobre sus alcances, así como del grado de información y apropiación de las instituciones y mecanismos de garantía con que cuenta una persona para demandar del Estado sus obligaciones. Por conducto de estas integraciones se produce un efecto empírico de los ordenamientos constitucionales e internacionales, pues de lo contrario las legislaciones sólo serían cuerpos normativos sin vida y no generarían una transformación de la realidad social.

Aunado a lo anterior, otra dimensión sociológica de los derechos humanos se activa cuando su transgresión ocurre por motivos de género, condición social, nacionalidad o situación migratoria. En estos casos, su alcance jurídico pasa a segundo término, pues se han rebasado los campos de estudio del derecho al presentarse implicaciones asociadas a la discriminación, a la xenofobia y algunas veces, a la violencia.

En tal virtud, la perspectiva sociológica no sólo se ocupa de interiorizar en el rol del sujeto de derechos frente a las instituciones, en su capacidad de agencia para denunciar una violación —en caso de ser necesario— o en su grado de asimilación de los derechos humanos, sino que también puede expandir su análisis hacia las causas que originan la discriminación del sujeto o su vulnerabilidad.

Para sintetizar lo expuesto en este apartado se presenta el siguiente cuadro explicativo de los principales enfoques sobre los derechos humanos:

Cuadro 1. Características y debilidades de los principales enfoques sobre los derechos humanos

<i>Enfoque</i>	<i>Características principales</i>	<i>Críticas o debilidades</i>
<i>Filosófico</i>	a) Concibe a los derechos humanos como congénitos a la persona, es decir, como un conjunto de atributos connaturales a la especie humana, producto de su dignidad.	a) Existen países donde no se han reconocido derechos humanos universalmente consensados. b) La articulación sobre sus fundamentos, naturaleza y principios no dirime un conflicto sobre violación o irrespeto. c) El punto central de los derechos humanos no radica en su naturaleza o en la dignidad de las personas, sino en los procesos de fundamentalización por los que son regulados y garantizados por los derechos interno e internacional.

<i>Sociológico</i>	a) Los derechos humanos se deben estudiar desde su vivencia, es decir, enfocándose en la forma en que las personas, las organizaciones y los movimientos sociales se apropian de las instituciones jurídicas y el impacto que éstas tienen en ellos. b) Parte del principio epistemológico de las relaciones sociales como el origen de todo lo social, que incluye a los derechos humanos. Entendidos los derechos humanos como una forma de empoderamiento con el objeto de que las personas contrarresten las condiciones de vulnerabilidad que emanan de actos de las autoridades estatales – legislativas y ejecutivas–. c) Permite interpretar a los derechos humanos como elementos susceptibles de ser integrados a la cultura de un colectivo o bien a la visión de un individuo. El proceso de estas integraciones se da a través del conocimiento sobre sus alcances y del grado de información y apropiación de las instituciones y mecanismos de garantía con que se cuenta para reclamar al Estado.	a) Puede omitir la perspectiva de las instituciones gubernamentales, que son actores clave en el tema de los derechos humanos, al enfocarse abiertamente en el sujeto titular de las prerrogativas. b) Existen sesgos metodológicos en la búsqueda y obtención de la información, pues hay pocas fuentes de información fidedignas que den cuenta de la percepción de los sujetos titulares. Por lo que exige la construcción de un instrumento de recolección de datos
---------------------------	--	---

<i>Jurídico-político</i>	a) Se basa en el proceso de fundamentalización de los derechos humanos. Este puede darse a través de dos ejercicios soberanos: el constitucional y el internacional.	a) La evidencia histórica ha comprobado que los derechos institucionalizados no necesariamente guardan correlación con el goce y disfrute de ellos. b) La firma de un tratado internacional no produce en automático mejoras en la protección de derechos humanos, salvo que la verdadera pretensión sea ésta y no fortalecer vínculos comerciales, relaciones interestatales, o presentar un rostro afable a la comunidad internacional. c) Los procesos de fundamentalización de los derechos humanos a través de fuentes de carácter internacional corren el riesgo de convertirse en instrumentos manejables por los Estados, quienes podrían enfocarse en intereses políticos y económicos y no de protección.
--------------------------	--	---

Fuente: Elaboración propia.

VENTAJAS METODOLÓGICAS DEL ENFOQUE SOCIOLÓGICO
DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos como concepto filosófico al ser integrados a las relaciones sociales o, al salir de los instrumentos legislativos, nacionales e internacionales, se transforman en elementos susceptibles de apropiación por los sujetos titulares. Esta apropiación puede presentarse a manera de información, de reconocimiento o incluso de lucha o movilización social. Cuando los derechos humanos son apropiados por las personas o grupos, mutan en instrumentos capaces de ser utilizados en los momentos oportunos, sea cuando se reconozca una trasgresión, sea cuando se exija una obligación del Estado.

Esta instrumentación de los derechos humanos a cargo de las personas o grupos genera un aumento en su capacidad de agencia y por ende convierte a los derechos humanos en una forma de empoderamiento frente a las posibles violaciones que pueda ejecutar el Estado a través de sus diferentes encarnaciones institucionales. Con base en esto, al ser adoptados por los sujetos titulares pueden ser utilizados como medios de defensa frente a diversas situaciones que pongan en peligro el goce de estas prerrogativas o que los coloquen en situaciones de vulnerabilidad, activando socialmente los derechos humanos.

Una de las varias razones comunes por las que se presentan violaciones a derechos humanos en las sociedades contemporáneas es el desconocimiento de

estos. García Ramírez (2014) ha hablado de esto cuando se refiere a los puentes por los que se conectan los órdenes jurídicos interno e internacional que son cinco: el constitucional, el legal, el político, el jurisdiccional y el cultural. El puente cultural consiste en la recepción o acogimiento de los derechos humanos en la cultura de un país, ya que en la magnitud de esta recepción social estriba su tutela, pues conlleva a una mayor exigencia de cumplimiento por parte de la comunidad; estos aspectos culturales solamente pueden ser identificados por conducto de un enfoque sociológico que observe estos márgenes de recepción o acogimiento en los sujetos titulares y no privilegie el rol de las instituciones gubernamentales o de las legislaciones.

Una primera ventaja metodológica del enfoque sociológico de los derechos humanos es que permite conocer directamente de los sujetos titulares, su sentir acerca de la situación pragmática para el ejercicio de sus derechos, pues cuando se observa la información desde las autoridades del Estado, es probable que la verdad se diluya en la frialdad de las estadísticas, de los números o de la racionalidad institucional. Haber focalizado las investigaciones en materia de derechos humanos en una postura estado-céntrica, ha generado enormes compendios de análisis legislativo y de funciones estatales, pero la situación en la realidad social de estas prerrogativas es igual e incluso se ha tornado más crítica.

Lo anterior obedece a que, por alguna extraña razón, el análisis de los derechos humanos se ha distanciado del análisis de los propios humanos como titulares de tales prerrogativas. En otras palabras, un enfoque sociológico de los derechos humanos no sólo les confiere voz a los sujetos titulares de estas prerrogativas, sino que también vuelve factible estimar los grados de efectividad de las vías legales con que cuentan y conocer los factores que inciden en que estos mecanismos sean o no empleados, como se explicará en la siguiente ventaja.

Una segunda ventaja metodológica estriba en que, al recabar la información de los grados de apropiación de las personas o grupos en torno a los derechos humanos, se estará en una mejor posición para efectuar una valoración de la efectividad de los instrumentos jurídicos existentes. Los grandes compendios de análisis legislativo que se han construido desde las Ciencias Jurídicas serían de más provecho en la medida en que, estos pudieran ser cotejados con la percepción de los sujetos titulares en relación con las prerrogativas estudiadas.

Estos cotejos sólo son posibles a través de la aplicación de un enfoque sociológico que recolecte previamente los datos de los sujetos titulares y después proceda a la evaluación de los mecanismos jurídicos, a partir de su comparación con la información interpretada de los sujetos de derechos humanos, con la finalidad de establecer la asociación o disociación entre la institucionalización de los derechos humanos y la forma en que se viven en la realidad social. Este análisis permite inferir si los derechos humanos han sobrepasado la barrera jurídica para convertirse en instrumentos susceptibles de ser apropiados por los actores sociales, o, en otras palabras, se ha construido firmemente el puente cultural que conecta a los órdenes jurídicos con la comunidad.

Una tercera ventaja metodológica es que a través de este enfoque sociológico se pueden identificar problemas, reconfigurar conceptos y ratificar elementos teóricos. Existe el gran riesgo que a partir de los otros dos enfoques analíticos de los derechos humanos se produzcan resultados repetitivos y pocas veces se construyan críticas hacia conceptos o elementos teóricos, hasta ese momento, reconocidos como válidos, ello sucede porque no se ponen en comparación los contenidos teóricos con los aspectos de la realidad social que pueden emerger de un enfoque

sociológico; al mismo tiempo, se pueden ratificar, comprobar y robustecer conocimientos conceptuales preexistentes.

El gran problema con la aplicación metodológica de este enfoque es que las fuentes de información existentes (censos, encuestas, informes, trabajos académicos) sobre el estudio de los derechos humanos, enfatizan en los mecanismos de protección (organismos protectores, marcos normativos, etc.) y sus grados de aplicabilidad. Dejando de lado la intervención del sujeto titular en los procesos de información, apropiación y exigencia de los derechos humanos. Por lo tanto, estas fuentes de información pueden ser utilizadas únicamente para efectos ilustrativos y contextuales.

Por consiguiente, se torna menester la formulación y diseño de instrumentos de recolección de datos que facilite la obtención de la percepción en materia de derechos humanos de los sujetos titulares. Este instrumento puede realizarse a través de una entrevista semiestructurada (pero también a partir de otras técnicas y herramientas metodológicas) aplicada a las diferentes poblaciones objetivo y por medio de un análisis cualitativo de la información recabada durante el trabajo de campo.

CONCLUSIONES

Existen diferentes enfoques para analizar a los derechos humanos, principalmente desde las disciplinas jurídicas y sociales, sin embargo, han sido las primeras las que han sostenido el dominio y hegemonía de su estudio. El interés de otras Ciencias Sociales distintas a la Filosofía por abordar los derechos humanos y responder interrogantes acerca de diversos fenómenos sociales, políticos y culturales fue construyendo enfoques paralelos al jurídico que abonarían a un progreso multidisciplinario de este tópico.

La marcada postura estado-céntrica que impera en los estudios de corte jurídico acerca de los derechos humanos, produjo una falta de convencimiento de que a partir de tales avances teóricos se podían resolver las inquietudes emanadas de las Ciencias Sociales. Esta postura estado-céntrica que privilegia el rol del Estado a través de sus instituciones y los marcos legislativos internos e internacionales, se había distanciado del elemento central de los derechos humanos: la persona, el sujeto titular.

Por consiguiente, comenzó a tomar repercusión un enfoque sociológico, que se interesaba más por el sujeto titular que por el sujeto obligado, en el binomio Estado-Individuo que existe en materia de derechos humanos. No obstante, la sustitución de la persona por el Estado en cuanto al sujeto protagónico en el análisis de los derechos humanos no sería propiamente el aspecto central en esta modificación de enfoques, sino que ahora había una mayor ocupación de la manera en que estas prerrogativas se insertan en la realidad social, en el mundo de las relaciones sociales.

Un enfoque sociológico no solamente facilita el otorgamiento de voz a los sujetos titulares de los derechos humanos, para conocer la realidad de estos en un plano social, sino además permite la evaluación de los mecanismos jurídicos existentes, su pertinencia, efectividad y la necesidad de reconfigurar figuras legales o institucionales. Así mismo, abre el camino para la valoración de algunos presupuestos teóricos hasta entonces validados o incluso, a la construcción de nuevas aportaciones teórico-conceptuales que sumen a las interrogantes contemporáneas en torno a los derechos humanos.

Como todo enfoque analítico, el enfoque sociológico cuenta con algunas debilidades metodológicas, principalmente relacionadas con la ausencia de fuentes de información (censos, encuestas, informes, trabajos académicos) que puedan ser empleadas en las investigaciones asociadas a los derechos humanos. Empero, esta debilidad no es insubsanable, ya que, a través de un debido diseño, se puede construir un sólido instrumento de recolección de datos, que después pueda ser interpretado a través de un análisis cualitativo de la información. Así mismo este instrumento de recolección de datos puede asumir las particularidades necesarias tomando en consideración la población objetivo y el tipo de derecho humano que se esté analizando.

Hoy vivimos una época crítica en materia de derechos humanos, la postura estado-céntrica para el análisis de estos temas no ha sido suficiente para proponer, resolver o en todo caso, identificar los aspectos torales de las violaciones a estos derechos. Hay países que, aunque son líderes en la suscripción de acuerdos internacionales, son quizá quienes más ejecutan trasgresiones a derechos humanos todos los días. Este escenario permite inferir que los enfoques filosófico y jurídico-político no han dado respuesta a estas inquietudes que seguramente van más allá de las instituciones y los marcos legislativos con base en los que ellas operan.

No se quiere con esta afirmación, eliminar el progreso teórico que se ha obtenido de los dos enfoques mencionados, que se ve vislumbrado en la integración de los derechos humanos a las principales políticas públicas del mundo, a las Constituciones, leyes y acuerdos jurídicos en todas las geografías, y a la inclusión que han tenido en las instituciones educativas. Pero el apartado teórico no está resuelto, hoy existen nuevas interrogantes: ¿Universalidad o Interculturalidad? ¿Congénitos, deliberativos o producto de luchas sociales? Son preguntas que no han podido contestarse con los enfoques hegemónicos.

Se estima que con la reproducción del enfoque sociológico se esté en condiciones de proponer otras respuestas, nuevas aportaciones teóricas e incluso inesperadas interrogantes que hasta hoy no se han planteado y que no se plantearán mientras el enfoque detrás de todas las perspectivas analíticas siga siendo el mismo: la postura estado-céntrica. El enfoque sociológico pretende retornar a las bases, aprovechándose de los avances hasta ahora conseguidos, unas bases que tal vez, nunca debieron de haberse diluido, que no son otra cuestión, sino el reconocimiento de que el eje central de los derechos humanos es la persona como sujeto titular y no el Estado como sujeto obligado.

REFERENCIAS

1. Ansolabehere, K. (2010). Los derechos humanos en los estudios socio-jurídicos. En Estévez, Ariadna, y Vázquez, Daniel (coords.). *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*. México: FLACSO México/Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, pp. 19-41.
2. Arias Marín, A. (2015). Tesis sobre una teoría crítica de los Derechos Humanos, *Open Insight*, VI, (9), enero-junio 2015, pp. 11-33.

3. Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma de México/Instituto de investigaciones Jurídicas.
4. Bustamante, J. (2017a), Max Weber Revisited, the Verstehen of migration through Qualitative research. *Migraciones internacionales*, 9(1), pp. 43-67.
5. Bustamante, J. (2017b). *Mexican Immigration to the United States, the vulnerability-resilience of migrants and their circularity*. University of Notre Dame and El Colegio de la Frontera Norte -submitted for publication in "The American Journal of Sociology".
6. Camino, L. y R. Mendoza (2004). La construcción de los derechos humanos y la necesidad de la psicología política. *Psicología Política*, (28), pp. 85-103.
7. Carpizo, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. Cuestiones constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (25), julio-diciembre 2011, pp. 3-29.
8. Carpizo, J. (2012). La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (XII), 2012, pp. 801-858.
9. Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) y División de Población de la CEPAL (2010). Impacto de la crisis económica en la migración y el desarrollo: Respuestas de política y programas en Iberoamérica. El Salvador, CEPAL/OIM/Secretaría General Iberoamericana/República de El Salvador en la América Central.
10. Correas, Ó. (1993). La sociología jurídica. Un ensayo de definición. Crítica Jurídica. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, (12), pp. 23-53.
11. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
12. Durkheim, E. (2007). *La división del trabajo social*. México: Colofón.
13. Estévez, A. (2017). El discurso de derechos humanos como gramática en disputa. *Discurso y Sociedad*, 11(3), pp. 365-386.
14. Flores-ivich, G. y R. Salazar-Elena (2014). Institucionalización y disfrute de derechos humanos en América Latina. En Ansolabehere, Valdés Ugalde y Vázquez (eds.). *Entre el pesimismo y la esperanza: los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición*. México: FLACSO, pp. 159-180.
15. García, L. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina? *Revista Colombia Internacional*, (88), pp. 107-133.

16. García Ramírez, S. (2008). Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (VIII), pp. 187-221.
17. García Ramírez, S. (2014). Recepción nacional del derecho interamericano de los derechos humanos. Implicaciones penales. En García Ramírez, S., González, O. y Peláez, M. (coords.). *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
18. Heyns, Christof, Padilla, David y L. Zwaak (2006). Comparación esquemática de los sistemas regionales de derechos humanos: una actualización. *African Human Rights Law Journal*, (5) pp. 308-320.
19. Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.
20. Rubalcava, R. M. (2014). La construcción de medidas de derechos humanos: una tarea interdisciplinaria. En Ansolabehere, Valdés Ugalde y Vázquez (eds.). *Entre el pesimismo y la esperanza: los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición*. México: FLACSO México, pp. 41-54.
21. Velásquez Monsalve, J. D. (2013). El derecho natural en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 43 (119), pp. 735-772.
22. Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Inconstitucionalidad de la norma que otorga al Ministerio Público la facultad para solicitar la reducción de las penas en el Procedimiento Abreviado

Unconstitutionality of the standard that gives to the Public Ministry the faculty to request the reduction of the penalties in the Aborved Procedure

ALEJANDRO NAIME GONZÁLEZ*

LAURA G. ZARAGOZA CONTRERAS**



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

En el presente estudio se revisa y se evidencia que, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, al reglamentar la punición aplicable en el procedimiento abreviado, se violen-
tan derechos humanos al transferir al Ministerio Público una atribución exclusiva del Poder Judicial lo que, además de in-
constitucional, limita el acceso a la justicia, rompe el principio de equilibrio procesal entre las partes y favorece la corrupción y la impunidad.

Palabras clave

Reglas para aplicar penas en el procedimiento abreviado, acceso a la justicia, igualdad de las partes, reducción de penas.

Abstract

The aim of this paper is to review and show evidence in regards to current regulation in punishing the abbreviated procedure stated by National Code of Criminal Procedures. Human rights are violated when transferring to the Public Ministry an exclusive function of the Judicial System which, in addition to un-
constitutional, it limits access to justice, breaks the principle of procedural balance between the parties and favors corruption and impunity.

Key words

Rules for applying penalties in the abbreviated procedure, access to justice, equality of the parties, reduction of penalties.

*Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Profesor de la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de México, de las materias Teoría de la Pena y Ejecución de Sentencias. Magistrado por Oposición en Retiro, del Poder Judicial del Estado de México y actualmente Consultor Jurídico en "Consultoría Jurídica Naime-Naime".
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2765-4955>. Correo electrónico: alejandronaime@hotmail.com

**Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana.

Profesora Investigadora de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7703-4303>.

Correo electrónico: laurazaragozacontreras@live.com.mwx

INTRODUCCIÓN

El sistema de enjuiciamiento penal en México se refiere a una institución que encuentra su sustento en el artículo 20 Apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (reforma de 2008), entraña múltiples procedimientos que se reglamentan, principalmente en el Código Nacional de Procedimientos Penales (Diario Oficial de la Federación, México, 5 de marzo de 2014), y que deben examinarse de manera cuidadosa para identificar los casos en los que haya omisiones, defectos o excesos, para propiciar los ajustes necesarios y así lograr el verdadero acceso a la justicia por parte de los protagonistas del procedimiento penal: la víctima, el ofendido y el imputado.

Una de las figuras destacadas del sistema penal acusatorio, es la opción para terminar en forma anticipada el procedimiento, bajo determinados requisitos, lo que está encaminado principalmente a la pronta administración de justicia, traducida en el esclarecimiento de los hechos, la protección de los inocentes, evitar la impunidad y que se reparen los daños causados, tal y como se señala en el artículo 20 apartado A del texto constitucional y, también evitar la saturación innecesaria de juicios en los tribunales. Es un mecanismo de justicia concertado entre las partes que debe de llevar a la pronta solución del conflicto penal.

Pero a pesar de ser una institución aparentemente bondadosa, se considera que su reglamentación contiene elementos que, eventualmente pueden lesionar derechos humanos, provocando además, la invasión de la competencia constitucional del Poder Judicial por parte de las fiscalías General de la República y las de los estados de la federación, con lo que posiblemente se incumpla su función social y procesal y con ello, el sistema penal pudiera estar en medio de una crisis que debe ser objeto de atención inmediata por los especialistas y los investigadores, para llamar pronto la atención de los legisladores y no dejar que todo sea resuelto o regulado a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCEDIMIENTO PENAL, COMO UNA FORMA DE ACCESO A LA JUSTICIA EN MÉXICO

La reforma constitucional al sistema de enjuiciamiento penal en México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, constituye un hito que modifica el paradigma del deteriorado sistema penal inquisitivo, dando lugar a la estructura del procedimiento de naturaleza acusatorio, el cual, dentro de sus principales características se encuentran:

- a. La separación de funciones entre el órgano que acusa y el que resuelve.
- b. La igualdad procesal, donde el imputado se defiende ante un juez imparcial de las acusaciones del Ministerio Público.
- c. Las pretensiones, argumentaciones y pruebas en el desarrollo del proceso se deben plantear, introducir y desahogar en forma oral, bajo los principios de inmediación y contradicción.
- d. La presunción de inocencia se establece de manera expresa (López en Pe-reznieto, 2019, p. 28).

Se trata de una reforma integral, ya que abarca toda la estructura del procedi-miento penal que ahora opera en México. En particular, desde el punto de vista del acceso a la justicia, es necesario realizar algunas consideraciones sobre uno de los temas novedosos del sistema, relativo a su forma de terminación anticipada, a través del Procedimiento Abreviado, pero en relación con la injerencia que el legis-lador le da al órgano acusador en su tramitación y las implicaciones que ello tiene respecto al principio de igualdad o equilibrio de las partes y frente a las atribuciones constitucionales exclusivas de los poderes judiciales.

El artículo 20 apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 1917), establece como uno de los principios generales del pro-ceso penal acusatorio y oral:

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista opo-sición del inculcado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimien-to de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que podrán otorgarse al inculcado cuando acepte su responsabilidad.

Una de las finalidades de esta reforma es evitar llevar a juicio todos los asuntos que se judicialicen, precisamente, en aquellos casos en donde exista aceptación del hecho delictuoso por parte del imputado y obren datos de prueba que confirmen la imputación de que es objeto. Este mecanismo supone erradicar el desgaste inne-cesario de la maquinaria jurisdiccional, evitando enjuiciar los asuntos que pueden encontrar una conclusión anticipada y en donde el investigado o acusado, a cam-bio de reconocer su intervención en el hecho, reciba un beneficio desde el punto de vista de la punición privativa de libertad y pecuniaria que la ley penal asigne al hecho delictuoso por el cual ha sido vinculado a proceso.

A través del procedimiento abreviado, según el derecho humano establecido en el texto constitucional, los gobernados tienen acceso a la justicia, pues una vez cometido un hecho señalado por la ley como delito y existiendo quien acepte la responsabilidad de su comisión, el Estado impondrá las penas que la ley señale para ese hecho y se garantiza el pago de la reparación del daño, cuando así proceda. Entonces, la víctima u ofendido, verá reparado el daño que se le ha causado y el sentenciado obtendrá el beneficio de una pena reducida, iniciando así su proceso de reinserción social.

EL PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE LA PENA DE PRISIÓN

Desde 1917, en el texto constitucional, la finalidad de la pena ha transitado por tres etapas:

- a) Regeneración;
- b) Readaptación; y
- c) Reinserción.

La primera etapa tuvo una vigencia de 48 años: de 1917 a 1965, y el texto constitucional establecía:

Art. 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.
Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias, penitenciarías o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

Este texto podría calificarse como una regulación incipiente respecto del fin de la pena, pero debe recordarse que las condiciones criminógenas de la época en nuestro país eran totalmente diferentes a las que privan actualmente. El constituyente determinó que el trabajo era el medio para lograr la regeneración social.

Fue una etapa en la cual, el sistema penal revelaba abandono y el tema de las prisiones y las cárceles así lo demuestran ya que, no constituía una verdadera política criminal. Era prácticamente el encierro por el encierro, así como el aislamiento, aunque superaba de alguna forma las condiciones carcelarias del siglo XIX que eran verdaderamente deplorables.

El tema del sistema penitenciario se convirtió en parte de la política criminal del Estado mexicano, a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de febrero de 1965, en el que se inicia la segunda etapa por la que transita la finalidad de la pena de prisión, —de la regeneración a la readaptación social— y, donde el sistema de ejecución de ésta, cobra relevancia y se sientan las bases para una verdadera transformación integral en la materia, de acuerdo con las condiciones de la época.

Y, el nuevo texto constitucional señaló:

ARTÍCULO 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.
Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.
Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

La idea de *Readaptación Social*, era desde luego ajustar la conducta del sujeto a la norma social prevaleciente en la época, sin aspirar sólo a la regeneración del individuo; se trató de un nuevo concepto, más ambicioso que la mera readaptación social. Incluyó como medio, además del trabajo, la capacitación para éste y la educación; se pretendía que el infractor volviera a observar el comportamiento que regularmente siguen y aprueban los integrantes de la sociedad a la que pertenecen. La intención era lograr ajustar el comportamiento del *delincuente* con la cultura prevaleciente. Este propósito era colocar al delincuente en condiciones de no volver a delinquir, dándole los elementos para valorar, regular y orientar su conducta, sin privarlo de su capacidad de decisión, ya que ésta le daba sentido moral y valor jurídico a su comportamiento. Esta etapa tuvo una vigencia de aproximadamente 43 años.

Finalmente, la tercera etapa inició con la reforma al sistema de enjuiciamiento penal vigente, donde se modificó el objetivo de la pena de prisión y, a partir del 10 de junio de 2011, en la primera parte del párrafo segundo del artículo 18 constitucional se determina que:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

El dictamen de la reforma consideró a la expresión *Readaptación Social*, como un término inadecuado para nombrar el momento en el que los sentenciados terminan su condena y se insertan nuevamente en su entorno social.

Con la reforma se omitió considerar que el concepto *readaptación* no se refiere al momento en que concluye la ejecución de la sentencia, este abarca desde que el infractor ingresa al centro de reclusión y hasta el tratamiento en libertad después de la ejecución material de la pena. Incluso ahora la Ley Nacional de Ejecución Penal (Diario Oficial de la Federación, México, 16 de junio de 2016), lo establece como un principio rector del sistema penitenciario:

“Reinserción Social: Restitución del pleno ejercicio de las libertades tras el cumplimiento de una sanción o medida ejecutada con respeto a los derechos humanos”.

Aun cuando el término *Reinserción Social* en este apartado pudiera considerarse que se reduce a devolver al condenado el goce de los derechos que le fueron suspendidos con motivo de la prisión al cumplir ésta, la interpretación realizada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en “Derechos Humanos de las Personas en Reclusión Penitenciaria, Marco normativo nacional e internacional del sistema penitenciario” (2019, pp. 5-6) lo aclara al señalar que es importante considerar lo previsto en el artículo 18 constitucional respecto de la organización del sistema penitenciario “sobre la base del respeto a los derechos humanos”. Es decir, que salvo aquellos derechos que le están legalmente restringidos, toda persona en los Estados Unidos Mexicanos, aun estando en reclusión penitenciaria gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.

Cuando se aborda el tema de los derechos de las personas en reclusión penitenciaria, es importante reconocer que toda persona que se encuentra privada de la libertad es titular de los mismos derechos que le son reconocidos a los demás miembros de la sociedad, sin perjuicio de las restricciones que se harán a ciertos derechos durante el tiempo que se encuentre en reclusión.

Sin embargo, gozan del respeto a la dignidad inherente de todos los seres humanos y, por ende, la privación de la libertad derivada de una medida cautelar o de condena de prisión no puede significar, en ningún caso, la violación de otros derechos fundamentales.

Cuando se priva de la libertad a una persona, ya sea en prisión preventiva como medida cautelar o compurgando una sentencia, esta reclusión debe cumplir primordialmente dos objetivos: proteger a la sociedad del riesgo que la persona pueda representar si se encuentra en libertad y que no vuelva a delinquir al reinsertarla de manera efectiva a la sociedad.

Aunque una realidad innegable es que la crisis que prevalece desde hace años en el sistema penitenciario actual, provocada por el crecimiento irrefrenable de la criminalidad sobre todo organizada, la sobrepoblación de los centros de reclusión por las desorbitantes penalidades que pueden imponerse con algunos códigos sustantivos, la reducción de los beneficios preliberacionales y de libertad anticipada, el auto gobierno, la corrupción y la impunidad, no permiten que se logre consumir el nuevo propósito de la reinserción social, así como tampoco permitieron el de la readaptación social en sus últimos años de vigencia.

Lo cierto es que hay aparentemente un nuevo paradigma constitucional en la finalidad de la pena de prisión, y será un tema a efectivizarse eventualmente a través de una política criminal adecuada y homogénea en la Federación, los Estados y la Ciudad de México y, sobre todo, un tema de política pública de esos niveles de gobierno, en materia social, bienestar, educación y seguridad pública.

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y LAS FACULTADES SUPRA - CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), establece en el Libro Segundo. Título I, Capítulo I:

Artículo 185. Formas de terminación anticipada del proceso.

El procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso.

Y en el capítulo IV, de los artículos 201 al 207, se regula todo lo relativo al procedimiento abreviado, de donde se destacan los siguientes aspectos:

- Solo se apertura a petición del Ministerio Público, pero el Juez de Control es quien resuelve si se reúnen los requisitos legales para ello;
- Procede una vez dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de emitirse el auto de apertura a juicio oral;
- La acusación del Ministerio Público debe ser específica para el procedimiento abreviado y, los datos de prueba que la sustenten deben ser suficientes para confirmar la imputación que se ha realizado al investigado y

especificar: los hechos que se le atribuyen, su clasificación jurídica, su grado de intervención y el pedimento de la reducción de las penas mínimas;

- Que no haya oposición de la víctima u ofendido, la que solo será vinculante para el juez cuando se acredite que la reparación del daño no está garantizada;
- Que el imputado acepte estar debidamente informado del contenido y alcance del procedimiento, renuncie al enjuiciamiento oral, consienta ser juzgado en procedimiento abreviado con los datos de prueba incorporados por el Ministerio Público y reconozca su responsabilidad en el hecho que se le atribuye.

Y, una vez aprobada la tramitación del procedimiento abreviado, el juez impondrá la pena mínima que corresponda al delito por el que fue acusado y el Ministerio Público podrá pedir la reducción de la punición corporal y pecuniaria impuestas (desde luego, no se incluye a la reparación del daño), en principio, de acuerdo con las siguientes reglas procesales, en términos de los establecido en el artículo 202 del CNPP:

- a) *Podrá pedir la reducción de hasta la mitad de la pena mínima*, en el caso de que se trate de un *delito doloso* y el imputado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el término medio aritmético de la pena por el delito que se le acusa, incluyendo sus modificativas, no exceda de 5 años.
- b) *Podrá pedir la reducción de hasta las dos terceras partes de la pena mínima, cuando se trate de un delito culposo*, e igualmente el imputado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el término medio aritmético de la pena por el delito que se le acusa no exceda de 5 años incluyendo sus modificativas.
- c) De existir condena previa por delito doloso y/o exceder del término medio aritmético de 5 años la pena por el delito por el que se formuló acusación, el ministerio público *podrá pedir la reducción de hasta un tercio de la pena mínima, si se trata de un delito doloso*.
- d) Y de haber sentencia condenatoria anterior por delito doloso y/o exceder del término medio aritmético de 5 años la pena por el delito por el que se plantea acusación, el fiscal *podrá pedir la reducción de hasta la mitad de la pena mínima, si se trata de un delito culposo* (las cursivas son nuestras).

Con esta regulación, el Ministerio Público adquiere una facultad punitiva doblemente potestativa, ya que, en principio, tiene la atribución optativa de solicitar la reducción de las penas mínimas a imponer al acusado que admita ser sujeto del procedimiento abreviado y por otro, tiene la facultad de graduar el monto de la reducción, ya que la ley le fija el máximo en cada caso, pero no establece el mínimo a conceder, lo que, permite un margen de maniobra importante. Esta atribución se regula, de conformidad con el último párrafo del artículo 202 del CNPP, a través del Acuerdo que al efecto emitan los respectivos Procuradores (ahora Fiscales) Federal y de las respectivas entidades federativas.

Entonces, el legislador, a través del CNPP deja en manos del Ministerio Público dos atribuciones que resultan constitucionalmente cuestionables, ya que, por un lado, se afecta el principio de igualdad procesal entre las partes establecido en el artículo 11 del CNPP, tal como ya se ha analizado en diverso estudio (Naime y Zaragoza, 2019) y, por otro lado, invade la esfera de competencia de la autoridad judicial, produciendo desafortunadas consecuencias.

En relación con el segundo de los planteamientos, debe recordarse que el artículo 21 párrafo tercero de la CPEUM establece:

“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

El tema del monopolio de la imposición de las sanciones en el procedimiento penal, no tendría motivo alguno de discusión, ya que, en la trayectoria constitucional del Estado mexicano, bajo el principio de la separación de poderes, ha sido una facultad exclusiva del Poder Judicial. Pero ahora, con la reforma constitucional al sistema de enjuiciamiento penal de 2008, el legislador le ha compartido esa facultad al Ministerio Público dentro del procedimiento abreviado.

Esto, desde luego trastoca al sistema jurídico constitucional, al otorgar facultades al Ministerio Público, las cuales rebasan los límites establecidos en la CPEUM, lo que además constituye una herramienta colocada en manos inadecuadas y desafortunadamente limita el acceso a la justicia por parte de los imputados y fomenta las prácticas de corrupción y la impunidad.

Como ya se ha advertido, en los párrafos tercero y cuarto del artículo 202 del CNPP, se establece que la punición aplicable por el juez a los imputados que acepten ser sujetos de procedimiento abreviado, debe ser la mínima y que el Ministerio Público podrá pedir su reducción en las condiciones ahí incluidas y el párrafo final del propio precepto, determina que el mismo Ministerio Público debe atender el acuerdo que sobre ello emita el Procurador, ahora Fiscal.

Así, el CNPP establece los límites máximos de reducción de las penas que podrá autorizar el Ministerio Público se realicen a penas las mínimas que imponga el órgano jurisdiccional y en los delitos donde aplique. Los procuradores y los ahora fiscales General de la República y Generales de Justicia de cada una de las entidades federativas, han emitido los acuerdos correspondientes para reglamentar esta potestad ministerial. Se han seleccionado dos casos para su revisión:

En el caso de la Procuraduría General de la República (hoy Fiscalía General de la República), el entonces titular emitió el acuerdo A/017/2015, el 30 de enero de 2015, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 2015. Y en el caso del Estado de México, el Fiscal General de Justicia del Estado, incluyó los lineamientos para solicitar la reducción de las penas dentro del procedimiento abreviado, en el documento denominado Protocolo General de Investigación y Persecución del Delito, autorizado por acuerdo, inicialmente denominado 06/ 2016 publicado en el periódico Oficial Gaceta del Gobierno del Estado de México el 18 de mayo de 2016, pero por fe de erratas publicada en el mismo periódico el 10 de junio de 2016, se denominó Acuerdo 10/2016.

Por razones desconocidas, es imposible acceder libremente a este protocolo, porque al parecer es de uso exclusivo de los servidores públicos de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, aun cuando en el caso de los lineamientos que debe observar el Ministerio Público para solicitar la reducción de las penas en el procedimiento abreviado, deben ser del conocimiento general. Sin embargo, a través de la solicitud de información pública número 00540/FGJ/IP/2017, realizada ante el Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios, se obtuvo la información por parte del Oficial Mayor y Jefe de la Unidad de Transparencia de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, al rendir el Informe de Justificación, dentro del recurso de revisión que se interpuso en contra de la respuesta inicial que emitió, en razón de no proporcionar la información solicitada en primera instancia. Dicho medio de impugnación se registró con el folio número 02591/INFOEM/IP/RR/2017.

Debe precisarse que la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, en su XXXIII Asamblea Plenaria, a través del Acuerdo CNPJ/XXXIII/12/2015, del 19 de noviembre de 2015, emitió los *Lineamientos por los que se establecen los criterios ge-*

nerales y el procedimiento para la aplicación de los criterios de oportunidad y de la determinación de la pena que el ministerio público solicitará al juez de control en la aplicación del procedimiento abreviado, consultables en la página electrónica de la Normateca de la Procuraduría General de la República (hoy Fiscalía General de la República, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de febrero de 2016, donde en el Capítulo Tercero, en los lineamientos Décimo Cuarto y Décimo Quinto se proponen, como fórmula para la reducción de las penas, por un lado, *la gravedad de la conducta, el grado de culpabilidad del acusado y en su caso, los usos y costumbres, cuando el acusado sea parte de un grupo étnico o pueblo indígena* y por otro lado, para graduar la proporción de reducción, los lineamientos sugieren: menor reducción si el imputado ha sido condenado por delito doloso en cualquier fuero; menor reducción si el delito amerita prisión preventiva oficiosa; mayor reducción si el imputado aportó información que ayudó eficazmente a evitar la comisión de otro delito o en la investigación de otros imputados o delitos (las cursivas son nuestras).

Los lineamientos fueron adoptados por diversas procuradurías o fiscalías de manera literal o casi literal para emitir sus respectivos acuerdos; en algunas entidades hay ligeras variantes, pero en esencia se observa que sirvieron de modelo para la emisión de sus acuerdos, salvo el caso de la entonces Procuraduría General de la República, porque su titular emitió el acuerdo relativo, antes de que se expidieran los lineamientos, pues data del 30 de enero de 2015 y fue publicado el 23 de febrero siguiente.

Es un caso notoriamente peculiar, porque los criterios que este acuerdo establece para la reducción de las penas, son precisamente los mismos que se adoptaron por la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, es decir, este acuerdo fue en realidad el modelo a seguir por la agrupación de titulares de las procuradurías y fiscalías del país y adoptado por la mayoría de los mismos para emitir los suyos, pero el Acuerdo del Ministerio Público Federal presenta una variante que no se incluyó en los lineamientos adoptados por la Conferencia Nacional y que es materia de revisión en párrafos posteriores.

ACUERDO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El acuerdo A/017/15, que emitió el entonces Procurador General de la República, establece los criterios generales y el procedimiento a observar por los Agentes del Ministerio Público Federal para solicitar la pena (sic) en el procedimiento abreviado.

Este acuerdo se integra por diez incisos e inicialmente, en el segundo y tercero, se establece, en concordancia con lo dispuesto por los párrafos tercero y cuarto del artículo 202 del CNPP, que cuando el acusado no haya sido sancionado previamente por delito doloso y el término medio aritmético del delito por el que se le acusa, no excede de 5 años, incluidas sus circunstancias modificativas, el Ministerio Público Federal podrá pedir la reducción dentro de los siguientes márgenes de punibilidad:

- a) Desde un día de la pena máxima, *hasta dos terceras partes* de la pena mínima que corresponda al delito, cuando se trate de un *delito culposo*;
- b) O desde un día de la pena máxima *hasta una mitad* de la pena mínima, cuando se trate de *delitos dolosos* (las cursivas son nuestras).

Y, que fuera de los casos anteriores, el Ministerio Público Federal podrá pedir la reducción dentro de los siguientes parámetros:

- a) Desde un día de la pena máxima, *hasta la mitad* de la pena mínima que le corresponda al delito, cuando se trate de uno de naturaleza *culposa*;

b) O, desde un día de la pena máxima, *hasta un tercio* de la pena mínima que le corresponda al delito, cuando se trate de uno de naturaleza *dolosa* (las cursivas son nuestras).

Entonces, estos dos incisos concretan los parámetros de reducción de las penas mínimas que puede solicitar el Ministerio Público, acorde con el CNPP, estableciendo el mínimo de reducción que pueden peticionar, pues el máximo ya está establecido en el ese ordenamiento.

Debe señalarse que resulta extraña la expresión *desde un día de la pena máxima*, porque es una frase que no tiene sentido. La palabra *máxima* desde luego se refiere al límite máximo de una pena señalada para un delito en particular, ya que las legislaciones sustantivas penales, en cada delito por regla general establecen un límite mínimo y un límite máximo de pena a imponer (prisión, multa, suspensión de derechos, etc.), dentro de los cuales, el órgano jurisdiccional habrá de establecer la penalidad concreta a imponer, según el grado de punición en que haya ubicado a delincuente. Por esa razón, se considera que la expresión *desde un día de la pena máxima* resulta desafortunada, ya que ésta, se forma por una sola cantidad concreta que no tiene dentro de sí misma otros parámetros.

Por ejemplo: en el Código Penal para el Estado de México, el artículo 242, fracción I, párrafo primero, establece que “Al responsable del delito de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa (...)”. Entonces, si así se establecen las penas máximas en todos los delitos que se describen en las legislaciones sustantivas penales en México, es inadecuada la expresión *un día de la pena máxima* porque es algo inexistente. Bastaba señalar que la porción de reducción de la pena que determine el Ministerio Público será como mínimo de un día y como máximo los rangos señalados por el CNPP (artículo 202 párrafos tercero y cuarto).

Así, este Acuerdo determina el mínimo de la reducción de penas que puede conceder el Ministerio Público, frente a los máximos que establece el CNPP como se ha señalado.

Luego, en el cuarto inciso establece tres reglas para determinar la punibilidad que podrá solicitar se le imponga al acusado que acepte ser susceptible de ser juzgado en un procedimiento abreviado y son:

- I. La gravedad de la conducta típica y antijurídica, con base en el valor del bien jurídico, el grado de afectación, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del imputado:
- II. El grado de culpabilidad, con base en las circunstancias y características del hecho, la posibilidad de comportarse de manera distinta y de haber respetado la norma quebrantada, así como los motivos que lo llevaron a cometerlo; la edad, el nivel educativo, sus costumbres, las condiciones sociales y culturales; el vínculo de parentesco, relación o amistad que guarde con la víctima u ofendido y demás circunstancias especiales del imputado, víctima u ofendido, y
- III. Los usos y costumbres, en caso de que el imputado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena.

Desde luego, estos son elementos que el titular de la entonces Procuraduría General de la República, tomó del propio CNPP, precisamente del artículo 410, en el que

se establecen los lineamientos que debe observar el juez, al momento de realizar la individualización de las penas o medidas de seguridad, a quienes hayan encontrado responsables de la comisión de un delito. Tal dispositivo establece:

Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad

El Tribunal de enjuiciamiento al individualizar las penas o medidas de seguridad aplicables deberá tomar en consideración lo siguiente:

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.

La gravedad de la conducta típica y antijurídica estará determinada por el valor del bien jurídico, su grado de afectación, la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del sentenciado.

El grado de culpabilidad estará determinado por el juicio de reproche, según el sentenciado haya tenido, bajo las circunstancias y características del hecho, la posibilidad concreta de comportarse de distinta manera y de respetar la norma jurídica quebrantada. Si en un mismo hecho intervinieron varias personas, cada una de ellas será sancionada de acuerdo con el grado de su propia culpabilidad.

Para determinar el grado de culpabilidad también se tomarán en cuenta los motivos que impulsaron la conducta del sentenciado, las condiciones fisiológicas y psicológicas específicas en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho, la edad, el nivel educativo, las costumbres, las condiciones sociales y culturales, así como los vínculos de parentesco, amistad o relación que guarde con la víctima u ofendido. Igualmente se tomarán en cuenta las demás circunstancias especiales del sentenciado, víctima u ofendido, siempre que resulten relevantes para la individualización de la sanción.

Se podrán tomar en consideración los dictámenes periciales y otros medios de prueba para los fines señalados en el presente artículo.

Cuando el sentenciado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena se tomarán en cuenta, además de los aspectos anteriores, sus usos y costumbres.

En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean

de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido.

El aumento o la disminución de la pena, fundados en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no serán aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquél. Sí serán aplicables las que se fundamenten en circunstancias objetivas, siempre que los demás sujetos tengan conocimiento de ellas.

Lo anterior revela un ejercicio de cuantificación del monto de la reducción de las penas que puede conceder el Ministerio Público dentro del procedimiento abreviado, tomado de una de las funciones sustantivas del órgano jurisdiccional. Lo que resulta contradictorio, porque finalmente no es el único parámetro que el Ministerio Público habrá de observar para determinar la reducción de la pena mínima, —como enseguida se señala—, lo que además convierte la facultad potestativa del órgano investigador, en un tema por demás complejo y confuso.

En el quinto inciso, el acuerdo del entonces Procurador General de la República establece que, para autorizar la reducción de las penas, se debe considerar:

- a) *Menor reducción* si el imputado ha sido condenado por un delito doloso en cualquier fuero.
- b) *Menor reducción* si el delito amerita prisión preventiva oficiosa; y
- c) *Mayor reducción* si el imputado aportó información para evitar la comisión de nuevos delitos o en la investigación de otros imputados o delitos.
- d) *Mayor reducción* si la apertura del procedimiento abreviado se concretó con más cercanía al dictado del auto de vinculación a proceso y menor reducción si fue con mayor proximidad al auto de apertura a juicio oral (las cursivas son nuestras).

En los incisos, del sexto al décimo del Acuerdo en comento, se establecen los lineamientos del trámite administrativo que debe observarse para la autorización y concesión de la reducción de la pena mínima en el procedimiento abreviado.

Como se puede advertir, el acuerdo es complejo, porque contiene una multiplicidad de lineamientos que, por un lado le hacen actuar bajo criterios legales exclusivos de la autoridad jurisdiccional en el procedimiento de individualización de sanciones y por el otro, bajo parámetros subjetivos que chocan totalmente con los primeros, establecen el mecanismo para solicitar la reducción de sanciones, lo que genera —entre otras—, inseguridad jurídica para los imputados que aspiren a la terminación anticipada del procedimiento.

ACUERDO DE LA FISCALÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MÉXICO

Por lo que hace al caso de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, como se señaló en párrafos anteriores, el Acuerdo relativo se encuentra inserto en el Protocolo General de Investigación y Persecución del Delito y, pueden destacarse los siguientes aspectos:

Se hace una clasificación primaria considerando la naturaleza dolosa o culposa de los delitos, como lo establece el artículo 202 del CNPP, y de ahí se hacen otras subclasificaciones que integran diversas variables que se desarrollan en cinco incisos:

a) En el primero, el acuerdo se ocupa del caso de los delitos culposos y establece tres variables: en la primera, reiterando el principio establecido en el precepto señalado del CNPP, determina que cuando el acusado no haya sido previamente condenado por delito doloso y la pena señala al delito de que se trate no exceda del término medio aritmético de 5 años, solicitará la reducción de hasta un tercio de la pena mínima, cuando se trate de un delito calificado como grave por el Código Penal o bien, que se reducirá hasta en dos tercios la pena, si el delito por el que se le acusa no está determinado como grave en el ley penal.

En la segunda variable, se prevé que, en el caso de delitos graves, cuando el acusado colabora con información eficaz para la persecución y condena de otros integrantes de la delincuencia, se le otorgará la reducción de la mitad de la pena.

En la tercera variable, el acuerdo señala que en los demás casos la reducción no podrá ser menor a un sexto de la pena. Sin embargo, es difícil establecer cuáles serían los demás casos a que se refiere esta variable, porque ya todos están comprendidos en la primera y su excepción en la segunda. Es decir, ya están comprendidos todos los delitos culposos calificados o no como graves por la ley penal.

b) En el segundo inciso, el acuerdo regula el tema de los delitos dolosos en dos apartados. En el primero, reiterando la regla general establecida en el CNPP relativa a que, si el acusado no ha sido condenado previamente por delito doloso y el término medio aritmético de la pena relativa al delito que se le atribuye no excede de cinco años, se reducirá la pena mínima hasta en un cuarto, cuando se trate de delitos que afecten los siguientes bienes jurídicos protegidos:

- la vida,
- la salud,
- el normal desarrollo psicosexual,
- la libertad y la seguridad personal,
- el libre desarrollo sexual,
- la sana convivencia familiar,
- la dignidad de las personas,
- la función administrativa, la procuración o impartición de justicia;

Luego establece que se reducirá hasta en un tercio de la pena mínima correspondiente en el caso de delitos que atenten contra el patrimonio y el buen despacho del servicio público o la hacienda pública.

Y el segundo apartado dispone que fuera de los casos anteriores, se solicitará la reducción de hasta la mitad de la pena mínima.

c) En el tercer inciso, el acuerdo dispone que, en caso de no actualizarse los casos establecidos en el inciso previo, las reglas para la reducción de la pena mínima serán las siguientes:

Hasta un octavo, cuando se afecte el bien jurídico tutelado consistente en:

- la vida,
- la salud,
- el normal desarrollo psicosexual,
- la libertad y la seguridad personal,

- el libre desarrollo sexual,
- la función administrativa, la procuración o impartición de justicia.

Hasta un sexto, cuando se lesionen los siguientes bienes protegidos:

- la sana convivencia familiar,
- la dignidad de las personas,
- la seguridad personal,
- el buen despacho del servicio público o la hacienda pública.

Y que fuera de los supuestos determinados en las fracciones antecedentes, se pedirá la reducción de hasta un tercio.

d) En el cuarto inciso, el Acuerdo determina que, dentro de los rangos de punibilidad establecidos en los incisos previos, se tomarán en cuenta: la gravedad de la conducta típica y antijurídica, el grado de culpabilidad y los usos y costumbres cuando el imputado forme parte de un grupo étnico o pueblo indígena, es decir, emulando el Acuerdo de la Fiscalía General de la República (antes Procuraduría General de la República), adopta los elementos establecidos en el artículo 410 de CNPP, que son los criterios que el órgano jurisdiccional debe considerar para la individualización judicial de la pena.

e) Y en el quinto inciso, el acuerdo establece otras reglas para graduar el cuántum la reducción de las penas y consisten en:

- Que se concederá *menor reducción* si el imputado fue condenado previamente por delito doloso en cualquier fuero o, si el delito por el que se formula acusación amerita prisión preventiva oficiosa.
- Que se concederá *mayor reducción* si el imputado aportó información para evitar la comisión de otro delito o la investigación de otros imputados o delitos.
- Que se otorgará *mayor reducción*, si el procedimiento se apertura con más cercanía al dictado del auto de vinculación a proceso, o menor reducción, si lo fue con mayor cercanía al auto de apertura a juicio.

Y finalmente, el Acuerdo dispone que será requisito de procedencia de solicitud de apertura del procedimiento abreviado, el que se haya pagado o garantizado la reparación del daño. Es oportuno invocar un criterio emitido por el Poder Judicial de la Federación, que aun cuando es aislado, de manera expresa reivindica al Poder Judicial como titular exclusivo de la aplicación, modificación y duración de las penas:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. LOS ACUERDOS QUE EMITE EL FISCAL GENERAL DE LA REPÚBLICA, EN TÉRMINOS DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 202 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, SON VINCULANTES PARA EL MINISTERIO PÚBLICO AL SOLICITAR LAS PENAS DENTRO DE ESA FORMA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO, NO PARA LOS JUECES DE CONTROL, AL IMPONERLAS.

El último párrafo del precepto citado establece que el Ministerio Público, al solicitar la pena dentro de un procedimiento abreviado, deberá observar el acuerdo que al

efecto emita el Procurador, actualmente Fiscal General; sin embargo, dicho acuerdo no constituye una determinación que obligue a su observancia a los órganos jurisdiccionales, ni les impone obligaciones de hacer o no hacer, tampoco tiene características de abstracción, impersonalidad y generalidad, sólo se trata de un acto administrativo interno que tiende a regular el funcionamiento de la actual Fiscalía General de la República, que se constriñe al actuar de las autoridades que señala el propio acuerdo. Atento a lo expuesto, el Juez de control, al imponer las penas en esa forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, no debe someterse a un acuerdo general que no es vinculante para las autoridades jurisdiccionales (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro: 2020132, 2019).

CONCLUSIONES

A) La terminación anticipada del procedimiento penal, es un derecho humano que permite el acceso efectivo y pronto a la justicia en el Sistema Jurídico Mexicano, está previsto en la CPEM y regulada por el CNPP y por diversos acuerdos emitidos por los titulares de las Fiscalías General de la República y de los Estados de la Federación. Es una de las innovaciones del sistema de enjuiciamiento penal vigente.

B) El sistema penal mexicano, dentro de la trayectoria de la CPEM, ha transitado por tres principios o propósitos esenciales: regeneración (1917-1965), readaptación social (1965-2008) y reinserción social (2008 a la fecha), pero las penas desproporcionadas, las modernas formas de delincuencia, la corrupción y la impunidad, hacen altamente cuestionable su funcionamiento, su eficacia y sus resultados.

C) Dentro del sistema de administración de justicia penal, de acuerdo con los párrafos primero y segundo del artículo 21 de la CPEM, corresponde al Ministerio Público la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal ante los tribunales y con base en el párrafo tercero, la imposición de las penas, su modificación y duración, deben de ser propias y exclusivas de la autoridad judicial.

D) En el caso de satisfacerse los requisitos constitucionales y legales para la apertura del procedimiento abreviado, el acusado será beneficiado con la imposición judicial de la pena mínima que corresponda al delito por el que se le encausó la que, de acuerdo con el artículo 202 del CNPP es susceptible de reducirse a petición del propio órgano acusador. El CNPP establece los lineamientos para que ello opere y, además determina que los titulares de los órganos de procuración de justicia deben expedir un Acuerdo que reglamente esa atribución, pero ésta atenta contra el derecho humano constitucional de acceso a la justicia y el relativo a que la imposición, modificación y duración de las penas, es una facultad propia y exclusiva de la autoridad judicial. El Ministerio Público, en ambos fueros, hoy en día es una institución altamente cuestionable en cuanto a su eficacia, eficiencia y resultados a la sociedad por los graves índices de corrupción e impunidad, resultando incomprensible que el legislador le haya dejado una herramienta procesal tan delicada, que en sus manos se convierte en un riesgo procesal de alta consideración y desde luego limita e impide el acceso a la justicia. Debe corregirse ese desatino en el CNPP a través de una reforma urgente, que devuelva al Poder Judicial el monopolio

integral de la imposición, modificación y duración de las penas, e incluso, al tratarse de un ejercicio de justicia negociada, quede en la propia ley procesal tasado el monto de la reducción de la pena mínima, como se establecía en su momento el artículo 389 párrafo cuarto Código de Procedimientos Penales para el Estado de México abrogado (CPPEM) por el CNPP, que establecía que en el caso del procedimiento abreviado, se impondría al acusado la pena mínima reducida en un tercio y con ello se da certeza plena a los actores del procedimiento penal, principalmente al acusado y la sociedad en general.

E) Los dos acuerdos –Fiscalía General de la República y Fiscalía General de Justicia del Estado de México–, son cuestionables porque entrañan múltiples requisitos y variables que deben combinarse para que el Ministerio Público pueda establecer el monto de la reducción de la pena mínima que solicite al órgano jurisdiccional se imponga al acusado que se haga beneficiario de un procedimiento abreviado, lo que resulta inadecuado para una correcta fijación del cuántum de la reducción de la pena mínima. Lo que termina por convertir a esta potestad en una atribución altamente compleja, de difícil concretización y que hace que el Ministerio Público, en uso de una facultad que no les es constitucionalmente propia, limite o haga nugatorio el acceso a la justicia por parte del acusado en un procedimiento penal.

F) Aunque se entiende el propósito de los párrafos tercero y cuarto del artículo 202 del CNPP, de dar al Ministerio Público la potestad de autorizar la reducción de las penas mínimas que imponga la autoridad judicial, su redacción es defectuosa porque se utiliza en ambos párrafos la expresión podrá solicitar la reducción... y ello podría, en un criterio muy limitado, hacer pensar que esa solicitud es de su potestad, pero que hará el pedimento al órgano jurisdiccional y éste decidirá si disminuye o no las sanciones; igual criterio de redacción se aplicó en los Acuerdos que han sido objeto de revisión, sin embargo, no hay duda de que, en esta materia, el CNPP determina que en el caso del procedimiento abreviado, se impondrá la pena mínima que corresponda al delito por el que se formuló acusación, la que podrá reducirse a solicitud del Ministerio Público, en las proporciones señaladas.

REFERENCIAS

1. Acuerdo A/035/2018 por el que se establecen los lineamientos para la implementación de medios alternativos de solución de controversias en los juicios y procedimientos en materia penal de la Procuraduría General de la República. Diario Oficial de la Federación, México, 9 de mayo de 2018.
2. Acuerdo número 06/2016 del Procurador General de Justicia del Estado de México, por el que se autoriza el Protocolo General de Investigación y Persecución del Delito. Periódico Oficial, Gaceta del Gobierno del Estado de México, 18 de mayo de 2016 y Fe de Erratas del Acuerdo del Procurador General de Justicia del Estado de México, por el que se autoriza el Protocolo General de Investigación y Persecución del Delito, publicado en el Periódico Oficial, Gaceta del Gobierno, 18 de mayo de 2016.

3. Acuerdo A/017/2015 por el que se establecen los criterios generales y el procedimiento que deberán observar los agentes del Ministerio Público de la Federación, para solicitar la pena en el procedimiento abreviado. Diario Oficial de la Federación, México, 23 de febrero de 2015.
4. Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación, México, 5 de marzo de 2014.
5. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México el 9 de febrero de 2009 y abrogado a partir de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales en el Estado de México, según declaratoria de inicio de vigencia, publicada la Gaceta del Gobierno del Estado de México, el 21 de enero de 2015.
6. Código Penal para el Estado de México, Gaceta del Gobierno del Estado de México, el 20 de marzo de 2000.
7. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2019). Derechos Humanos de las Personas en Reclusión Penitenciaria, Marco normativo nacional e internacional del sistema penitenciario. México: CNDH, material electrónico para Cursos en línea.
8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Diario Oficial de la Federación, México, 5 de febrero de 1917 y sus reformas.
9. El Procedimiento Abreviado en el Sistema de Justicia Penal Acusatorio (2017). Boletín Interprocuradurías, Conferencia Nacional de Procuración de Justicia. Nueva Época. Publicación Informativa número 47 de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, enero-junio 2017.
10. De los lineamientos por los que se establecen los criterios generales y el procedimiento para la aplicación de criterios de oportunidad y de la determinación de la pena que el ministerio público solicitará al juez de control en la aplicación del procedimiento abreviado, publicados en cumplimiento al acuerdo CNPJ/XXXIII/12/2015, adoptado en el marco de la XXXIII Asamblea Plenaria de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia. Diario Oficial de la Federación, México, 9 de febrero de 2016.
11. Informe de Justificación del 28 de noviembre de 2017, rendido por el Titular de la Unidad de Transparencia de la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, mediante oficio 1378/MAIP/FGJ/2017, dentro del trámite del Recurso de revisión 02591/INFOEM/IP/RR/2017, relacionado con la solicitud de información pública 00540/FGJ/IP/2017. Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios.
12. Ley Nacional de Ejecución Penal. Diario Oficial de la Federación, México, 16 de junio de 2016.

13. Lineamientos por los que se establecen los criterios generales y el procedimiento para la aplicación de criterios de oportunidad y de la determinación de la pena que el Ministerio Público solicitará al juez de control en la aplicación del procedimiento abreviado. Secretaría Técnica de la Conferencia Nacional de Procuradores. Normateca de la Procuraduría General de la República. 2015. Vigentes. www.pgr.gob.mx, <https://aplicaciones.pgr.gob.mx/normatecasustantiva/Paginas/Normateca-Sustantiva.aspx#>.
14. Naime, A. y Zaragoza, L. (2019). El principio de igualdad en el Procedimiento Abreviado. *Revista Derecho y Cambio Social* (58) octubre-diciembre, 2019. Perú. pp. 360-385. Recuperado de <https://lnx.derechoycambiosocial.com/ojs3.1.14/index.php/derechoycambiosocial/article/view/258/147>.
15. Pereznieto, L. (ed.) (2019). *Código Nacional de Procedimientos Penales. Poder Judicial del Estado de México*. México: Tirant Lo Blanch.
16. Solicitud de información pública 00540/FGJ/IP/2017. Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de México y Municipios.

Funcionarios públicos y su libertad de expresión en materia electoral dentro de redes sociales

Public officials and their freedom of expression in electoral matters within social networks

ENRIQUE JOSÉ CHAIRES VELASCO*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

En la democracia uno de los derechos fundamentales para el ejercicio efectivo de los derechos políticos de sufragio activo y pasivo es la libertad de expresión al permitir por un lado la emisión de opiniones para la construcción de una idea clara que coadyuve a la emisión de un voto informado. El presente trabajo se enfoca en la libertad de expresión en el contexto electoral dentro de las redes sociales y la infracción a la norma por opiniones de funcionarios públicos.

Palabras clave

Redes sociales, libertad de expresión, funcionarios públicos, democracia, restricción.

Abstract

In democracy, one of the fundamental rights for the effective exercise of the political rights of active and passive suffrage is freedom of expression by allowing, on one hand, the issuance of opinions for the construction of a clear idea that contributes to the casting of a vote informed. The work focuses on freedom of expression in the electoral context within social networks and the violation of the rule by opinions of public servants.

Key words

Social networks, freedom of expression, public servants, democracy, restriction.

*Maestro en Derecho. Profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Colima, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9300-7820>. Correo electrónico: enrique_chaires@ucol.mx

INTRODUCCIÓN

Actualmente es imprescindible hablar o estudiar una democracia sin hacer referencia a los nuevos mecanismos de comunicación surgidos a partir del desarrollo y acceso al internet, principalmente a través de las redes sociales.

En el debate electoral, el ingreso a más y mejores medios para desarrollar la libertad de expresión constituyen una pieza angular para tener una sociedad informada con herramientas más extensas para tomar las mejores decisiones en la selección de representantes populares. De esta manera, el tema cobra interés especial para su análisis en virtud de que el ejercicio de la libertad de expresión se encuentra en completo crecimiento dentro del terreno electoral, especialmente con el uso de las plataformas de las redes sociales, lo anterior es provocado por la deficiente indicación respecto de la operación de las plataformas digitales, porque los medios de comunicación tradicionales requieren de la negociación con un tercero para la concreción y difusión de contenidos.

En este orden, la pauta de interés nace por el crecimiento de las redes sociales y su utilización por los funcionarios públicos, quienes bajo el amparo de la libertad de expresión aprovechan este mecanismo de comunicación en internet para emitir comentarios o cualquier tipo de expresión de contenido electoral, apartada de su perfil de funcionario, lo que genera problemas de inequidad en la contienda debido al sobre posicionamiento de un funcionario con respecto a los intereses políticos de otros actores en campañas por la naturaleza de su cargo y los recursos a los cuales accede, situación que desencadena conflictos jurídicos. Así, el problema se centra en que las redes sociales pueden utilizarse como dos vertientes, las cuales no quedan claras y son difíciles de distinguir y separar, el uso con fines estrictamente personales y la utilización con objetivos del trabajo como funcionario público.

De esta manera, para garantizar la celebración de procesos electorales en condiciones de equidad e igualdad, el marco jurídico mexicano ha contemplado la construcción de un modelo de comunicación política sustentado en radio y televisión, con el objetivo de generar tiempos específicos para cada actor político, evitar el uso de recursos de procedencia ilícita, y restringir el poder económico como arma para el sobre posicionamiento de candidaturas. Pero todo esto, con las redes sociales se ha transformado y dichos objetivos han cambiado, ahora la libertad de expresión en materia electoral se ha fortalecido, pero también genera problemas, como el caso de que los funcionarios públicos generen opiniones y contenidos bajo el amparo de este derecho con el objetivo de persuadir a los gobernados.

Lo anterior deriva en controversias contantes en los tribunales, creándose algunas líneas interpretativas en torno a las redes sociales y la libertad de expresión, la infracción de las redes sociales a la norma electoral, restricciones y alcances de las expresiones de los funcionarios públicos en los espacios de internet dentro de

procesos electorales. De cara a la judicialización de las elecciones se ha pronunciado Nohlen (2006), quien explica a la justicia electoral como un elemento crucial para la existencia de la democracia, al ser una pieza de legitimación, según el autor “existen dos fuentes de legitimidad: la legitimidad de entrada (*input legitimacy*) y la legitimidad de salida (*output legitimacy*)” (p. 110), desde esta perspectiva, el derecho electoral participa dentro de la legitimidad de entrada porque con ella se “dirige y vigila el proceso político” (Nohlen, 2006, p.110). Así, es preciso identificar que las discusiones en los tribunales funcionan para ordenar y regular el proceso electoral, específicamente con la libertad de expresión discuten cómo se desarrolla dentro de las redes sociales, todo a la luz de ver sus características y los elementos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en las leyes electorales para asegurar equidad y la imparcialidad en la contienda electoral.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO ELECTORAL

Para mantener un sistema electoral sólido es indispensable contar con un abanico de derechos fundamentales que hagan de la democracia un verdadero sistema de acceso plural a las ideas, en ese sentido, Dahl (2013) ha manifestado y expresado con acierto que “algunos requisitos para que se dé la democracia entre un gran número de habitantes” (p. 15), los elementos a los que el autor hace referencia se trata de derechos en donde destaca la libertad de expresión y la diversidad de fuentes de información, acompañadas, por supuesto, de derechos básicos para la arquitectura electoral como el de voto y asociación.

Entonces, la libertad de expresión y el derecho de la información resultan garantías esenciales para consolidar el sistema democrático, porque para tener un sistema plural de opiniones se requiere más y mejores fuentes de información para proyectar la libertad de expresión, así como para recibirla (derecho de la información).

Lo anterior porque el Estado dentro de sus funciones debe garantizar lo siguiente: 1) la existencia de medios de información diversos y variados; 2) la apertura y acceso a dichos medios de información para el mayor número de personas posibles; 3) que el acceso a los medios de información sea en condiciones de igualdad y equidad, porque conforme a lo indica Fiss (1999), “el fin que se persigue representa una concepción de la democracia que exige que la expresión del poderoso no ahogue o menoscabe a la del menos poderoso” (p.29).

Atendiendo a las ideas anteriores, las redes sociales se materializan como las herramientas capaces de satisfacer cada una de las tres ideas expuestas, porque su contenido es libre, de acceso público y goza de mayor penetración, avanzando como un espacio plural para la distribución de información, desplazando con celeridad a los mecanismos tradicionales de difusión de ideas y contenido electoral, como radio y televisión, sin que lo anterior suponga o niegue la existencia de problemas, ya que así como avanza y crece el disfrute de redes sociales, las dificultades lo hacen a la par, o de manera más ágil porque actualmente la regulación dentro del espacio de internet es nula y provoca la vulneración constante a los principios electorales.

De esta forma, el crecimiento del acceso a internet y en consecuencia del uso de las redes sociales en México ha aumentado, así lo refleja la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDU-

TIH) realizada por el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI, 2017), al señalar que la cantidad de personas usuarias de internet en el país es de 63.9% de la población y ha estado en aumento con respecto a los ejercicios de años anteriores. Con lo expresado se demuestra que a través de internet y sus plataformas de redes sociales se están tejiendo nuevos mecanismos de acceso a la información tal y como una democracia consolidada requiere. El debate electoral también ha cambiado y su terreno se extiende de trabajar sobre medios de comunicación tradicionales como la radio y televisión, se amplía a los comentarios de las redes sociales, en consecuencia, las normas deben mirar las problemáticas en sentido, uno de las más sentidas es la participación de los funcionarios públicos en redes sociales, quienes bajo el amparo de la libertad de expresión durante las elecciones tomando partido, compartiendo información o emitiendo comentarios a favor o en contra de candidaturas o partidos políticos.

Esta circunstancia se enfoca en considerar a las redes sociales como verdaderos mecanismos de información y no como simples instrumentos de entretenimiento, al menos así lo han dejado ver los funcionarios públicos porque en sus redes sociales de forma reiterada colocan información y comentarios relacionados con su actividad profesional, la cual tiene una influencia en las personas porque ven a los funcionarios en su perfil en redes sociales con la posición de su cargo adquiriendo los comentarios como información de la función y no como ideas de la persona en su esfera civil. Esto se recrudece en redes sociales durante las campañas políticas, porque bajo argumentos de libertad de expresión emiten sentimientos e ideas a favor o en contra de algunas propuestas políticas, por lo que las personas de ver la información estatal de un funcionario público pasan a percibir su sentimiento político. Estas conductas generan debates jurídicos sobre todo por su novedad, ya que se debe garantizar a partir de las expresiones de funcionarios públicos que se cumpla la ley y existan condiciones de equidad e igualdad en la contienda.

Internet y redes sociales están redefiniendo el modelo de libertad de expresión y de actuación electoral, tanto para los funcionarios públicos como para la autoridad, que debe hacer valer la ley y que antes solamente observaba lo acontecido en radio y televisión. Estos medios eran la única vía para la difusión de discursos, imágenes, propaganda electoral o cualquier contenido tendiente a formar una opinión positiva o negativa de las personas en materia electoral respecto de un personaje político, partido o candidatura y es de esa manera la necesidad de instaurar un modelo de comunicación política electoral para garantizar la equidad y la igualdad en la contienda desde la exposición de material en campañas y fuera de ellas. Así, la autoridad administrativa electoral tenía control y equilibraba espacios. Sin embargo, las redes sociales han transformado esos objetivos y ahora cualquier persona, pero sobre todo los funcionarios públicos tienen medios de difusión diaria y constante.

Conforme a lo anterior, la participación de la radio y televisión se convierten en los antecedentes de las redes sociales en internet, como instrumentos de difusión de contenido electoral. Han sido pieza angular en el proceso de consolidación de la democracia de nuestro país al permitir dos aspectos principales: a) garantizar el derecho de libertad de expresión y derecho de la información de los ciudadanos, al contar con un espacio de escrutinio y promoción de partidos políticos y aspirantes; y, b) la radio y televisión construyeron con su evolución todo el sistema de comunicación política.

Con ambas características, no obstante, sus ventajas, se crearon problemas, entre ellos la distribución de espacios en los medios de comunicación, el financiamiento, fiscalización, la equidad en la contienda y la igualdad de oportunidades. Razón por la cual se legisló e impusieron requisitos en la ley electoral para garantizar procesos

electorales equitativos. Así, en 1990, en el extinto Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIFE) se introdujo un apartado específico sobre prerrogativas en materia de radio y televisión con el objetivo de ordenar y asegurar el uso adecuado del espacio para garantizar la libertad de expresión mediante difusión de ideas políticas, así como distribución de propaganda electoral.

Conforme avanzó el sistema electoral de nuestro país, con una autoridad administrativa independiente y después con un organismo judicial perteneciente al Poder Judicial de la Federación, la democracia comenzó a consolidarse con reglas y autoridades electorales. Así, en el proceso electoral del 2006 se derivó el nacimiento del Procedimiento Especial Sancionador, el cual fue modificado en la reforma política del 2014, para quedar dividido en dos instancias: la primera, realizada por el Instituto Nacional Electoral (INE), quien recibe las denuncias, investiga y desahoga audiencias de pruebas y alegatos; y, segunda, parte correspondiente a la sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), autoridad que recibe del INE el expediente para su estudio y resolución, fijando sanciones en contra de dichas regulaciones que van desde multas hasta nulidades electorales.

En ese sentido, las reformas electorales han sido insistentes en ordenar el ejercicio de la libertad de expresión y derecho de la información en la esfera electoral, sobre todo enfocadas en la manera de acceder a los medios de comunicación masiva (radio y televisión). Una de ellas fue la del 2007, donde se trazó como eje fundamental garantizar el ejercicio electoral en condiciones de igualdad, en ese sentido, Guillermo Tenorio Cueto (2014) explica que la “equidad electoral cobró un significativo sentido en la construcción de la democracia mexicana, teniendo como uno de sus efectos la limitación de la libertad de expresión a partir de la adquisición de tiempos en los medios masivos de comunicación” (p. 46). Las limitaciones de la reforma implicaron la prohibición de la calumnia y la denigración como parte del discurso político en toda propaganda política electoral distribuida por los partidos políticos en radio y televisión.

La propuesta del autor, refleja la necesidad de señalar restricciones al derecho de libertad de expresión en radio y televisión para tener certeza de los procesos electorales en cuanto a la adquisición de espacios, sin que ello implique la censura a los contenidos, la imposición de ideas, o ideologías que debían ser distribuidas con absoluta libertad.

Lo que las normas electorales han procurado es dotar de certeza el espacio de trabajo dentro y fuera de los procesos electorales para tener la participación de candidatos o candidatas en condiciones de igualdad, evitando que alguno de ellos inicie la contienda con la ventaja obtenida producto del poderío económico, que permite el sobre posicionamiento de la imagen en los medios de comunicación, o por el contrario, el abuso del servicio público para influenciar al electorado respecto de la preferencia a personas determinadas o partidos políticos, a través de opiniones expresadas en medios de comunicación en donde las personas no pueden ingresar de forma tan sencilla, como radio y televisión. Pero con las redes sociales, los funcionarios públicos han encontrado un espacio perfecto para darse a conocer bajo el amparo de sus funciones en el Estado y la libertad de expresión. De esta forma bajo el derecho de emitir opiniones de manera libre hacen propio el ejercicio público para dotarse de popularidad y adquirir ventaja en la competencia política, o por otro lado, para citar opiniones de carácter político y que dificulta a la ciudadanía si lo hacen como persona civil o bajo el cargo de funcionario.

Ahora, la discusión electoral centra gran parte de su espacio en lo que se haga en redes sociales, ahí se potencializa el discurso político y la democracia, aumentando los canales para acceder al ejercicio amplio de libertad de expresión. El problema actual es que el internet y la difusión en redes sociales escapa al orden normativo, tal y como se ha establecido en medios tradicionales de radio y televisión, razón por la cual se han presentado discusiones en los tribunales especializados para dirimir las dudas y dotar de certeza los actos vertidos por las opiniones en redes sociales dentro del ejercicio electoral.

Sin embargo, el uso y disfrute de las redes sociales se convirtieron en una pieza angular para la democracia, pero debe convivir con el derecho electoral al procurar que la libertad de expresión se mantenga, en ese sentido, todo debate electoral recurre a la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH), quien desde 1985 ha explicado que:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (COIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, parr. 70).

De lo anterior, se refleja que la libertad de expresión en su caso debe estar presente a través de los más y diversos medios posible, sin embargo, junto al derecho de la información debe observarse que no se desvirtúen y sean ejercidos en detrimento del correcto ejercicio de los procesos democráticos, por ejemplo, usados para tomar ventaja en las elecciones con el acceso desmedido a la promoción de la imagen e idea política que coloque a las elecciones en condiciones de desigualdad de competencia. En sentido similar se ha pronunciado Díaz Revorio (2018) al precisar:

En ciertos casos es posible que la libertad de expresión precise de ciertas restricciones en periodo electoral. Es esta una etapa particularmente delicada, en la que es muy importante garantizar un proceso limpio y neutral que no pueda verse alterado por la intervención de los poderes públicos ni de determinados sujetos, cuyo peso o poder pueda afectar la apertura y la igualdad de oportunidades que deban presidirlo (p. 237).

La manifestación en torno a las restricciones requiere de un estudio establecido desde criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, para valorar en cada medida impuesta la lesión al derecho de libertad de expresión en materia electoral. Al momento, la discusión no se ha centrado en la desproporcionalidad de la regulación del espacio de redes sociales en internet, ha girado en el sentido de valorar la equidad y la imparcialidad en las contiendas electorales, para evitar la competencia desequilibrada en el ejercicio del poder.

La libertad de expresión en redes sociales necesita ser un ejercicio libre, pero ajustado a la normativa electoral para cumplir con una competencia electoral pareja, en igualdad de circunstancias, donde no prive el interés de funcionarios públicos que mediante recursos e imagen derivada de su cargo pretendan obtener ventaja

respecto del resto de propuestas existentes, ya sea consolidadas o en construcción. Así, las expresiones en redes sociales pueden ser sujetas de infracciones a las leyes electorales, porque si bien maximizan la democracia por la facilidad otorgada para dar pluralidad a la divulgación de opiniones no están exentas de reglas que deben cumplir y del análisis concreto a las manifestaciones vertidas en dichos medios para configurar el nivel de sanción.

FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y REDES SOCIALES: INFRACCIÓN A LA NORMA ELECTORAL

La problemática actual de las redes sociales es que el contenido y espacio en ellas usado escapa a las posibilidades normativas que las leyes electorales contemplan para ordenar los procesos electorales, debido a su inmediatez y facilidad de acceso en su manejo. De esa forma, se han presentado diversas discusiones en los tribunales especializados para dirimir las dudas y dotar de certeza los actos vertidos por las opiniones de los funcionarios públicos en dichos espacios de internet en el ejercicio electoral.

En ese orden, la controversia de las redes sociales y la infracción a la norma electoral por expresiones u opiniones vertidas en ellas por funcionarios públicos reflejan las dificultades que deben discutirse, sobre todo abordar la posibilidad de sancionar a un funcionario público por realizar publicaciones en redes sociales a partir de un caso concreto, así, resta definir y colocar especial atención a las siguientes ideas o conceptos para entender el conflicto. Primero, cuáles son las infracciones que se pueden cometer a las leyes electorales a partir del ejercicio de la libertad de expresión; segundo, en qué momento es posible transgredir la norma electoral al emitir expresiones en redes sociales (fuera o dentro de proceso electoral); y, tercero, cuáles son las restricciones que se pueden imponer al derecho de libertad de expresión dentro de un proceso electoral.

Infracciones que se pueden cometer a las leyes electorales a partir del ejercicio de la libertad de expresión. Existen dos formas más allá de la Constitución Política de localizar infracciones a las leyes electorales, una es desde la competencia electoral propiamente dicha, la cual abarca las leyes especializadas de la materia, por ejemplo, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIFE, 2019), o bien, la instancia penal por medio de los delitos electorales.

En el terreno de delitos electorales es posible encontrar sanciones específicas que pueden ser impuestas a los funcionarios públicos en la Ley General en Materia de Delitos Electorales (LGMDE, 2019). Contempla en el artículo 11 las infracciones que podrá cometer todo servidor público, por ejemplo, condicionar la prestación de un servicio público, coaccionar a los subordinados para que voten o participen en eventos o actos proselitistas por mencionar los más representativos. Sin embargo, la precisión es que no se señala una prohibición o censura al derecho de libertad de expresión, es decir, puede hablar y expresarse cualquier funcionario, pero si sus comentarios en redes sociales son para incitar alguno de los delitos prescritos en la ley, como el llamado al voto a las personas que dependen de él, da margen para iniciar un proceso de investigación.

Momento en el cual se transgrede la norma electoral. Para estar en condiciones de evaluar el periodo donde se dan las violaciones a las normas electorales es conocer el Estado de desarrollo desde dos posiciones. Primera, ver si el desarrollo de

las expresiones en uso de libertad de expresión y el mecanismo de acceso a ellas se ejecuta dentro o fuera de un proceso electoral. En caso de ser dentro de la presente instancia el margen de tolerancia es aún mayor, debido a que no está en juego la competencia electoral y no se vulneran de forma clara los principios de equidad o igualdad en la contienda. Segundo, las ideas resultan expuestas dentro de un proceso electoral. El margen de apreciación de los derechos de libertad de expresión y de la información sigue siendo amplio en el sentido crítico de apertura, sin embargo, se acota con la valoración de espacios, al contar con candidaturas establecidas o en proceso de selección, lo cual coloca en un momento decisivo cualquier acción debido a sus consecuencias para incidir en las preferencias.

Restricciones que se pueden imponer al derecho de libertad de expresión dentro de un proceso electoral. El ejercicio de la libertad de expresión dentro de un periodo electoral debe ser amplio para el fortalecimiento de la democracia al obtener como se ha sostenido más y mejores medios para el intercambio de opiniones sobre las distintas opciones de elección. Sin embargo, cabe precisar que como tal no está contemplado un proceso de censura a la manifestación de las ideas, pero se aprecia la emisión de opiniones a manera de restricción, para garantizar la vigencia de la imparcialidad y la equidad en la contienda, evitando que un servidor público abuse de su posición para lograr objetivos concretos de cara al proceso electoral. Entonces, las restricciones localizadas parten de la Constitución Política del artículo 134 y 41.

En el numeral 134 de la CPEUM se dice que los servidores públicos deben: 1) aplicar de manera eficiente los recursos públicos garantizando la imparcialidad, y 2) evitar la promoción personalizada en la propaganda gubernamental. Eso quiere decir que de forma libre no pueden hacer expresiones a nombre propio que relacione recursos públicos y sobre todo que sean tendientes a posicionarse con fines políticos o ajenos a la función y atribuciones desempeñadas, para así, asegurar la competencia igualitaria.

El artículo 41, Base III, Apartado C, de la propia norma fundamental, señala dos restricciones: 1) las personas en su calidad de candidatos o bien los partidos políticos en su propaganda tienen prohibida la manifestación de calumnias. Y, 2) refiere a la prohibición que existe durante el periodo de campañas electorales para difundir por cualquier medio propaganda gubernamental, salvo aquellas dirigidas a la educación, salud o en caso de emergencia.

Existen tres restricciones más, localizadas en la LGIPE, que se enfocan en la propaganda y en el silencio electoral. De esta forma, el artículo 210 señala reglas de colocación de propaganda electoral, la cual debe ajustarse a los tiempos establecidos. Por tanto, no es posible emitir ningún tipo de opinión oral, escrita, vertida por cualquier medio, incluyendo redes sociales, tendiente a convencer respecto de algún proyecto, ya que para lo anterior existen las etapas de tiempo limitadas. Por otro lado, el artículo 213 en su punto 2 contempla una restricción total al indicar:

2. Durante los tres días previos a la elección y hasta la hora de cierre de las casillas, queda estrictamente prohibido publicar, difundir o dar a conocer por cualquier medio de comunicación, los resultados de las encuestas o sondeos de opinión, que tengan como fin dar a conocer las preferencias electorales (LGIPE, artículo 213.2).

Lo anterior implica la cancelación de la libertad de expresión relativa a contenidos electorales en cualquier medio de publicación incluyendo redes sociales. Otra de las restricciones de cancelación total de la opinión se localiza en el artículo 251 de la

propia LGIPE, al precisar que el “día de la jornada electoral y durante los tres días anteriores, no se permitirá la celebración ni la difusión de reuniones o actos públicos de campaña, de propaganda o de proselitismo electorales” (artículo 251, punto 6).

Consecuencia de lo anterior, es posible ver no solamente las restricciones vigentes a la libertad de expresión, se tiene de manifiesto que no se señala de forma concreta a las redes sociales, aun así, las indicaciones aplican para dichos espacios digitales.

ANÁLISIS DEL USO DE LAS REDES SOCIALES POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La forma en la que las redes sociales son utilizadas constituye uno de los debates más controvertidos en la actualidad para materializar la libertad de expresión. Estamos hablando de la existencia de la embestidura con la que cuentan, porque resulta complicado para los ciudadanos emitir juicios de separación y ver si están frente a las manifestaciones de un ciudadano en su calidad de persona civil o por el contrario del servidor público como tal. Respecto a lo último vale hacer la diferencia, porque también es un derecho de todo servidor público hacer uso de la tecnología con fines personales o de esparcimiento, lo cual quiere decir que no deben mezclarse las opiniones, debe estarse a una estrecha relación entre la función pública y la privada.

Para realizar lo anterior no basta con mirar detenidamente las manifestaciones o ideas vertidas, ya que para la separación entre expresiones de carácter de servidor público deberá atenderse a lo que menciona la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2019) como propaganda, al señalar:

La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público (Artículo 134, párrf. 8).

De esta forma, el derecho de los funcionarios públicos debe gozar de un margen de tolerancia mayor dentro del debate político, ajustarse a las disposiciones normativas y hacer una diferencia marcada entre lo que puede ser comentarios de propaganda ejecutados en el carácter de servidor público, o bien, realizados como persona en su formato civil.

Para la distinción anterior, no obstante, el artículo constitucional debe atenderse a los siguientes puntos de análisis concretos para determinar la influencia de las exposiciones en redes sociales y ver si se hacen 1) como servidor público o 2) como persona en su carácter civil. En ese orden deberá realizar lo siguiente:

Primero. Aplicar un análisis histórico de la cuenta de la red social sujeta a estudio. En esta parte se hace un contraste entre la historia de apertura de la cuenta con la del funcionario público, determinando que sucedió en primer lugar, la cuenta de la red social o la investidura como funcionario público.

Segundo. Llevar a cabo una inspección de contenido histórico y comparativo. En esta parte se puede ver si las publicaciones de las redes sociales muestran las características citadas por el artículo 134 constitucional tendientes a darle prevalencia a la difusión de nombres, imágenes o símbolos que impliquen la promoción personalizada del individuo. Por otro lado, es posible percatar si las manifestaciones resultan aspectos de interés privado, donde puede existir la imagen y la difusión personalizada, pero distinta a la relación con el cargo de servidor público o sus funciones.

La dificultad en el presente punto es que surgen tres casos a saber en la discusión, los cuales se enlistan a continuación.

- a) La difusión de las expresiones en la red social es cien por ciento dirigida a la propaganda personaliza. En dicho supuesto no queda duda que el uso de la red social es con interés particular de influir en la preferencia electoral al contener una plataforma dirigida a la persuasión de las personas. De aquí derivará la observación del momento en que se acciona la cuenta, fuera o dentro de proceso electoral para estar en condiciones de investigar en su caso una posible sanción a la ley electoral.
- b) Se encuentran ideas cien por ciento dirigidas a la distribución de contenido privado. Acá, queda de manifiesto que no es posible vincular la cuenta de redes sociales con actos de servidor público a solamente distribuir contenido de recreo, diversión o sin fines políticos o institucionales determinados.
- c) La posición más compleja es la de contenido mixto. Resulta difícil de entender y decidir, porque se puede encontrar tanto material privado como de servidor público, en ese orden necesita ver circunstancias de tiempo y modo para saber si una determinada expresión, puede constituir una infracción, se encuentra dentro de las restricciones a la norma electoral y se enmarca dentro de un proceso electoral. En esta parte es donde deben garantizarse los principios de equidad e igualdad en la contienda, para evitar que la difusión en redes sociales escape al orden y trate de tomar ventajas al influenciar la toma de decisión.

Tercero. Observación de la periodicidad. Es preciso identificar partiendo del apartado segundo, si las publicaciones o actividad de la red social son constantes o esporádicas, lo anterior es fundamental para valorar su impacto y ver si se mantienen las expresiones como meros actos de intencionalidad momentánea por el proceso electoral o de lo contrario son realizados con la separación suficiente que impida la generación de incertidumbre en la elección.

Cuarto. Análisis concreto de la expresión vertida. Superados los criterios anteriores se fija la vista en valorar las opiniones divulgadas y ver si son actos que por su encargo hagan necesaria la difusión, son abiertos a llamar el voto y si coaccionan o implican el convencimiento a un proyecto concreto. De ahí procede inspeccionar si dichas opiniones: a) no causan confusión en el electorado para saber si el funcionario público sugiere como la opción correcta a un candidato o candidata o plataforma política especial y b) si el contenido del mensaje y los seguidores de la red social reflejan un poder de penetración que haga variar el resultado electoral, o bien, la idea de que las personas seguidoras de dicha red social tienen del servidor público para dejarse influenciar y tomar una decisión que ya no resulta del todo libre.

CONCLUSIONES

El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental pilar de toda sociedad porque a través de él se abona a la construcción de mejores democracias. Su avance depende del Estado de la democracia, porque sin la expresión no es posible la manifestación plural de ideas, en ese sentido, se puede tener a) una democracia limitada, en donde la participación de la libertad de expresión sea acotada, restringida, con pocas alternativas para su ejercicio; b) una democracia amplia, con libertad de expresión más extensa, con limitaciones válidas que hacen de su ejercicio un criterio para la equidad y la imparcialidad en los procesos electorales. Todo lo anterior redundaría en sistemas democráticos de mayor calidad, es decir, con reglas claras, derechos reconocidos, medios necesarios y suficientes para la emisión y recepción de opiniones, así como un sistema de acceso a la justicia definido desde la existencia de recursos efectivos para asegurar la vigencia de los derechos.

De esta forma, la discusión actual se sitúa en la regulación del derecho de libertad de expresión y cómo desde su abuso es posible tener la existencia de elementos materiales que lleven a la infracción de la norma electoral, incluso a la máxima sanción dentro de una elección, la nulidad.

Ahora bien, es preciso resumir algunas ideas en torno al ejercicio de la libertad de expresión dentro de las redes sociales y cómo su abuso es capaz de materializar las sanciones:

Primero. Reconocer a la libertad de expresión como un derecho fundamental en extensión dentro del terreno de internet mediante el uso de las redes sociales. Lo anterior no significa que sea un derecho absoluto, sino que las restricciones impuestas a los funcionarios públicos se instauran como un criterio proporcional para garantizar procesos electorales desarrollados con imparcialidad e igualdad.

Segundo. Se debe analizar el contenido de las opiniones emitidas en redes sociales por los funcionarios públicos en su ejercicio de libertad de expresión para revisar: a) si la información es emitida fuera o dentro de campaña electoral; b) identificar si las expresiones son tendientes a formular posiciones personales, de propaganda inherente a su cargo, o con contenido mixto; c) identificar si los contenidos encuadran dentro del catálogo de restricciones señalada en la Constitución Política o en la ley de la materia.

Tercero. Identificar el uso de las redes sociales. Tener en cuenta cuál es el uso que se le da a las redes sociales como instrumento de comunicación, para lo anterior debe estarse: a) la temporalidad de los mensajes difundidos y la periodicidad; b) la espontaneidad de los contenidos; c) revisión del contenido o intención para ver si tratan de coaccionar o condicionar el voto, es decir, el contenido del mensaje emitido; y d) a partir de los criterios anteriores definir si es posible ver la existencia de uso indebido de recursos públicos.

Cuarto. No debe perderse de vista que las redes sociales se convierten en un verdadero medio de comunicación debido a su penetración e influencia, en consecuencia, procede analizarse a profundidad el contenido de las opiniones para determinar si son realizadas por título personal en carácter de persona civil, o bien representación de la investidura

del puesto desempeñado en donde se debe asegurar que la información pretenda informar sobre campañas, decisiones o actividades dignas del funcionario público.

REFERENCIAS

1. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFPE). México. 1990.
2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). 2019.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
4. Dahl, R. (2013). *La poliaquía. Participación y oposición*. Madrid: Tecnos.
5. Díaz, F. (2018). Sátira política en un medio público durante periodo electoral. En Cervantes B., Gama, R., Arrez, E., y Reyes, J. *Comentarios a resoluciones de 2014 y 2015*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
6. Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. España: Gedisa.
7. Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) (2017). Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH). Recuperado de <https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2017/default.html>.
8. Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGPE). México. 2019.
9. Ley General en Materia de Delitos Electorales (LGMDE). México. 2019.
10. Nohlen, D. (2006). *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*. México: Porrúa.
11. Tenorio, G. (2014). *Libertad de expresión y adquisición de tiempos en radio y televisión. Los desafíos electorales*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El presupuesto participativo en Porto Alegre y la Ciudad de México, un análisis comparado ante la eventual implementación del presupuesto participativo en el Estado de México

The participatory budget in Porto Alegre and Mexico City, a comparative analysis before the eventual implementation of the participatory budget in the State of Mexico

SANDRA LÓPEZ BRINGAS*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar el presupuesto participativo como una política pública eficaz que pudiera coadyuvar a la gobernanza y democratización del Estado de México. En este sentido, se pretende mostrar inicialmente el surgimiento de la democracia participativa, la gestión pública compartida entre la ciudadanía y la administración pública, así como los principales aspectos sobre el presupuesto participativo y algunas reglas y principios para regirlos. También, se analizan las experiencias que se han tenido en México, principalmente, en la Ciudad de México, así como la experiencia de Brasil en Porto Alegre. Por último, destacamos los aspectos a considerar para una eventual regulación del presupuesto participativo en el Estado de México, así como los aspectos positivos y negativos de la regulación del presupuesto participativo en nuestra entidad.

Palabras clave

Participación Ciudadana, Presupuesto Participativo, Estado de México.

Abstract

This article aims to analyze the participatory budget as an effective public policy that could contribute to the governance and democratization of the State of Mexico. In this sense, it is intended to initially show the emergence of participatory democracy, public management shared between citizens and public administration, as well as the main aspects of the participatory budget and some rules and principles to govern them. Also, we analyze the experiences that have been had in Mexico, mainly in Mexico City, as well as the experience of Brazil in Porto Alegre. Finally, we highlight the aspects to consider for a possible regulation of the participatory budget in the State of Mexico, as well as the positive and negative aspects of the regulation of the participatory budget in our entity.

Key words

Citizen Participation, Participatory Budget, State of Mexico.

*Licenciada en Derecho y Maestrante en Derecho Electoral. Consejera Electoral del Consejo General del Instituto Electoral del Estado de México, México.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1579-1135>. Correo electrónico: sandra.lopez@ieem.org.mx

DEMOCRACIA DIRECTA, REPRESENTATIVA Y PARTICIPATIVA

Antes de comenzar con lo referente a establecer qué es un presupuesto participativo, necesitamos definir un marco conceptual, mismo que nos permitirá identificar en dónde se inserta dicha figura dentro de las democracias actuales, para ello, primero, se hará una distinción entre democracia directa, democracia representativa y democracia participativa.

El término democracia proviene del griego antiguo δημοκρατία (*dēmokratía*), que es la unión de dos raíces δῆμος (*démos*), que significa pueblo, y κράτος (*krátos*) que significa poder (IIDH, 2017, p. 249), así que, democracia literalmente significa gobierno del pueblo, sin embargo, con este significado etimológico, no podemos desentrañar su alcance en las formas de gobierno occidentales actuales, sin embargo, sí nos da un atisbo para entender, que la democracia es una forma de gobierno en donde las decisiones gubernativas son tomadas por el pueblo, pero en la antigua Grecia, donde se originó esta forma de gobierno, el término “pueblo” se definió de manera distinta a la que conocemos actualmente, ya que el pueblo al que se referían los griegos, sólo eran los hombres libres que podían asistir a las reuniones y participar por medio de voto (IIDH, 2017, p. 249).

Esta circunstancia ha hecho que a través de los siglos se hayan suscitado los más diversos debates sobre el propósito y el funcionamiento de la democracia, asimismo, se han generado diversas teorías sobre ésta, en las que cada una elabora una aproximación o concepto y cada una aboga por diferentes formas de democracia. Así, la democracia, al ser una forma de gobierno cambiante, en el curso de la historia y en la teoría de la ciencia política, ha experimentado configuraciones diferentes, tales como democracia directa, democracia representativa y democracia participativa.

La democracia directa se caracteriza porque en la misma, el poder lo ejercen directamente los ciudadanos, sin la intermediación de órganos representativos. Según el lugar y el tiempo, la democracia directa reviste diferentes formas de gobierno o asociación política, en las que la población prepara y propone leyes, luego decide su adopción y su aplicación. La *polis* de Atenas fue un ejemplo de ello, pues la relativa igualdad orgánica que existía, facilitó la concepción de un gobierno, en el que los cargos públicos se obtenían periódicamente, a través del voto directo, emitido por los jefes políticos agrupados en la *ekklesia*, o asamblea de hombres libres, reunidos en la *stoa*, columnata central del *ágora*, que equivalía a una plaza pública (Pérez de los Reyes, 2006, p. 301).

En la actualidad todavía existen comunidades en las que se implementa la democracia directa, y el ejemplo más claro son el *Landsgemeinde* (Stadler, s.f), la comunidad, que es la reunión constitucional de la población con posibilidad de votar, que se celebra cierto día al aire libre y se realiza en los cantones suizos de Appenzell Rodas y Glarus, en dichas asambleas se pueden votar los cambios constitucionales, las leyes y los gastos importantes en la comunidad.

En cuanto a la democracia representativa, también llamada democracia indirecta, en ésta las decisiones políticas y legislativas, en contraste con la democracia directa, no son tomadas directamente por el pueblo, sino por sus representantes.

La democracia representativa surgió en virtud del crecimiento de las sociedades y la imposibilidad de reunir a todos sus integrantes para la discusión y aprobación de los asuntos públicos, por lo que se consideró que la sociedad debía designar representantes para que fueran estos, en nombre de la colectividad, los que discutieran y aprobaran los asuntos que a todos afectaban. Así, los representantes del pueblo son elegidos y toman sus propias decisiones. En una democracia representativa, todos los depositarios del poder no son necesariamente elegidos por sufragio de la ciudadanía, pueden ser nombrados por el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o por el órgano legislativo como lo son los jueces o magistrados, pero son designados por uno o varios de los Poderes que fueron electos por el voto popular.

Esta forma de democracia es la que quizás resulte más familiar, pues es el modelo de democracia que perduró en México desde que nació como una nación independiente; sin embargo, en los últimos años, un fuerte debate sobre la crisis de la democracia representativa ha afectado a América Latina y Europa en particular. De hecho, a nivel municipal en Brasil, Italia, así como México, se están probando formas de mayor participación de ciudadanos (González de la Garza, 2018); estas iniciativas de participación están diseñadas para complementar los órganos institucionales tradicionales, este modelo, se encuentra a medio camino entre la democracia representativa y la directa, y se denomina democracia participativa.

La democracia participativa es considerada como una forma de gobierno que se sustenta en el principio de la soberanía popular, en la que la ciudadanía tienen el derecho para participar en las decisiones públicas, en este caso las que son materia legislativa en la toma de decisiones políticas, en tanto es producto de la voluntad popular en el ejercicio directo de sus derechos humanos (Olivos Campos, p. 7). En ese sentido, la democracia participativa se esfuerza por crear oportunidades para que todos los miembros de una población hagan contribuciones significativas a la toma de decisiones, y busca ampliar la gama de personas que tienen acceso a tales oportunidades (Ganuza Fernández, 2003, p. 18).

En palabras del politólogo francés Maurice Duverger, la democracia participativa consiste en una colaboración entre los ciudadanos y sus representantes. En los que se comprenden dos tipos de procedimientos: la iniciativa popular y el referéndum (1980, p. 80 y ss).

En la época contemporánea, la democracia participativa se asocia con el concepto de gobernanza, según el cual, y ante la imposibilidad de los gobiernos de atender la totalidad del cúmulo de asuntos que implica conducir un Estado o sociedad, es necesario solicitar el apoyo de la sociedad civil, ya sea para que desempeñen determinadas funciones que la Administración Pública les confiera o bien, para que los particulares puedan dar mayor seguimiento al ejercicio de la gestión pública. La democracia participativa es, en este sentido, un mecanismo a través del cual, los ciudadanos pueden participar e incidir en decisiones públicas de manera más directa, de forma que su intervención no se limita o constriñe al ejercicio del voto para la integración de órganos de representación popular, sino que bajo este nuevo modelo de democracia, el ciudadano opina, incide y vigila el ejercicio de la gestión pública.

¿QUÉ ES EL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO?

De acuerdo con lo anterior, es posible desprender que la democracia participativa busca llenar un hueco existente entre las democracias directa y representativa, es decir, motiva a la ciudadanía a ser más activa en la toma de decisiones y su partici-

pación no se limite a votar una vez cada cierto periodo de tiempo, y es debido a estas corrientes que buscan democratizar a la democracia (Sousa Santos, 2004), que en varios países empezaron a crearse algunos instrumentos, a través de los cuales se dio cauce a diversas demandas sociales.

Uno de estos instrumentos que se crearon para dar pie a la participación de la ciudadanía, fue el presupuesto participativo, que fue ideado como una forma de gestión del recurso público, que busca romper con la tradición autoritaria y patrimonialista de las políticas públicas, recurriendo a la participación directa de la población en diferentes fases de la preparación y de la distribución presupuestal, con una preocupación especial por la definición de prioridades para la distribución de los recursos de inversión (Sousa Santos, 2004, p. 4000). De una manera sencilla, el presupuesto participativo puede definirse como un dispositivo que permite a los ciudadanos no elegidos participar en la concepción o la repartición de los recursos públicos (Ganuza, 2011, p. 18).

Según Adalmar Marquetti, Geraldo Adriano de Campos y Roberto Pires, el presupuesto participativo sería una forma de innovación institucional que puede mitigar las desigualdades sociales y es también un medio para extender a las personas el proceso democrático. Por lo tanto, para estos autores, la creación del presupuesto participativo sería la búsqueda de la igualdad social a través de la participación popular en las decisiones públicas con el fin de llevar a cabo concretamente la mejor distribución de los servicios públicos por los menos favorecidos (Marquetti, 2008, p. 13).

Destacando la importancia del presupuesto participativo, los autores en cita señalan que uno de los principios fundamentales de la política actual es la de asegurar que las necesidades sociales son escuchadas y tengan efecto en el presupuesto, lo que garantiza el poder de toma de decisiones a los ciudadanos (Marquetti, 2008, p. 17).

Ahora bien, Félix Sánchez señala que, para la realización del presupuesto participativo, se deben seguir una serie de principios:

1. El respeto a la decisión y soberanía popular;
2. La decisión sobre la totalidad del presupuesto de la ciudad;
3. La responsabilidad o rendición de cuentas y la transparencia; y
4. La definición de un proceso para designar el presupuesto participativo (2002, p. 44).

Además de dichos principios, Marcello Minghelli señala que el principio de fundamentación y motivación también debe aplicarse en el presupuesto participativo. Lo anterior es así, pues el gobierno tiene que justificar el destino del gasto público a la población y explicar las razones que la llevaron a aplicar dichos recursos en una u otra zona. En ese sentido, la fundamentación y motivación podrían ser aprovechadas y se aplican al presupuesto público con el fin de establecer un vínculo de unión legal entre la participación popular y la actividad presupuestaria (Minghelli, 2005, p. 97).

Por último, Julio César Mahfus (citado en Gomes de Sousa Alves, p. 13) señala que también debe existir el principio de no condición del gobierno a los presupuestos participativos, es decir, el presupuesto participativo es un instrumento perteneciente a la población y para ayudar a satisfacer sus necesidades, insertándola en la vida política y no debe ser configurado como una especie de control estatal.

En suma, el presupuesto participativo es el medio a través del cual la ciudadanía de una localidad, colonia, delegación, municipio, alcaldía, etc., decide de manera directa, sin la intermediación de un tercero, el destino y uso de una cantidad determinada del recurso público, para que la administración pública competente, realice la obra pública que la mayoría determinó.

PRESUPUESTO PARTICIPATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA

En este punto, ya hemos definido lo que es el presupuesto participativo, así como ciertos principios que deben ser tomados en cuenta para su implementación y funcionamiento, aunado a lo señalado con anterioridad en el sentido de que la democracia participativa surge como una nueva forma para que la ciudadanía participe, por lo que se necesitan nuevas instituciones que les den cauce. En ese contexto es en el que surge el presupuesto participativo.

El presupuesto participativo es parte de lo que algunos autores han denominado como neoinstitucionalismo (Sotelo Quispe, 2020, p. 2). Para Roberto Pires estas nuevas instituciones buscan hacer su contribución a la sociedad y al gobierno, a través de la preparación y ejecución de políticas públicas en diversos ámbitos geográficos. Por lo tanto, se demuestra que el nuevo institucionalismo y sus instituciones trabajan en conjunto con la política pública y el resultado de esto depende en gran medida de los resultados, la aprobación y la legitimidad de aquellos (citado en Gomes de Sousa Alves, p. 16). En este sentido, se puede advertir que el neoinstitucionalismo al proponer diversos proyectos de políticas públicas para el beneficio de la colectividad, es necesario para la ejecución, desarrollo o implementación de estos, un presupuesto para su realización, es ahí donde el gobierno interviene para su probable aprobación.

Por lo tanto, el presupuesto participativo se vuelve de vital importancia, pues en la manera antigua el gobierno, en cualquiera de sus vertientes, determinaba la ejecución y la delimitación de regiones, reglas temáticas y diseño de las políticas públicas, es decir, la tarea es primordialmente gubernamental y con poco margen para la participación ciudadana, en cambio el presupuesto participativo como una política pública se constituyó como la voz de la ciudadanía en el proceso deliberativo para así influir en la distribución de recursos.

En este sentido, el nuevo institucionalismo y sus instituciones afectan a la política pública por tener la capacidad de influir en su dirección, e incluso a veces puede prevenir su aparición o modificarlas con el fin de mejorar la sociedad. Por último, se puede decir, por tanto, que el presupuesto participativo es un arreglo institucional innovador, ya que consiste en un ensayo del sector público que se lleva a cabo, y sigue siendo un modelo que debería basarse en la búsqueda de nuevos arreglos institucionales, nuevas políticas públicas que contribuyan al desarrollo del estado y ayudar en la gestión pública.

EXPERIENCIAS NACIONALES EN MATERIA DE PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

Las primeras experiencias parecidas a la dinámica de los presupuestos participativos, pero que no fueron denominadas como tal, se dieron de 1970 a 1972 en Tepic, Nayarit, y en 1993 en Cuquío, Jalisco. De 1979 a 2014, en 14 entidades se han desarrollado mecanismos de PP (aunque no hayan recibido tal denominación) en México, y en cuatro casos siguen activos (cuadro 1).

Cuadro 1. Experiencias de presupuestos participativos en México

Estado	Municipio	Gobierno donde se implementa	Fechas de inicio reinicio				Estatus
Aguascalientes	Aguascalientes	Municipal	2012	2012	-	-	Inactivo
Chiapas	Palenque	Municipal	2015	2015	-	-	Inactivo
Coahuila	Saltillo	Municipal	2014	2014	-	-	Inactivo
Ciudad de México	En las 16 alcaldías	Alcaldías	2011	-	-	-	Activo
	Tlalpan	Delegación	2001	2003	-	-	Inactivo
	Miguel Hidalgo	Delegación	2001	2005	-	-	Inactivo
	Cuauhtémoc	Delegación	2001	2001	-	-	Inactivo
Durango	Estado	Estatad	2004	2009	-	-	Inactivo
Estado de México	Ecatepec de Morelos	Municipal	2006	2009	-	-	Inactivo
	Tlalnepantla	Municipal	2014	2015	-	-	Inactivo
	Naucalpan	Municipal	2014	2014	-	-	Inactivo
Hidalgo	Mineral de la Reforma	Municipal	2014	2014	-	-	Inactivo
Jalisco	Acatlán de Juárez	Municipal	2016	--	-	-	Activo
	Cihuatlán	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	Cuquío	Municipal	1993	2002		-	Inactivo
	Guadalajara	Municipal	2013	2013	2016	-	Activo
	Juanacatlán	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	La Barca	Municipal	2013	2013	-	-	Inactivo
	Lagos de Moreno	Municipal	2013	2013	-	-	Inactivo
	Tepatitlán de Morelos	Municipal	2013	2013	-	-	Inactivo
	Tlaquepaque	Municipal	2010	2012	2016	-	Activo
	Tlajomulco	Municipal	2011	-	-	-	Activo
	Zapopan	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	Tonalá	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	Zacoalco	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	Zapotlán	Municipal	2016	-	-	-	Activo
	Puerto Vallarta	Municipal	2013	-	-	-	Activo
	Etzatlán	Municipal	2013	2014	-	-	Inactivo
Michoacán	Con indígenas y zonas rurales	Estatad	2009	2011	-	-	Inactivo
	Numarán	Municipal	2013	2013	-	-	Inactivo

Nayarit	Tepic	Municipal	1970	1972	2015	-	Activo
Nuevo León	San Pedro Garza García	Municipal	2003	2009	2012	2015	Inactivo
		Municipal	1997	2000	2007	2011	Inactivo
Puebla	San Pedro Cholula	Municipal	2014	-	-	-	Activo
	Puebla	Municipal	2011	2011	2015	-	Activo
Quintana Roo	Solidaridad	Municipal	2009	2011	-	-	Inactivo
Sonora	Por el estado en municipios	Estatad	2013	2013	-	-	Inactivo

Fuente: Elaboración propia con información de García Bátiz (s.f., p. 11).

En el mapa 1 se observa cómo la extensión geográfica y numérica de las 33 experiencias en municipios y delegaciones mexicanas es discontinua. Si se recuerda que México cuenta a la fecha con 2 440 municipios y 16 delegaciones, o 2 456 gobiernos municipales y delegacionales (INAFED, 2015), entonces sólo el 1.64% de ese total han implementado el PP y sólo se ha beneficiado al 13% de la población del país.

Mapa 1. Presupuestos participativos implementados en México hasta 2017



Fuente: Elaboración propia con información de García Bátiz (s.f., p. 12).

La Ciudad de México es el único caso activo en donde el presupuesto participativo se aplica a nivel estatal; en los otros tres casos: Jalisco, Nayarit y Puebla, su aplicación es municipal. En la primera entidad se realiza en Acatlán de Juárez, Cihuatlán, Guadalajara, Juanacatlán, Tlaquepaque, Tlajomulco, Zapopan, Tonalá, Zacoalco, Zapotitlán y Puerto Vallarta; en tanto que en Nayarit se ejecuta solamente en Tepic; mientras que en Puebla es efectuado en San Pedro Cholula y Puebla (García y Téllez, 2018). Es decir, son 14 municipios, más las 16 alcaldías de la Ciudad de México, sumando así un total de 30 entidades municipales en las que se imple-

menta actualmente el presupuesto participativo. A diferencia del resto del país, la aplicación en la capital no se limita a una población específica, como sí ocurrió en Michoacán a través de la participación de su población indígena, y en Durango y Sonora, cuya implementación se focalizó a grupos selectos.

Antes de que fuera incorporado en la totalidad del territorio del entonces Distrito Federal, se experimentó con presupuesto participativo en las delegaciones Tlalpan, Cuauhtémoc y Miguel Hidalgo en 2001, aunque no lograron concretarse a largo plazo y carecieron de un diseño homogéneo. En la entonces Delegación Cuauhtémoc, este mecanismo operó únicamente en el primer año de gestión de la Jefa Delegacional (2001). En la demarcación de Tlalpan permaneció durante los tres años de gestión del Delegado (2000-2003). En tanto que, en Miguel Hidalgo, esta política persistió incluso con el cambio de administración, continuándose hasta el 2005 (Marquina, 2013, pp. 106-108).

Como podemos observar, quizás el caso más representativo sobre el presupuesto participativo en México, es la propia capital del país, la Ciudad de México, que desde el 2011 se ha venido implementado de manera ininterrumpida, lo que es un gran logro si lo comparamos con otros estados y se revisan sus resultados.

Básicamente, conforme a la actual Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México que se publicó el 12 de agosto de 2019 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, podemos sintetizar el proceso para su implementación en los siguientes puntos:

1. Emisión de la Convocatoria: La emitirá el Instituto Electoral de la Ciudad de México (IECDMX) en la primera quincena de enero, en la cual se especificarán de manera clara y precisa todas las etapas del proceso.
2. Asamblea de diagnóstico y deliberación: En cada una de las Unidades Territoriales se dará cita la Asamblea Ciudadana¹ correspondiente a fin de realizar un diagnóstico comunitario de sus necesidades y problemáticas, contarán con el acompañamiento del IECDMX y de personas especialistas en la materia. El desarrollo de la Asamblea y los acuerdos quedarán asentados en un acta que contenga un listado de problemáticas y prioridades sobre las cuales, podrán versar las propuestas de proyectos de presupuesto participativo, el acta deberá ser remitida al Instituto Electoral.
3. Registro de proyectos: Toda persona habitante de la Unidad Territorial, sin distinción de edad, podrá presentar proyectos de presupuesto participativo ante el IECDMX de manera presencial o digital.
4. Validación Técnica de los proyectos: El Órgano Dictaminador² evaluará el cumplimiento de los requisitos de cada proyecto contemplando la via-

1 La Asamblea Ciudadana será pública y abierta y se integrará con las personas habitantes y vecinas de la unidad territorial. No se podrá impedir la participación de ninguna persona que habite en el ámbito territorial que corresponda y podrán participar niños, niñas y personas jóvenes menores de 18 años con derecho a voz. Las personas ciudadanas que cuenten con credencial de elector actualizada, de dicho ámbito, tendrán derecho a voz y voto. En el caso de personas de 16 y 17 años de edad tendrán derecho a voz y voto identificándose con su Clave Única de Registro de Población del Registro Nacional de Población e Identificación Personal, que acrediten su residencia en el ámbito territorial donde participan.

2 Para efectos de determinar la factibilidad de los proyectos de presupuesto participativo, las Alcaldías deberán de crear un Órgano Dictaminador integrado por las siguientes personas, todas con voz y voto:

a) Cinco especialistas con experiencia comprobable en las materias relacionadas con los proyectos a dictaminar, provenientes de instituciones académicas, que serán propuestos por el Instituto Electoral de la Ciudad de México. El Órgano Electoral realizará el procedimiento

bilidad técnica, jurídica, ambiental y financiera, así como el impacto de beneficio comunitario y público. El calendario para la dictaminación de los proyectos será establecido por cada Órgano Dictaminador, el cual deberá ser publicado en la Plataforma del Instituto Electoral, mismo que no podrá ser menor a 30 días naturales. Los proyectos dictaminados como viables serán remitidos al IECDMX.

5. Día de la Consulta: Los proyectos dictaminados favorablemente serán sometidos a consulta de la ciudadanía, la cual podrá emitir su opinión sobre uno de los proyectos. El IECDMX será la autoridad encargada de la organización de dicha consulta, la cual se realizará el primer domingo de mayo.
6. Asamblea de información y selección: Posterior a la jornada electiva se convocará a una Asamblea Ciudadana en cada Unidad Territorial a fin de dar a conocer los proyectos ganadores, y se conformarán el Comité de Ejecución y el Comité de Vigilancia.
7. Ejecución de proyectos: La ejecución de los proyectos seleccionados en cada Unidad Territorial, se realizarán en los términos de la presente Ley, por los Comités de Ejecución y el Comité de Vigilancia del presupuesto participativo de cada Unidad Territorial.
8. Asambleas de Evaluación y Rendición de Cuentas: En cada Unidad Territorial se convocará a tantas Asambleas Ciudadanas como sea necesario, a fin de que sean dados a conocer de manera puntual informes de avance del proyecto y ejecución del gasto.

Como se puede observar, en la Ciudad de México ya hay una muy estructurada legislación, además de una implementación más acabada sobre el presupuesto participativo, no obstante, a la legislación y al trabajo del IECDMX, existen diversas problemáticas durante la instrumentación del Presupuesto Participativo en la Ciudad de México. A manera de ejemplo, destaca que para 2015 el 30% de estos recursos no se ejerció y, en promedio por delegación, el 48% de los proyectos no se terminaron. La participación ciudadana fue mínima, tan sólo llegó al 3.82% de la lista nominal en 2016, y las delegaciones suelen desentenderse del proceso deliberativo y del ejercicio presupuestario. Parecería que a pocos les interesa el seguimiento y correcto ejercicio de más de 800 millones de pesos (Montoya Aguirre, 2017), así como el involucramiento ciudadano en la gestión pública.

EXPERIENCIA INTERNACIONAL, PORTO ALEGRE BRASIL

El presupuesto participativo fue desarrollado por primera vez en la década de 1980 por el Partido de los Trabajadores de Brasil, basándose en la creencia declarada del partido

para seleccionar a las personas especialistas mediante insculación en su plataforma, mismas que estarán en cada uno de los Órganos Dictaminadores.

- b) La persona Concejal que presida la Comisión de Participación Ciudadana, o en caso de no existir dicha Comisión, será la o el concejal que el propio Concejo determine;
- c) Dos personas de mando superior administrativo de la Alcaldía, afín a la naturaleza de proyectos presentados;
- d) La persona titular del área de Participación Ciudadana de la Alcaldía, quien será la que convoque y presida las Sesiones.

de que el éxito electoral no es un fin en sí mismo, sino un trampolín para desarrollar formas de democracia radicales y participativas. Si bien hubo varios experimentos iniciales, el primer proceso de presupuesto participativo completo se implementó en 1989, en la ciudad de Porto Alegre, Brasil, una ciudad capital del estado de Rio Grande do Sul, y un concurrido centro industrial, financiero y de servicios, en ese momento con una población de 1.2 millones (Wampler, 2007, p. 23). El éxito inicial de presupuesto participativo en Porto Alegre pronto lo hizo atractivo para otros municipios. Para 2001, más de 140 municipios en Brasil habían implementado presupuesto participativo (Bhatnagar, p. 2).

PORTO ALEGRE

En su primer capítulo de la Constitución de Brasil de 1988 establecía que “todo el poder se origina en las personas que lo ejercen por medio de representantes elegidos o directamente, de acuerdo con los términos de esta Constitución”. La autoría de la Constitución fue una reacción a los veinte años anteriores de dictadura militar, y la nueva Constitución buscó asegurar la libertad individual al tiempo que descentralizaba y democratizaba el poder gobernante, con la esperanza de que la dictadura autoritaria no volviera a resurgir (Wampler, 2007, p. 53).

La economía política contemporánea de Brasil es una consecuencia del capitalismo patrimonial del imperio portugués, donde “el poder no se ejercía de acuerdo con las reglas, sino que se estructuraba a través de relaciones personales” (Novy, 2005, p. 2023). A diferencia de la democracia directa, en el que todos los ciudadanos participan directamente y deciden la política de manera colectiva, el gobierno de Brasil está estructurado como una república con representantes elegidos. Este arreglo institucional ha creado una separación entre el estado y la sociedad civil, lo que ha abierto las puertas al clientelismo. Debido a que el proceso de elaboración de la ley ocurre a puerta cerrada, los funcionarios electos y los burócratas pueden acceder a los recursos estatales de manera que benefician a ciertos ‘clientes’, generalmente aquellos de extraordinaria relevancia social o económica (Novy, 2005, p. 2026). Los clientes influyentes reciben favores de política y pagan a los funcionarios electos con los votos de los grupos a los que influyen. Por ejemplo, un líder del vecindario representa las opiniones de los dueños de las tiendas ante el jefe del partido local, solicitando leyes para aumentar el tráfico peatonal en calles comerciales. A cambio, el líder del barrio moviliza a los dueños de las tiendas para que voten por el partido político responsable de la política. Debido a que este patrocinio opera sobre la base de lazos individuales entre el cliente y el cliente, el verdadero poder de toma de decisiones se limita a una pequeña red de jefes de partidos y ciudadanos influyentes en lugar del público en general (Novy, 2005, p. 2028).

En 1989, el entonces alcalde en Porto Alegre, en un intento por alentar la participación popular en el gobierno y redirigir los recursos del gobierno hacia los pobres, institucionalizó la estructura organizativa del presupuesto participativo a nivel de toda la ciudad. El resultado es un ejemplo de lo que ahora conocemos como Presupuesto Participativo (Avritzer, 2004, p. 497).

RESULTADOS

Un documento del Banco Mundial sugiere que el presupuesto participativo ha llevado a mejoras directas en las instalaciones en Porto Alegre. Por ejemplo, las conexiones de alcantarillado y agua aumentaron del 75% de los hogares en 1988 al 98% en 1997. El número de escuelas se cuadruplicó desde 1986 (Bhatnagar, s.f., p. 1).

El alto número de participantes, después de más de una década, sugiere que el presupuesto participativo fomenta una mayor participación ciudadana, según el documento. Además, el presupuesto de salud y educación de Porto Alegre aumentó

del 13% (1985) a casi el 40% (1996), y la proporción del presupuesto participativo en el presupuesto total aumentó del 17% (1992) al 21% (1999) (Bhatnagar, s.f., p. 3). En un documento que actualizó la metodología del Banco Mundial, ampliando el alcance estadístico y analizando los 5 571 municipios más grandes de Brasil que usan presupuestos participativos (Bhatnagar, s.f., p. 1), los investigadores descubrieron que los presupuestos participativos reasignan el gasto hacia la salud y el saneamiento. Los beneficios de salud y saneamiento se acumularon a medida que se utilizó el presupuesto participativo más largo en un municipio (Bhatnagar, s.f., pp. 1, 3 y 5). El presupuesto participativo no sólo permite a los ciudadanos cambiar las prioridades de financiamiento a corto plazo, sino que puede generar un cambio institucional y político sostenido a largo plazo.

El documento concluye que el presupuesto participativo puede conducir a mejores condiciones de vida para los pobres. Aunque no puede superar problemas más amplios como el desempleo, conduce a una “mejora notable en la accesibilidad y la calidad de varios servicios de bienestar público” (Bhatnagar, s.f., p. 6).

CONSIDERACIONES RESPECTO DE LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Al revisar la experiencia en Brasil y Porto Alegre, un documento del Banco Mundial señala que la falta de representación de las personas extremadamente pobres en el presupuesto participativo puede ser una deficiencia. La participación de los muy pobres y de los jóvenes se destaca como un desafío. ¿Cuáles son las ideas sobre las oportunidades y las barreras para lograr el objetivo del presupuesto participativo? Se necesita liderazgo para aplanar la estructura organizativa y asumir responsabilidades éticas conscientes a medida que los individuos y los miembros del comité intentan alcanzar los objetivos democráticos, lo que significa que la prensa debe estar presente para el público y, sin embargo, la presencia de la prensa inhibe la necesidad procesal de una discusión sólida. O bien, la representación es la piedra angular de la presupuestación participativa, un grupo tan grande tiene un efecto en la eficiencia del grupo. El presupuesto participativo también puede tener dificultades para superar el clientelismo existente. Otras observaciones incluyen que grupos particulares son menos propensos a participar una vez que se han cumplido sus demandas y que el lento progreso de las obras públicas puede frustrar a los participantes. Si bien se trata de un mecanismo que potencia la participación ciudadana y, a través del mismo se atienden necesidades públicas planteadas directamente por la comunidad, queda de manifiesto que, tanto en el caso que se analiza, como en cualquier otra sociedad que le implemente, debe analizarse su diseño y estructura para garantizar que la incidencia de la sociedad sea auténtica y que los gobiernos en turno no puedan evadir la decisión de la colectividad.

ASPECTOS A CONSIDERAR PARA UNA EVENTUAL REGULACIÓN DEL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO EN EL ESTADO DE MÉXICO

En los apartados precedentes hemos analizado qué debe entenderse por Presupuesto Participativo, cuál es su utilidad en sociedades como la mexicana, así como algunos casos exitosos de su implementación tanto en otras entidades federativas, como en otros países.

En la presente sección, y partiendo de la visualización del Presupuesto Participativo como política pública, me parece pertinente analizar algunos de los aspectos que resultarían esenciales en el diseño e implementación de dicha política pública o programa.

A tal efecto, es necesario, en primera instancia, llevar a cabo una revisión de las categorías inherentes a las políticas públicas, así como de lo que la doctrina especializada ha denominado como ciclo de las políticas públicas.

En este orden, la doctrina especializada se ha abocado a la definición del concepto de políticas públicas. Una de dichas definiciones es la formulada por Luis F. Aguilar, quien las define como “un conjunto de acciones intencionales y causales, orientadas a la realización de un objetivo de interés/beneficio público, cuyos lineamientos de acción, agentes, instrumentos, procedimientos y recursos se reproducen en el tiempo de manera constante y coherente. La estructura estable de sus acciones durante un cierto tiempo es lo específico y lo distintivo de ese conjunto de acciones de gobierno que llamamos políticas públicas” (Aguilar, 2012, p. 29).

Por su parte, Wayne Parsons ha señalado que “la idea de las políticas públicas presupone la existencia de una esfera o ámbito de la vida que no es privada o particularmente individual, sino colectiva. Lo público comprende aquella dimensión de la actividad humana que se cree que requiere la regulación o intervención gubernamental o social, o por lo menos la adopción de medidas comunes” (Parsons, 2007, p. 37).

De las definiciones anteriores se puede colegir que una política pública se refiere a las acciones adoptadas por el poder público para la atención de un problema público previamente identificado, delimitado y respecto del cual se ha elaborado un plan específico de acción susceptible de revisión, evaluación y, de ser el caso, adecuación.

No es casual, en este sentido, que académicamente se explique el desarrollo de las políticas públicas a partir de un ciclo, que si bien es cierto es sólo una representación, pues en la realidad no necesariamente se cumple el mismo de manera exacta, pues diversas etapas se pueden llevar a cabo de manera simultánea, sí constituye una importante aproximación para la comprensión de la dinámica del sector público en la atención de problemas públicos.

En este sentido, la doctrina especializada coincide en señalar que el ciclo de las políticas públicas consiste, esencialmente, de las siguientes etapas: identificación del problema público; diseño; elaboración; implementación, y evaluación.

El marco contextual anterior resulta esencial para el tema que nos ocupa porque, como se ha señalado en los apartados precedentes, el presupuesto participativo puede constituir una auténtica política pública por cuanto a que se le implementaría en atención a una necesidad de abrir nuevos cauces de participación ciudadana e involucramiento en la gestión pública; por otro lado, tiene la finalidad de eficientizar el ejercicio presupuestal al destinar un monto específico del presupuesto de la entidad para la realización de obras y proyectos que las propias colonias o comunidades determinan, atendiendo a sus necesidades o intereses particulares y específicos.

Visto así, podemos analizar la eventual implementación del presupuesto participativo en el Estado de México, a la luz del círculo de políticas públicas descrito, particularmente de las etapas de diseño y elaboración, al tratarse de un tema que se encuentra en la etapa de discusión sobre su pertinencia y viabilidad.

Para ello, y como también se ha señalado, parto de la premisa de que el presupuesto participativo, en tanto política pública, pretende resolver un problema público de necesidad de mayores cauces de participación ciudadana; de involucramiento en la gestión pública; y un ejercicio presupuestal que beneficie más directamente a las colonias y comunidades de nuestra entidad.

En este orden de ideas, a continuación, expongo algunas condiciones o supuestos que, a mi juicio, deberán considerarse en el proceso de diseño e implementación de una política pública orientada a la implementación del presupuesto participativo en el Estado de México.

El primero de ellos tiene que ver con el presupuesto que se asignará al presupuesto participativo. Este rubro es de la mayor relevancia, porque en la regulación e implementación de este mecanismo de participación ciudadana deberá analizarse si el monto por ese concepto se establecerá en ley o ésta sólo contendrá algunos elementos para su cálculo o determinación.

A mi juicio, este tema resulta de la mayor relevancia, pues más que la asignación de recursos propiamente dicha a este programa, lo relevante es salvaguardar que el monto que se destina a dicho concepto no resulte anacrónico y, por lo tanto, inoperante, de manera que los recursos sean bajos o insuficientes para impulsar los proyectos, haciendo nugatorio el sentido del programa.

Así, me parece que cualquier norma que la Legislatura local expida en materia de presupuesto participativo debe establecer previsiones respecto al monto al que ascenderá dicho concepto, así como los mecanismos de actualización o ajuste considerando factores como la inflación, los ajustes o restricciones presupuestales, así como mecanismos de blindaje, de manera que cuando existan circunstancias apremiantes, dichos recursos se encuentren blindados, a efecto de garantizar la realización de los proyectos elegidos por la ciudadanía.

Otro rubro a considerar en la eventual regulación e implementación del presupuesto participativo corresponde a la delimitación del marco geográfico en esta materia. Debe definirse, en este sentido, cuál será la unidad territorial mínima para la elección de proyectos de presupuesto participativo, habida cuenta que estos serán propuestos por la ciudadanía de determinada colonia o comunidad, con la finalidad de que se lleven a cabo en la misma.

No pasa desapercibido, además, que si bien es cierto que en materia Electoral ya existe definido un marco geográfico que subdivide al Estado de México en distritos y secciones electorales, esta delimitación no necesariamente coincide con la división territorial de colonias, comunidades o cualquier otro tipo de asentamiento, pues pueden existir casos en que el territorio de determinada colonia forma parte de distritos o secciones electorales distintos o, por el contrario, una sección o distrito comprender dos o más colonias, comunidades o asentamientos, lo que generaría el riesgo de que un proyecto de presupuesto participativo que se llevara a cabo no beneficiara realmente a la comunidad y que no hubiera claridad sobre el ejercicio de los recursos respectivos.

A mayor abundamiento, otro aspecto a considerar en cuanto al marco geográfico, es el número de colonias, pueblos o asentamientos que serán la base para la selección de proyectos de presupuesto participativo. Lo anterior es así, porque aunado a lo ya señalado por cuanto a la determinación del marco geográfico atendiendo a las características particulares de alguna localidad, también lo es la diversidad de criterios que existe en cuanto al número de colonias o pueblos en la entidad. En este sentido, la regulación que se lleve a cabo del tema deberá incluir la colaboración de otras autoridades para verificar el número de colonias y pueblos existentes o aquellos asentamientos que, sin tener el reconocimiento de pueblo o colonia, tienen características propias de una, por lo que ameritarán un tratamiento específico.

Otro de los rubros que, desde mi perspectiva, necesariamente deben formar parte de la posible regulación que se expida para la implementación del presupuesto participativo en el Estado de México lo constituye la lista de rubros que serán susceptibles de ser materia de proyectos para el ejercicio de dichos recursos. Lo anterior es así, porque como

es del conocimiento general, tanto la Constitución General de la República, la particular del Estado y la legislación específica determinan ciertas funciones de manera obligatoria a cargo de los Ayuntamientos y demás autoridades municipales. En este sentido, si una función constituye una obligación para el municipio, es inconcuso que la misma no podría ser objeto de consulta sobre presupuesto participativo, pues de ser así, no sólo implicaría una distorsión importante en la utilización de los recursos, sino, además, que de manera facciosa la autoridad municipal llevara a cabo, como proyecto de presupuesto participativo, funciones o actividades que debe llevar a cabo de manera obligatoria. Así, y a efectos de blindar este mecanismo participativo y el ejercicio de los recursos, la normatividad que se expida debe ser categórica en los rubros que podrán ser materia de consulta, estableciendo fehacientemente que cualesquiera otros se encuentran restringidos y que el desarrollo de los proyectos se encuentra supeditada a su dictamen favorable, a ser votado mayoritariamente y resultar de realización viable, pues también existe la posibilidad de que, a pesar de que un proyecto pueda ser elegido por el voto mayoritario, el mismo resulte inviable por la zona en que se pretende llevar a cabo, por las condiciones de infraestructura o alguna otra que haga nugatorio el proyecto de que se trate.

Ahora bien, como se señaló, ninguna política pública puede resultar exitosa sin mecanismos de seguimiento y evaluación que permitan determinar si las acciones puestas en marcha han resultado exitosas o han arrojado los resultados esperados. Para ello, es inconcuso que el marco normativo específico que se expida deben incluir apartados que contemplen dichos mecanismos de seguimiento y evaluación.

En el caso específico del presupuesto participativo, no hay duda de que las controversias relacionadas con la organización y desarrollo de la jornada consultiva, al corresponder a actos de la autoridad electoral, podrán ser controvertidos ante el órgano jurisdiccional electoral, pero es válido preguntarse de qué recursos o mecanismos dispondrá el ciudadano para controvertir el incumplimiento o cumplimiento deficiente, por parte de la autoridad municipal, para llevar a cabo determinado proyecto que haya resultado ganador. En este sentido, el marco normativo que se expida deberá crear las autoridades u órganos que tendrán la competencia específica para la atención de estos asuntos, o bien, establecer cuál de las autoridades existentes tendrá a su cargo dichos asuntos.

Contar con este entramado normativo e institucional resulta esencial para la elaboración de una adecuada política pública integral de la materia, pues permitirá contar con elementos de evaluación para determinar si el programa se ha implementado de manera adecuada, su grado de conflictividad o litigiosidad, el grado de cumplimiento por parte de la autoridad y, en suma, aspectos sobre su funcionamiento o, en su caso, la necesidad de ajustarle, adecuarle o replantearle. Por lo demás, no pasa desapercibido que es derecho de todo ciudadano contar con órganos jurisdiccionales como su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la defensa de los derechos que estime vulnerados, aunado a que, contar con estos órganos de revisión también dotan de certeza y definitividad los procesos, garantizando, además, la solución pacífica de las controversias y la consolidación de la participación ciudadana como vía de desarrollo democrático. Aunado a los órganos competentes, deben diseñarse los mecanismos, procedimientos o recursos legales con los que contará el ciudadano para promover cualquier controversia en caso de que estime vulnerado algún derecho o bien, que el presupuesto participativo no se ejerció de manera adecuada. Dichos medios impugnativos resultan esenciales para la materialización de la tutela jurisdiccional referida, pero también para dotar de certeza estos mecanismos participativos y blindarles de cualquier uso indebido o irregularidad. El acceso a la justicia es, por lo demás, una vertiente de avance democrático en la

medida en que el ciudadano debe contar con órganos y procedimientos ante los cuales solicitar la protección ante la afectación a sus derechos.

Ahora bien, los anteriores son tan sólo una breve aproximación de la pluralidad de rubros que el marco normativo en materia de presupuesto participativo para el Estado de México debe considerar necesariamente para estar en condiciones de afirmar que estamos ante una política pública viable y que realmente atiende las necesidades y el problema público que le originó.

Desde mi punto de vista, ello constituye una inmejorable oportunidad no sólo para potenciar la participación y el involucramiento de la ciudadanía en la gestión pública, sino, además para continuar avanzando en el proceso de consolidación democrática en nuestra entidad y en el país. En la medida en que ello ocurra, en el mediano y largo plazo, habremos afianzado una auténtica cultura de la participación ciudadana y su importancia como mecanismo para la construcción de un mejor país, una convivencia democrática y, en suma, una democracia auténtica tal como lo plantea el artículo 3 de nuestra Constitución General, como un sistema orientado al mejoramiento de la calidad de vida del pueblo.

Ahora bien, en cuanto al órgano encargado de llevar a cabo los ejercicios sobre el presupuesto participativo en el Estado de México, considero que el Instituto Electoral del Estado de México es el facultado para llevar a cabo tales ejercicios de participación ciudadana, pues es una potestad que otorgó el Constituyente en la Reforma Electoral de 2014 a los Organismos Públicos Locales, ya que en dicha reforma se estableció en nuestra Carta Magna, que serían los encargados de la organización, desarrollo y cómputo y declaración de resultados de los mecanismos de participación ciudadana, aunado a lo anterior, dicho instituto se ha caracterizado por regir su actuación con base en los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad, lo que ha garantizado la plena participación ciudadana y el respeto a su voto.

EXPECTATIVAS Y RIESGOS DE LA REGULACIÓN DEL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO EN EL ESTADO DE MÉXICO

Como se señala en el apartado de experiencia internacional Porto Alegre, Brasil, es un ejemplo fehaciente de que el presupuesto participativo fomenta una mayor participación ciudadana que conduce a mejoras directas en condiciones de vida para los pobres, es decir, mejora notable en la accesibilidad y la calidad de varios servicios de bienestar público.

Como toda política pública, el presupuesto participativo surtirá efectos ante la colectividad, los cuales habrán de ser detectados en el proceso de seguimiento y evaluación al que se hizo referencia en el apartado que antecede. No pasa desapercibido que algunos de dichos efectos podrán ser previstos normativamente; sin embargo, otros tantos escaparán a las previsiones del legislador, ya sea porque se trata de cuestiones específicas o particulares que exceden el carácter de generalidad de la norma o bien porque se trata de aspectos o cuestiones coyunturales que no fue posible prever y ante las cuales el seguimiento y evaluación de la política pública específica permitirá adoptar las medidas atinentes de manera oportuna para corregirla o reconducirla.

En virtud de lo anterior, a continuación, expongo brevemente algunos de los efectos que, a mi juicio, podrían surgir con motivo de la implementación del presupuesto participativo.

Entre los efectos virtuosos o benéficos de la regulación e implementación del presupuesto participativo en el Estado de México se encuentra, desde luego, el fomento y fortalecimiento de la participación ciudadana y su involucramiento en la gestión pública, por cuanto a que serán los ciudadanos los que decidan el destino de un monto específico del presupuesto de la demarcación territorial de que se trate. Pero el adecuado diseño e implementación no sólo tiene que ver con el fomento de la participación ciudadana, sino que, a la postre, ello se traducirá en la calidad de nuestra democracia. En la medida en que se construya una cultura de la participación e involucramiento en la gestión pública, como se refirió con anterioridad, en el largo plazo podremos atestiguar la consolidación de una cultura de la participación, no limitada al hecho de emitir el sufragio, sino en amplio sentido, entendida a la colectividad como un componente esencial de la política pública y del Estado mismo. No se podría entender ninguna política pública de manera aislada, sino en el contexto que le da origen y en función de la colectividad sobre la que habrá de incidir. La relevancia, en este sentido del adecuado diseño, elaboración e implementación de cualquier programa público tendrá por efecto, como se ha señalado, no sólo que el mismo resulte exitoso respecto del problema público o necesidad a atender, sino por cuanto a la consolidación de una cultura de la transparencia en la gestión pública y la participación ciudadana en las vertientes mencionadas.

Otro de los efectos reales que generaría la implementación del presupuesto participativo en nuestra entidad tiene que ver con el mejoramiento del entorno comunitario en virtud de la atención de necesidades o problemas específicos de las colonias, pueblos y comunidades planteados por la propia ciudadanía. Serán los ciudadanos los que directamente señalarán el destino de los recursos y ello se traducirá en mejoras en la calidad de vida de esa población, pues tal y como se reseñó en el apartado relativo a Porto Alegre, el presupuesto participativo en dicha municipalidad, los ciudadanos han determinado dar prioridad a las obras de saneamiento básicas, tales como incrementar el suministro de agua, la pavimentación de las calles de los suburbios y aumentar la matrícula de estudiantes en escuelas públicas.

Si bien existen efectos tangibles como los descritos, también es importante no perder de vista la existencia de riesgos sobre la concurrencia de efectos perniciosos o bien, circunstancias que, de presentarse, podrían incidir negativamente en el funcionamiento del programa público específico.

En materia de presupuesto participativo, entre los riesgos o retos que podrían producirse se encuentran, a mi juicio, los siguientes:

El primero de ellos tiene que ver con una deficiente delimitación del marco geográfico, lo cual, a su vez, se podría traducir en la indebida fragmentación de colonias, pueblos u otros asentamientos, con la alta probabilidad de violentar su identidad histórica, cultura, etc. De ahí la importancia de que, como se señaló con anterioridad, se determine en primera instancia cuál será la unidad mínima territorial y los criterios para su determinación atendiendo a las características sociales y geográficas de la entidad. Sólo de esta manera se podrá salvar este importante riesgo que, de no atenderse o minimizarse podría generar sesgos en el ejercicio presupuestal y dejar de atender necesidades reales de la comunidad de que se trate.

Otro riesgo que es posible advertir de la implementación del presupuesto participativo en el Estado de México tiene que ver con la posible injerencia de alguna autoridad u organismo en los resultados de la consulta respectiva, para no llevar a cabo el proyecto ganador o desarrollarlo de forma distinta, de manera que se desvirtúe el ejercicio presupuestal. En este sentido, los mecanismos de seguimiento, control y evaluación resultan cruciales, pues se debe garantizar que el ciudadano

contará con mecanismos para hacer valer su decisión expresada en la consulta respectiva, así como procedimientos para el caso de incumplimiento.

En el mismo sentido, el diseño y la implementación del mecanismo participativo que se analiza, debe velar por prever y garantizar la eficiencia de mecanismos tendientes a garantizar la certeza y confiabilidad de los resultados de la consulta. Ya sea que se utilice una boleta tradicional o algún medio tecnológico, presencial o remoto, el ciudadano debe contar con plena certeza de que los resultados son la fiel manifestación de su voluntad expresada en la consulta y que no hubo interferencia de algún otro actor externo o que los resultados pudieron haber sido alterados y que, en caso de existir alguna suspicacia al respecto, se cuente con un entramado normativo e institucional para controvertir las presuntas irregularidades y que un órgano especializado, autónomo e imparcial resuelva lo conducente.

Finalmente, otro importante riesgo que observo de la implementación del presupuesto participativo en nuestra entidad, si el ciclo de la política pública se desarrolla de manera deficiente o irregular, tiene que ver con la necesaria coordinación de las distintas autoridades u órganos que se encuentren involucrados en la consecución de un proyecto específico. La normatividad que se diseñe debe contemplar mecanismos de coordinación, la suscripción de los instrumentos atinentes de apoyo y colaboración para garantizar el adecuado y oportuno flujo de recursos para el desarrollo de los proyectos elegidos por la ciudadanía.

CONCLUSIONES

Como se puede concluir en el presente artículo ya se definió qué es el presupuesto participativo como política pública, los antecedentes que se tienen en nuestro país, como en el ámbito internacional, los actores que intervienen, es decir, la ciudadanía a través de su participación, el gobierno y los instrumentos necesarios, así como el trabajo colectivo de todo en su conjunto el resultado que se obtiene.

En efecto, como toda política pública, el presupuesto participativo enfrentará retos derivados de su operación. La cuestión a tener en consideración radica, a mi juicio, en no permitir que un programa público con alto sentido social como el presupuesto participativo se desvirtúe por aspectos ajenos a su sentido original.

El Estado de México, y nuestro país en general, se encuentran inmersos en un proceso de desarrollo y consolidación democrática y todos, desde nuestra particular trinchera o ámbito de actividad somos responsables no sólo de preservarla, sino de contribuir y adoptar las medidas atinentes para potenciarla y fortalecerla. No es una tarea fácil, nadie lo ha afirmado, pero se están sentando las bases para una sociedad más justa, igualitaria, equitativa, participativa y democrática.

REFERENCIAS

1. Adalmir Marquetti, G. A. (2008). *Democracia participativa e redistribuição: análise de experiências de orçamento participativo*. São Paulo, Brasil: Xamã.

2. Aguilar, L. F. (2012). *Política Pública. Biblioteca Básica de Administración Pública*. (1), México: Siglo XXI Editores.
3. Avritzer, L. (2004). Modelos de deliberación democrática: Un análisis del presupuesto participativo en Brasil. En D. B. Sousa Santos, *Democratizar la democracia, los caminos de la democracia participativa*. México: Fondo de Cultura Económica.
4. Bhatnagar, D. (s.f.). Participatory Budgeting in Brazil. Available at: http://siteresources.worldbank.org/INTEMPowerment/Resources/14657_Particip-Budget-Brazil-web.pdf.
5. Código Electoral del Estado de México (CPEUM) (2018). México: Instituto Electoral del Estado de México.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (2020). México: Cámara de Diputados.
7. Duverger, M. (1980). *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. México: Ariel.
8. Ganuza Fernández, E. y. (2003). Ciudadanía y Democracia: Los presupuestos participativos. En E. y. Ganuza Fernández, *Democracia y presupuestos participativos*. Barcelona: Icaria Editorial.
9. Ganuza, E. y. (2011). Democracia participativa y modernización de los servicios públicos. Recuperado de <http://www.iesa.csic.es/publicaciones/120120127.pdf>.
10. García Bátiz, M. L. (s.f.). El presupuesto participativo: un balance de su estudio y evolución en México. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/perlat/v26n52/0188-7653-perlat-26-52-00010.pdf>.
11. García, M. L., Téllez, L. (2018). El presupuesto participativo en México. Un balance de su estudio y evolución en México. *Perfiles Latinoamericanos*. 26 (52). FLACSO, Ed., pp. 1-28.
12. Gomes de Sousa Alves, A. y. (s.f.). O orçamento participativo como instrumento neoinstitucional de governança pública the participative budget as neoinstitutionalist instrument of public governance. Recuperado de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=793aaa24e931c05d>.
13. González de la Garza, L. M. (2018). La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el microtargeting y el Big Data. *Revista de Derecho Político*. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/23203/18606>.
14. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) (2017). *Diccionario de Derecho Electoral*. Tomo 2. Serie Elecciones y Democracia. San José, Costa Rica: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

15. Instituto para el Federalismo y el Desarrollo Municipal (INAFED) (2015). Enciclopedia de los Municipios y Delegaciones de México. Recuperado de <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/>
16. Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México (LPCCDMX) (2019). México: Instituto Electoral de la Ciudad de México.
17. Marquina Sánchez, M. d. (2013). Capital social y desarrollo territorial en la ciudad de México: una reflexión a partir de los presupuestos participativos. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5443946.pdf>.
18. Minghelli, M. (2005). Orçamento participativo: uma leitura jurídico-política. Canoas: Ulbra. Recuperado de <https://books.google.com.mx/books?id=XbmB-44CrnfkC&pg=PA4&lpg=PA4&dq=MINGHELLI,+Marcello.+Or%C3%A7amento+participativo:+uma+leitura+jur%C3%ADdico-pol%C3%ADtica.+Canoas:+Ulbra,+2005.&source=bl&ots=jU5RQOt5io&sig=ACfU3U11Vk7yWsLyD9i4rSVZbsYfIMqpqw&hl=es&sa=X>.
19. Montoya Aguirre, M. (2017). Presupuesto ni participativo ni transparente. Nexos. Recuperado de <https://labrujula.nexos.com.mx/?p=1203>.
20. Novy, A. y. (2005). Participatory Budgeting in Porto Alegre: Social Innovation and the Dialectical Relationship of State and Civil Society. *Urban Studies*, 42(11). Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/43197221?seq=1>.
21. Olivos Campos, J. R. (s.f.). La Democracia Participativa en México. Recuperado de <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreiber/ponencias/olivoscamosjoserene.pdf>.
22. Parsons, W. (2007). *Políticas Públicas*. (Trad. de Atenea Acevedo Aguilar). México, FLACSO.
23. Pérez De Los Reyes, M. A. (2006). Origen y Evolución del Derecho Electoral. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 301.
24. Sánchez, F. (2002). *Orçamento participativo: teoria e prática*. São Paulo: Cortez.
25. Sotelo Quispe, G. (2020). Aproximaciones a la descentralización desde el neoinstitucionalismo: Experiencia del presupuesto participativo en el Perú (2004-2015). Recuperado de https://www.academia.edu/32928142/Ponencia_LASA_2017_Aproximaciones_a_la_descentralizaci%C3%B3n_desde_el_neoinstitucionalismo_Experiencia_del_presupuesto_participativo_en_el_Per%C3%BA_2004-2015_.
26. Sousa Santos, B. d. (2004). *Democratizar la Democracia, los caminos de la democracia participativa*. México: Fondo de Cultura Económica.
27. Stadler, H. (s.f.). Dictionnaire historique de la Suisse. Recuperado de <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/010239/2008-11-13/>.

28. Wampler, B. (2007). A Guide to Participatory Budgeting. En W. B. *Institute, Participatory budgeting*. Washington, DC: Anwar Shah. Recuperado de <https://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/ParticipatoryBudgeting.pdf>.

La defensa de los derechos colectivos en México.

Un análisis comparativo

The defense of collective rights in Mexico.

A comparative analysis

STEPHANY CONSUELO SÁNCHEZ ESTRADA*

GUSTAVO AGUILERA IZAGUIRRE**



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad identificar la efectividad de los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos colectivos en México, a partir de un análisis comparativo que se realice de los ordenamientos de los países de América Latina tales como Brasil, Argentina y Colombia.

Palabras clave

Derechos humanos, Derechos colectivos, Acciones colectivas, Interés legítimo, Juicio de Amparo.

Abstract

The purpose of this article is to identify the effectiveness of the instruments of jurisdictional protection of collective rights in Mexico, based on a comparative analysis of the laws of Latin American countries such as Brazil, Argentina and Colombia.

Key words

Human rights, Collective rights, Collective actions, Legitimate interest, Amparo trial.

*Maestra en Justicia Constitucional por la Universidad Autónoma del Estado de México, México.
ORCID: 0000-0002-5192-476X. Correo electrónico: stesaes@gmail.com

**Doctor en Derecho. Profesor Investigador de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma del Estado de México, México. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Nivel 1.
ORCID: 0000-0002-9817-6746. Correo electrónico: gaguilera@uaemex.mx

INTRODUCCIÓN

A partir de la reforma al sistema jurídico mexicano, publicada el 10 de junio de 2011, a través de la que se modifica la denominación del Capítulo I “De las Garantías Individuales” de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), actualmente denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, de conformidad con el marco jurídico internacional, se amplía el catálogo de derechos fundamentales, brindando una mayor protección a las personas, quienes ya no sólo gozan de los derechos humanos aceptados por la Constitución, sino que ahora también se observan los dispuestos en los Tratados Internacionales celebrados por el presidente con aprobación del senado.

Ante el nuevo “paradigma constitucional” (Olivé, 2013, p. 143), que transforma nuestro sistema jurídico desde sus conceptos y alcances hasta sus mecanismos e instrumentos de protección, se tiene por aceptada una nueva categoría de derechos e intereses difusos y colectivos, que, con base en los principios de igualdad y solidaridad, se sustentan de manera histórica en una tercera generación de los derechos humanos.

Por ello, el presente artículo tiene como finalidad identificar la efectividad normativa de los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos colectivos en México, a partir de un análisis comparativo que se haga de los ordenamientos de los países de América Latina tales como Brasil, Argentina y Colombia, toda vez que las leyes determinadas para atender el deber impuesto por el párrafo cuarto del artículo 17 de la CPEUM, en relación con las acciones colectivas; así como la figura del interés legítimo dispuesta en el artículo 107, fracción I, del citado ordenamiento, no son del todo adecuadas para garantizar una tutela efectiva de los derechos mencionados.

TEORÍA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Derivado del acontecimiento histórico por virtud del cual se dio plena aceptación y reconocimiento generalizado sobre los derechos humanos, su denominación se ha vuelto un término cotidiano del cual se acepta su significado, llegando a ser usado de manera indistinta.

En este sentido se hace notar el desafío que existe entre lo que se ha considerado y se puede considerar como derechos humanos, pues, por un lado, encontramos las posturas clásicas, como lo es la corriente “iusnaturalista”, desde la cual los derechos humanos se definen de la siguiente manera: “son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona” (CNDH, 2020).

En cambio, desde la corriente “iuspositivista”, los derechos humanos se encuentran reconocidos dentro del sistema jurídico por la Constitución, así como en diversas leyes y reglamentos, y dentro de diferentes instrumentos internacionales (tratados, convenciones, pactos, protocolos y declaraciones). Empero, en dichos documentos no se establece el significado y alcance de los derechos, lo que determina que no basta con enumerarlos y plasmarlos en un orden jurídico establecido, sino generar las condiciones para que los derechos sean eficaces.

No obstante, la corriente que será considerada para efectos de definir a los derechos colectivos, es la que considera a los derechos humanos como resultado de los movimientos históricos y las luchas que los han conquistado, esto es la historicista o también llamada por Karel Vasak (Moyano, 1995) “teoría generacional de los derechos humanos” (pp. 241-242).

Al respecto, este autor sostiene que la inspiración de la citada teoría descansa en los motivos que dieron lugar a la Revolución Francesa, la libertad, la igualdad y la fraternidad, en relación con los cuales podemos advertir las tres generaciones de derechos humanos.

Siendo en este caso, la primera generación de los derechos civiles y políticos, cuyos derechos se establecieron en los instrumentos jurídicos internacionales tales como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) y la Declaración de Derechos de Virginia (1776).

La segunda generación, en donde destacan los derechos económicos, sociales y culturales, que tienen su haber en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Por ende, la tercera generación de los derechos humanos se refiere a los derechos de hermandad o solidaridad, que tiene su apertura a través de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969) y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo¹ (1986):

Artículo 1.1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, 1986, Art.1.1).

Al respecto, el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), refiere lo siguiente:

Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su fe en los derechos fundamentales del hombre (...) y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² (1976), aborda lo siguiente:

1 Instrumento internacional proclamado por la “Asamblea General de las Naciones Unidas” (4 de diciembre de 1986), no tiene una vinculación jurídica con el Estado mexicano; sin embargo, se atiene a su observancia por ser miembro de la ONU (CNDH).

2 Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 23 de marzo de 1976, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 23 de junio de 1981, previa su ad-

(...) el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos (...).

No pasa desapercibida, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales³ (1960); la Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz⁴ (1984); la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y la Declaración de las Naciones Unidas para los derechos de los Pueblos Indígenas (2007), entre otros.

Como podemos ver las tres generaciones corresponden al momento histórico en que surgieron o fueron reconocidos por los Estados, a través de los diversos ordenamientos nacionales e internacionales, lo que no quiere decir que algunos derechos poseen mayor prioridad sobre otros, ya que todos tienen como finalidad la protección de la dignidad⁵ de las personas.

El surgimiento de tales derechos, trae como consecuencia, el rompiendo de la idea tradicional de que un derecho pertenece a un sólo individuo, ya que se trata de un derecho que sólo puede ser ejecutado por una colectividad, es decir, que sólo se aceptará a aquellos sujetos que pertenecen a una comunidad, un grupo, una nación, un pueblo, etc.

Al respecto, Rosales (2013) sostiene que el término correcto para referirse a los derechos colectivos es el que en algunas doctrinas se refiere a “derecho transindividual o derecho supraindividual” (pp. 32-33), lo cual se obtiene al identificar el elemento de titularidad de dichas colectividades, que no se encuentra en el derecho particular o en la sumatoria de tales derechos, sino en una comunidad íntegramente.

De tal forma, se corrobora la afirmación realizada por Karel Vasak, cuando sostiene que la tercera generación de los derechos humanos se inspira en una indudable noción de “la vida humana en comunidad” (Moyano, 1995, pp. 241-242), ya que como se percibe, la naturaleza de estas prerrogativas está estrictamente relacionada con el progreso y el desarrollo económico, social, cultural y político de todos los integrantes del grupo, ya sean estos individuos, naciones, entidades u órganos del poder público y privado, por lo que si no se ejercieran de forma colectiva, no se lograría el propósito de su fundamentación.

No obstante, comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles como lo es el aire, paisaje, medio ambiente sano, entre otros. Ferrer Mac-Gregor (Rosales, 2013), ofrece una distinción entre los derechos e intereses difusos y colectivos:

(...) su distinción fundamental consiste en que los primeros se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones

hesión el 23 de marzo de 1981 y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981 (CNDH).

3 Este documento no tiene una vinculación jurídica con el Estado mexicano; sin embargo, se atiene a su observancia por ser miembro de la ONU (CNDH).

4 A través de dicha declaración, se proclama que todos los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz y declara enfáticamente que proteger este derecho y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado.

5 El principio de la dignidad humana se puede entender como el eje rector ético y/o axiológico de los derechos constitucionales, por virtud del cual exigir al estado que realice, proteja y respete todos los derechos a favor de todas las personas de manera equitativa.

comunes; en cambio los derechos colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos (pp. 32-33).

A fin de dilucidar los conceptos, no se puede desatender a tal la distinción, por lo que, es propicio determinar que los derechos colectivos atienden a colectividades o grupos determinados, esto es, que los individuos que constituyen la titularidad colectiva del derecho se encuentran vinculadas por una relación jurídica previa, mientras que en los interés difusos aunque la titularidad del derechos se constituye de personas que no están vinculadas jurídicamente, sí lo están por razones de circunstancias de hecho, lo que en palabras de Gil (2004), refiere a aquellos intereses que “no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias” (p. 364).

Por lo que, independientemente de su origen, ambos comparten una característica propia de su género; una relación o vínculo de derecho y la indivisibilidad, lo que significa que tales derechos no pueden causar presunciones particulares, toda vez que no se dividen en partes atribuibles a los integrantes de la comunidad.

Así las cosas, los derechos colectivos se presentan como una nueva categoría de derechos humanos, atendiendo a “las nuevas necesidades del hombre y de la colectividad humana” (Gros, 1985, p. 13), que se van ajustando a los problemas que actualmente asechan a la humanidad, en tanto que su fortalecimiento descansa en un sentido común de solidaridad.⁶

A saber, dentro de dicha categoría encontramos la siguiente clasificación:

1. El Derecho a la paz;
2. El Derecho a la libre autodeterminación de los pueblos;
3. El Derecho al desarrollo;
4. El Derecho a la identidad nacional y cultural;
5. El Derecho al respeto y a la conservación de la diversidad cultural;
6. El Derecho a la cooperación internacional y regional;
7. El Derecho a un medio ambiente sano⁷;
8. El Derecho al equilibrio ecológico; y,
9. El Derecho al patrimonio común de la humanidad (Rojas, 2017, p. 80).

De lo anterior, se colige que los derechos colectivos o derechos humanos de la tercera generación subyacen en los principios de igualdad y solidaridad en atención a su fundamentación historicista, respecto de lo cual encontramos diversos instrumentos jurídicos internacionales que les han permitido su reconocimiento y aceptación general; así como que la persona nombrada para ejercer tal derecho es la sociedad, cuya vulneración resulta en intereses difusos y colectivos, por lo que, pese a su complicado contenido, esto también determina su evidente necesidad de que además de que dichos derechos relacionados con el progreso y el desarrollo, se reconozcan, promuevan, respeten, se garantice la plena eficacia de su tutela judicial, pues de lo contrario se contribuiría a una disminución y retroceso económico, social, político y cultural de la humanidad.

6 De acuerdo con lo establecido por las Naciones Unidas (1989, A/44/148).

7 Derecho consagrado en el cuarto párrafo del artículo 4 (DPEUM, 2019), en el que se dispone que “toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. Cabe precisar que la última reforma a dicha prerrogativa se realizó en 2012.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

América Latina, no sólo ha consumido ideas de afuera sino que ha contribuido a la creación de normatividades para la regulación de los derechos humanos, incluso se podrá advertir que en América Latina los derechos colectivos han sido reconocidos antes que los derechos políticos a nivel universal, tal es el caso de la aprobación de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (1948), en la IX Conferencia internacional americana, llevada a cabo en Bogotá, por medio de la que se determinó la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Siendo éste el primer convenio sobre derechos humanos, adelantándose seis meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Derivado de dicha aceptación y reconocimiento, algunos países han desarrollado instrumentos o figuras jurídicas en las constituciones y ordenamientos jurídicos, para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos, en este caso de los derechos colectivos, a efecto de que no sólo se establezcan en los distintos documentos jurídicos, sino que además se logren mediante una tutela efectiva. En este caso, se analizan algunas de las instituciones los países de Brasil, Argentina, Colombia y, obviamente, México.

El país que destaca en la protección de los derechos colectivos, es Brasil, quien desde 1985, adoptó las acciones colectivas,⁸ mediante la ley que llevaría el mismo nombre. No obstante, es hasta la “Ley número 7347 de Acción Civil Pública” (Gidi, 2004, pp. 17-29), en donde se despliegan todos los conceptos y deposiciones para hacer efectivas tales acciones, así como se estableció la diferencia entre derechos difusos y colectivos y se determinó las materias sobre las que habrán de ejercerse tales derechos, sin embargo, se dejó fuera a la vulneración de los derechos individuales de incidencia colectiva.

Es hasta 1990, cuando se publicó el Código de Defensa del Consumidor⁹ (Ley número 8,078), a través del que ya se regularon todos los derechos de naturaleza colectiva para cualquier materia. Referente a ello, mediante el segundo Título del citado Código, específicamente, en su numeral artículo 81, se precisó de manera legal y conceptual la clasificación en tres partes de los derechos de la tercera generación: “derechos colectivos, derechos difusos; los derechos colectivos en estricto sentido y los derechos individuales homogéneos” (Rosales, 2013, p. 28). Además, distingue entre los intereses y derechos de los consumidores que pueden ejercerse de manera individual y colectivamente.

Asimismo, en el dispositivo 82 señala las entidades legitimadas para ejercer los derechos de la tercera generación:

Art. 82. (...)

I. el Ministerio Público;

II. el Gobierno Federal, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal;

III. las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, inclusive sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la

8 Es preciso mencionar que la figura jurídica de las acciones colectivas tiene su origen en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América, *class action* (Rosales, 2013, p. 25), cuyas normas de procedibilidad eran exclusivamente en materia civil.

9 Ley Número 8, 078, de 11 de septiembre de 1990, que contiene las disposiciones acerca de la defensa y protección del consumidor, con base en el artículo 5, inciso XXII, artículo 170, inciso V, de la Constitución Federal y artículo 48 de sus transitorias.

defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código;
IV. las asociaciones legalmente constituidas desde hace por lo menos un año y que incluyan entre sus finalidades institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, dispensada la autorización de la asamblea.

De dicho Código, se subraya que no regula un tratamiento de preadmisibilidad o certificación,¹⁰ para el efecto de que antes radicarse la acción colectiva, se determine el cumplimiento de los requisitos de procedencia, se justifique la acción intentada por los integrantes del colectivo o en su caso si la litis del asunto es suficiente para tramitarlos por esta vía.

Por su parte, Argentina incorporó en la última de sus reformas constitucionales (1994), el denominado “amparo colectivo”, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 43.

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...).

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

En virtud de tal reforma, se amplió el ámbito de protección del amparo individual o clásico de Argentina, agregándose la posibilidad de que este mecanismo proceda contra todo acto de vulneración a los derechos humanos y, concretamente, los derechos relativos a la colectividad, como lo son el derecho al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor. En el que igualmente, se indicaron las personas legitimadas para su promoción.

En Colombia, es hasta 1991, por medio de la Constitución Política, en la que se configuran dos mecanismos de protección de los derechos colectivos, estas son, las “acciones populares y las acciones de grupo” (Ovalle, 2013, p. 1078). Sobresalen las “acciones populares” (Parra, 2004, pp. 112-113), por la materia de protección que persiguen, pues descansa en los derechos de la tercera generación tales como el derecho al medio ambiente; al patrimonio cultural de la nación; a la seguridad y salubridad públicas y los derechos de los consumidores y usuarios, así como por la manera de acercarse a las mismas, toda vez que se requiere de una totalidad de personas que hayan sufrido un menoscabo en su esfera jurídica en condiciones uniformes, contrario a las acciones de grupo, en donde se demanda la satisfacción de sus intereses particulares, para que se resuelva en su favor, por el detrimento que cada uno sufrió y se pague la indemnización a que haya lugar.

En México, es hasta el 2010, por virtud de la reforma al artículo 17 de la CPEUM, que se adicionó un tercer párrafo, actualmente cuarto párrafo, mediante el cual se dispuso la obligación del congreso para dictar las leyes que regularicen los mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales se tutelen los derechos colectivos, por el detrimento en su esfera jurídica, así como su tramitación y las estrategias para restituir el menoscabo.

10 Dicho procedimiento sí se encuentra regulado en México, específicamente, en el segundo párrafo del artículo 590 del Código Federal de Procedimientos Civiles (2012).

Artículo 17. (...)

El Congreso de la unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

A fin de ejecutar lo anterior, se adicionó al Código Federal de Procedimientos Civiles (2012) un Quinto Libro, al que se denomina “De las acciones colectivas”, por medio del cual se establecieron las disposiciones normativas referentes a los diversos conceptos de la materia, así como la regulación de la sustanciación del proceso de las acciones colectivas (artículos 587 a 602), y los medios de resolución y reparación del daño. Determinando que sólo se accionará al órgano jurisdiccional por actos que vulneren “relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente” (artículo 578), así como que dicha competencia corresponde de manera exclusiva a los “Tribunales Federales” (artículo 578); la distinción de los “derechos difusos, colectivos y derechos individuales de incidencia colectiva” (artículo 580) como objeto de tutela de las acciones colectivas; la clasificación de las acciones colectivas en “difusas, en estricto sentido e individuales homogéneas” para ejercer los derechos citados (artículo 581); las pretensiones de las acciones colectivas en “declarativas, constitutivas y de condena” (artículo 582); los principios que rigen los procesos colectivos compatibles con los “principios y objetivos de los procedimientos colectivos” (artículo 583); a tres años y seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño, los “plazos de prescripción de las acciones colectivas” (artículo 584); la legitimación activa a cargo de los siguientes sujetos:

Artículo 585. (...)

- I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia,
- II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros,
- III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código y
- IV. El Procurador General de la República

No pasa inadvertido que, con la finalidad de actuar con diligencia, la representación adecuada deberá observar el cumplimiento de “pericia y buena fe” de los intereses de la colectividad (artículo 586), así como el procedimiento de “certificación” (artículo 590), por medio del que la autoridad federal revisa el cumplimiento de los requisitos de procedencia (artículos 587 a 588).

Asimismo, con la incorporación del “interés legítimo individual y colectivo” a la fracción I del artículo 107 constitucional (2011) y más adelante, en la fracción I del artículo 5 de la Ley de Amparo (2013), se amplía la protección del juicio de amparo, favoreciendo de manera integral los derechos colectivos.

Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo:

- I. El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un dere-

cho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1º de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Al respecto, si bien, la Ley de Amparo amplía su protección atendiendo al marco jurídico internacional, lo cierto es que no se definió el concepto de interés legítimo, ya que sólo refiere que la afectación puede ser real y directa o en “especial situación frente al orden jurídico”, lo cual deja en estado de indefensión a las personas que se ubiquen en el supuesto citado.

El medio de control de la constitucionalidad¹¹ y de la convencionalidad¹² referido, es considerado la “garantía jurisdiccional por excelencia de tutela de derechos fundamentales en México” (Hernández, 2013, p. 81), por establecer en la Ley de Amparo (2018), las siguientes bondades: 1. La salvaguardar de los derechos humanos de los gobernados, de conformidad con el principio pro persona, por lo que favorezca al gobernado (artículo 1º fracción I); el control de la constitucionalidad y de la convencionalidad tanto de normas y de actos de autoridad” (artículo 1º fracción II); no sólo permite se promueve por actuaciones de la autoridad sino que ahora, también “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de la autoridad, que afecten derechos...” (Artículo 5, fracción II); de conformidad con el objetivo del juicio de amparo, se “restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado” (artículo 77, fracción I); además, la declaratoria de “suspensión de los actos reclamados”, incluso puede concederse con efectos restitutorios (Sección Tercera, Capítulo I, Segundo Título).

Posteriormente, el máximo Tribunal constitucional del país, la “Suprema Corte de Justicia de la Nación”, mediante la tesis de jurisprudencia XI.1o.A.T.J/10 (23 de septiembre de 2016), cuyo rubro es el siguiente: “INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS. SU TUTELA MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO”, estableció la diferencia conceptual entre los “derechos colectivos”, aquellos que se identifican con un grupo de personas determinadas que se encuentran relacionadas por un vínculo de derecho que atiende a una necesidad en común, de los “intereses difusos”, aquellos que pertenecen a un conjunto de personas determinadas o indeterminables, que se relacionan entre sí por un vínculo de hecho, cuya especial posición los lleva a juntarse para solicitar la protección del derecho en común.

Por medio de la tesis de jurisprudencia (LXXXIV/2018), que es del tenor literal siguiente: “SENTENCIAS DE AMPARO. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD ADMITE MODULACIONES CUANDO SE ACUDE AL JUICIO CON UN INTERÉS LEGÍTIMO DE NATURALEZA COLECTIVA”, se dilucida una

11 El juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad, en razón de su objetivo principal que consiste en “verificar la constitucionalidad de los actos provenientes de los poderes públicos y en caso de constatar que esta no existe, destruir los efectos del acto contrario a la constitución” (Covián, 2010, p. 25).

12 Después de la reforma del 2011, algunos tratadistas consideraron que, si bien jurídico tutelado del juicio de amparo son los “derechos humanos” plasmados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano, este debe definirse de la siguiente manera:

“Medio de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad que tiene por objeto resolver las controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de autoridad, y excepcionalmente de los particulares que violen los Derechos Humanos de los gobernados consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, manteniendo a las autoridades en el límite de sus respectivas competencias, para restituir al quejoso en el goce y respeto de sus derechos violados” (Alanís, 2018, p. 493).

de los grandes dudas que se presentan con la implementación del interés legítimo al juicio de amparo, ya que tradicionalmente éste se regía, entre otros principios, por el de agravio personal y directo y, el de la relatividad de las sentencias o mejor conocido como “fórmula otero”; entonces, ¿se negaría la procedencia del medio de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad a las colectividades que se adecuaban al supuesto normativo pretextándose la violación a tales principios? Al efecto, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, tal criterio permite que el derecho fundamental de acceso a la tutela jurisdiccional se potencialice para obtener la protección de los derechos colectivos.

La jurisprudencia 2a./J. 51/2019 (08 de marzo de 2019), cuyo rubro es el siguiente: “INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CPEUM”, permite identificar los elementos constitutivos y concurrentes para acreditar fehacientemente el interés legítimo en la acción de amparo, por lo que para el efecto de que el juicio de amparo sea procedente, es necesario que se acredite la existencia del derecho colectivo, la transgresión a dicho derecho y que el peticionario se aparte de la colectividad.

Como podemos ver cada uno de estos sistemas tiene aspectos peculiares de carácter autónomo, lo que no resulta extraño, pues si tomamos en cuenta que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos de Brasil y Argentina regulan en forma independiente dichos instrumentos en relación con las acciones colectivas o el amparo colectivo, también poseen ciertos principios comunes, tal es el caso de la configuración de los diversos conceptos, teorías, alcances y contenidos, que permiten estructurar un medio y/o instrumento de defensa de los derechos colectivos.

DEFICIENCIAS Y RETOS DEL ESTADO MEXICANO

En un análisis comparativo de los ordenamientos de los países de América Latina, en relación con los mecanismos de protección de los derechos colectivos; así como de la lectura que se haga tanto al Libro Quinto (artículos 576 al 626) del Código Federal de Procedimientos Civiles, en relación con las acciones colectivas como a la Ley de Amparo, respecto de la figura del interés legítimo, podremos advertir algunas deficiencias en nuestro país.

A diferencia de Argentina, quien desde 1994 protege mediante el amparo colectivo, contra todo acto de vulneración a los derechos humanos y, concretamente, los derechos relativos a la colectividad, como lo son el derecho al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, y de igual forma Colombia, a través de las acciones populares, defiende el derecho al medio ambiente; el derecho del patrimonio cultural de la nación; el derecho a la seguridad y salubridad públicas y los derechos de los consumidores y usuarios, en México, los ámbitos de protección de las acciones colectivas, se limita a aquellos actos que atenten contra los derechos colectivos sobre el consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente, dejando fuera a otros derechos colectivos como son: el derecho a la paz, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho a la identidad nacional y cultural, el derecho al respeto y la conservación de la diversidad cultural, el derecho a la cooperación internacional y regional, el derecho al equilibrio ecológico y el derecho al patrimonio común de la humanidad.

Por otra parte, contrario a lo que sucede en Brasil, los únicos Tribunales competentes para conocer de las acciones en comento en México, son los federales, cerrando la posibilidad a los tribunales primera instancia o instancia ordinaria para conocer sobre el asunto.

Como he dicho, el sistema jurídico Brasileño ha sido el primero no sólo para instrumentar medios de defensa de los derechos colectivos, sino que además es el precursor de toda la estructura dogmática que hoy en día observamos en las leyes mexicanas, sobre todo el Código Federal de Procedimientos, así en aquel sistema se identificaron en tres los derechos de la tercera generación: “derechos colectivos, derechos difusos; los derechos colectivos en estricto sentido y los derechos individuales homogéneos”. Por lo que, en el sistema jurídico mexicano, se intentó retratar lo mismo, sólo que aquí se clasificaron en dos partes: derechos e intereses difusos y colectivos y derechos e intereses individuales de incidencia colectiva y, en consecuencia, se hizo propicio distinguir el tipo de acciones colectivas bajo las cuales procederán los derechos calcificados, estas son, difusa, colectiva en sentido estricto e individual homogénea. No obstante, el legislador aún no ha determinado en el Código la diferencia conceptual entre lo que debe entenderse por intereses y por derechos, lo que sigue abonando en la complejidad de los mismos en los distintos ordenamientos y su tutela deficiente.

Los sujetos legitimados para ejercitar las acciones colectivas presentan ciertas restricciones y/o condiciones para el ejercicio de las acciones en comento, pues para que procedan las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, se debe cumplir con el requisito de “que existan al menos treinta miembros en la colectividad” (fracción III del artículo 588).

En el caso de México, sólo se contemplan las relaciones entre particulares establecidas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, con lo cual se impide a los sujetos con legitimación activa la posibilidad de promover acciones en contra de autoridades públicas por actos u omisiones que vulneren derechos colectivos, lo que no ocurre en el sistema Brasileño, pues como se ha visto, este destaca por la inexistencia de un procedimiento de certificación, haciendo innecesario que previo a dictar un acuerdo de admisibilidad, se determine y justifique la acción intentada por la colectividad.

Asimismo, no se especifican los principios que regirán los procesos colectivos, pues sólo se cita de manera muy somera que, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos, se atenderán los compatibles con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, lo cual se deja a responsabilidad e interpretación de autoridad jurisdiccional a la cabeza, dejando en total indefensión e incertidumbre jurídica.

Con relación a la figura del interés legítimo en el juicio de amparo, como se citó en párrafos anteriores, el legislador no precisó el contenido y alcance de dicha figura jurídica, empero, sí lo hizo a través de la jurisprudencia, estableciendo para tal efecto los requisitos que la colectividad habrá de cumplir para que la acción intentada proceda.¹³

En este tenor, la institución procesal del juicio de amparo se ha visto rebasada, por las diversas deficiencias que subsisten en relación con la figura del interés

13 En relación con la tesis de jurisprudencia 2a./J. 51/2019 (08 de marzo de 2019), cuyo rubro es del tenor literal siguiente: “INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS COMO REQUISITOS PARA PROMOVER EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CONFORME AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CPEUM”.

legítimo, aun después de nueve años de su incorporación en la Constitución, ya que no se ha configurado el amparo colectivo como tal, pero tampoco se ha esclarecido el *modus operandi* de la acción de amparo promovido por violaciones a los derechos de la tercera generación, dejando en un limbo jurídico a todas aquellas agrupación que se posicionan en un supuesto de tal magnitud y reclamen la inconstitucionalidad de una norma.

El juicio de amparo sobresale de las acciones colectivas, ya que con en el primero se podría llegar a una revisión de la constitucionalidad y de la convencionalidad, tanto de la norma como de los actos de autoridad o particulares, por lo que, sin dudarlo, el amparo otorga una protección más amplia a los titulares de derechos colectivos. Principalmente, porque el juicio de amparo se promueve no sólo contra actos de autoridades, sino también contra actos de particulares, por lo que se advierte una mayor defensa en cualquier tipo de vulneración de los derechos que comúnmente pudieran verse transgredidos por autoridades y excepcionalmente por particulares.

Por lo que hace a los efectos de reparación del daño, las acciones colectivas la buscan a través de “la restitución de las cosas al estado que guardaban”, sin embargo, a través del juicio de amparo, cuando el acto reclamado es de carácter positivo “se restituirá al quejoso en el pleno goce del derecho violado, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación” (LA, art. 77), lo que brinda una mayor certeza jurídica, por corresponder no sólo a uno de los efectos de un mecanismo de tutela sino que atiende a la finalidad primordial del medio de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de mérito.

Otra de las cosas que le brindan mayor ventaja al juicio de amparo es la “suspensión de los actos reclamados”, que en materia de acciones colectivas no existe.

Por supuesto que, de la sola lectura al Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles, se advierte lo técnico y complicado de la forma en que se plasmaron los requisitos de procedencia, lo que en el caso del juicio de amparo se reducen, pues sólo sería necesaria la acreditación de los elementos del interés legítimo para la procedencia del mismo.

Así las cosas, la reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación en 2010, por la que se adicionó un tercer párrafo, actualmente cuarto párrafo al artículo 17 de la CPEUM y se dictó la obligación que tiene el congreso para emitir leyes en las que se regulen las formas, maneras y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de los derechos colectivos, no son del todo adecuadas para garantizar una tutela efectiva.

Máxime que la Ley de Amparo, predomina una organización individualista,¹⁴ pues no existe un sólo apartado que regule con claridad los procedimientos que se habrán de seguir para hacer efectivos los derechos colectivos, dejando en estado de indefensión e incertidumbre a los gobernados, grupos e instituciones frente a los abusos de las grandes instituciones privadas que fungen como autoridad.

Aunque la reforma constitucional en relación con la defensa de derechos colectivos representa un avance en el sistema jurídico mexicano, al adoptar los conceptos de los diversos sistemas jurídicos precedentes de los países pioneros, para dotar de herramientas a la sociedad, a fin de brindar un mayor acceso a la justicia y defender por la vía jurisdiccional los derechos para los cuales el modelo tradicional de corte individualista ya no era oportuno, lo cierto es que como lo determinaron

14 Hasta antes de las reformas del 2010 y 2011, el ordenamiento jurídico mexicano se había sido organizado para proteger derechos e interés desde una perspectiva individual. Claro sin considerar a una rama del derecho, el social, en el que ya se contemplaban las acciones colectivas en materia agraria y laboral.

Morales y Elizalde (2018) “no revisa de forma exhaustiva las experiencias otorgadas a través del derecho comparado” (p. 49), ya que contrario a facilitar el acceso a la justicia colectiva, se observa una deficiencia en la precisión de los conceptos adoptados, pues en relación con las acciones colectivas, no se especificó la diferencia entre derechos e interés y, se restringió la tutela de dichos derechos a un cierto número de afectados, lo que no ocurre en el sistema brasileño del cual se presume fue adoptada nuestra regulación actual.

Por ello, se comparte uno de los postulados emitidos por Barajas (2013) cuando dice que “la legislación que la regula restringe otro derecho fundamental: la tutela judicial efectiva de derechos humanos de ejercicio colectivo” (p. 120), al disponerse de un procedimiento para acceder a los tribunales a defender nuestros derechos comunes sin realizar un verdadero análisis sobre el caso en particular y sin establecer las diferencias entre el juicio de amparo y las acciones colectivas, que comparten una legislación, aunque en el primero de los casos de manera supletoria, con diferentes normas de procedibilidad; por tanto, el legislador al ser ambiguo en cuanto a tales figuras procesales, no se tiene la certeza en ninguno de los casos de un proceso que evite actuaciones innecesarias y, en consecuencia, no se cumple con los objetivos de facilitar el acceso efectivo a la justicia, previstos en el propio artículo 17 de la Constitución y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con lo cual se deja en total estado de incertidumbre a los grupos y/o colectividades que se ajusten a la hipótesis normativa.

Al respecto, Gidi (Cruz, 2013) menciona que la “realización efectiva del derecho material y promover las políticas públicas del Estado” (p. 131), es uno de los objetivos de los mecanismos de protección de los derechos colectivos, la cual se alcanza de la siguiente manera:

Una, mediante la declaración judicial que corrige la situación irregular o ilícita que causa el daño al derecho colectivo, difuso o individual homogéneo, y otra, promoviendo socialmente el cumplimiento voluntario del derecho, pues desestimula la práctica de conductas ilícitas, por la amenaza de condena que puede representar una sentencia de la acción colectiva.

Actualmente, los vicios y las lagunas legales, como la interpretación rígida de las disposiciones normativas y las instituciones procesales que privilegian a las grandes corporaciones y no a las personas, se presentan como un obstáculo para que la tutela efectiva de los derechos humanos se ejerza de manera idónea.

Lo anterior es así, ya que no basta con el reconocimiento normativo de los derechos humanos en documentos nacionales e internacionales, sino que es necesario lograr una protección, ejercicio y garantía efectivos.

Por tanto, a efecto de que el sistema de impartición de justicia en México, se allegue de un mayor número de personas en relación con los postulados de los derechos humanos y que el entramado constitucional cumpla con sus objetivos de proteger la dignidad de los sectores más vulnerables de la sociedad, las normatividades desarrolladas a lo largo del presente trabajo deberán renovarse, a fin de que evitar restricciones, limitantes y que se niegue declaración judicial que corrija la violación al derecho colectivo.

No se soslaya que, los derechos de tercera generación, por su complejidad al relacionarse con el derecho a la paz, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho a la identidad nacional y cultural, el derecho al respeto y la conservación de la diversidad cultural, el derecho a la cooperación

internacional y regional, el derecho al equilibrio ecológico y el derecho al patrimonio común de la humanidad, pueden encontrar solución a través de las políticas públicas del Estado y su promoción social mediante el cumplimiento voluntario del derecho; sin embargo, ante la difícil tarea de lograr que se respeten los derechos humanos, se pugna por el carácter vinculatorio de condena que genera una resolución judicial, pues desestimula la práctica de conductas contrarias a la constitución.

Sobre este punto cabe citar a Luigi Ferrajoli (2010), quien pugna por el perfeccionamiento de las instituciones para conseguir mejor protección y defensa de los derechos humanos:

Todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, requieren una legislación de desarrollo que estipule sus garantías, ya que estas no se producen, como sucede con los derechos patrimoniales al mismo tiempo que los derechos garantizados (p. 112).

Lo citado permite ver que garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos mediante instituciones jurisdiccionales identificadas de manera clara y precisa, con los medios, formas y procedimientos que se habrán de seguir para acceder a las mismas, a través de disposiciones jurídicas que otorguen certeza y seguridad jurídica a la ciudadanía y se controlen los desbordes de los derechos fundamentales y en particular del principio de igualdad, permitiría fortalecer a la sociedad civil, dejando a un lado una visión individual.

CONCLUSIONES

En México, las reformas constitucionales que atienden la obligación sobre acciones colectivas, el interés legítimo y los derechos humanos, representan un gran avance en materia de acceso a la justicia, ya que termina con el individualismo jurídico y crea un nuevo sistema en el que se amplía la protección de los derechos humanos, ahora en beneficio de los derechos de ejercicio colectivo.

La implementación de las acciones colectivas e interés legítimo en el sistema jurídico mexicano, obligó a un análisis jurídico respecto a la identificación de los derechos e interés difusos y colectivos, mismos que teóricamente se relacionan con los derechos de tercera generación, permitiendo identificar que el vínculo que comparten es resultado de situaciones de hecho o de derecho.

Pese a que el sistema de defensa de los derechos colectivos en México, obedece a una adaptación de las experiencias otorgadas por otros sistemas jurídicos, en específico de los países de América Latina, lo cierto es que no revisa de forma exhaustiva las experiencias de estos; máxime que las leyes que regulan la protección de los derechos colectivos, por medio de las acciones colectivas y el juicio de amparo, no son del todo adecuadas para garantizar una defensa efectiva de los derechos de la tercera generación.

Actualmente, el sistema jurídico mexicano presenta grandes retos en la defensa de los derechos de la tercera generación, pues por un lado deberá otorgar certeza y seguridad jurídica a la ciudadanía, mediante instituciones jurisdiccionales ciertas, claras y precisas y, por el otro, definir cuál es la institución que más se acerca a tal objetivo, en este trabajo se precisa que el juicio de amparo es el medio al que con más frecuencia

y con mayor efectividad se recurre en defensa de los derechos fundamentales, por lo que, en cumplimiento de los fines constitucionales y convencionales de nuestra Carta Magna, el mismo tiene que renovarse para el efecto de proteger de manera integral a la persona humana, individual y colectivamente considerada.

REFERENCIAS

1. Alanís, J. D. (2018). *La eficacia del juicio de amparo como medio de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad a través de su interpretación jurisdiccional*. México: Fontamara.
2. Barajas, M. (2013). La construcción jurisprudencial de la tutela efectiva de los derechos humanos, a través del método del derecho comparado: clave del éxito de las acciones colectivas en México. En L. Castillo, y J. Murillo. (coords.), *Acciones Colectivas Reflexiones desde la judicatura*. México: PJF-CJF-IJF-EJ.
3. Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.senado.gov.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/Ley24430.pdf>
4. Código de Defensa del Consumidor de la República Federativa del Brasil, Ley número 8,078, del 11 septiembre de 1990. Recuperado de https://consumidor.justicia.gob.bo/pdf/leyes/ley_de_proteccion_al_consumidor_Brasil.pdf
5. Código Federal de Procedimientos Civiles. Última reforma publicada DOF 09-04-2012.
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Última reforma publicada DOF 09-08-2019.
7. Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.senado.gov.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/institucional/Ley24430.pdf>.
8. Covián, M. (2010). *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, México: Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional.
9. Cruz, E. (2013). Las acciones colectivas en México. En L. Castillo y J. Murillo. (coords.), *Acciones Colectivas Reflexiones desde la judicatura* (p. 131). México: PJF-CJF-IJF-EJ.
10. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por México el 10/12/1948.
11. Declaración sobre el derecho al desarrollo. Aprobada el 4 de diciembre de 1986, mediante Resolución 41/128, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightToDevelopment.aspx>.

12. Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz. Aprobada el 12 de noviembre de 1984, mediante Resolución 39/11 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RightOfPeoplesToPeace.aspx>.
13. Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Llevada a cabo Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del 3 al 14 de junio de 1992, mediante Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Recuperado de <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
14. Ferrajoli, L., Moreso, J. y Atienza, M. (2010). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México: Fontamara.
15. Gidi, A. (2004). *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo. México: UNAM.
16. Gil, R. (2004). *Derecho Procesal Constitucional*. México: Fundap.
17. Gros, Espiell, H. (1985). *Estudios sobre derechos humanos*. Caracas: Jurídica.
18. Hernández Flores, I. (2013). *Justicia para todos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
19. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 15-06-2018.
20. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Recuperado de <http://sitios.cndh.org.mx/instrumentos-internacionales/>
21. México. Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO). Acciones colectivas. Recuperado de <http://acolectivas.profecogob.mx>.
22. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Segunda Sala). Jurisprudencia 2a. /J. 51/2019 de 08 de marzo de 2019.
23. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Segunda Sala). Tesis LXXXIV/2018 de 21 de septiembre 2018.
24. Morales, C. y Elizalde, R. (2018). Los derechos difusos en México. Una mirada desde el Derecho Comparado. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, (23), pp. 27-50. Recuperado de [doi:http://dx.doi.org/10.32399/rdk.12.23.630](http://dx.doi.org/10.32399/rdk.12.23.630).
25. Moyano, C. (1995). Derecho a un medio ambiente sano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(82), pp. 241-242. Recuperado de [doi: http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1995.82.3323](http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1995.82.3323).

26. Naciones Unidas (ONU). Resolución A/44/148, de 15 de diciembre de 1989. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/44/148>.
27. Olivé, L. (2013). La Estructura de las Revoluciones Científicas: cincuenta años. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad –CTS*, 8(22), p. 143. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92425714007>.
28. Ovalle, J. (septiembre-diciembre de 2013). Legitimación en las acciones colectivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (138), pp. 1057-1092. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/427/42728900007.pdf>.
29. Parra, J. (2004). Algunas reflexiones sobre la Ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de acciones populares y acciones de grupo. En J. Ovalle. (coord.), *Acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo* (pp. 112-113). México: UNAM.
30. Rosales, J. (2013). Introducción a las acciones colectivas. En L. Castillo y J. Murillo. (coords.). *Acciones Colectivas Reflexiones desde la judicatura* (pp. 32-33). México: PJF-CJF-IJF-EJ.

El código de ética de la Universidad Autónoma del Estado de México: una realidad pertinente

The code of ethics and conduct of the Autonomous University of the State of México: a pertinent reality

RODOLFO TÉLLEZ CUEVAS*



Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

Hablar de códigos de ética dentro del sector público ha sido una práctica cotidiana. La realidad ha rebasado a las conductas simples y hoy es muy complejo el mundo del deber ser y de lo que se es, bajo esquemas donde la tendencia es que debe haber una idea deontológica bien consolidada al interior de las instituciones públicas y dentro de ellas las universidades, como lo es el caso del Código de Ética y Conducta de la Universidad Autónoma del Estado de México.

Palabras clave Código, Codificación, Código de Ética, Deontología, Axiología.

Abstract

Talking about Codes of Ethics within the public sector has become an everyday practice. Reality has exceeded simple behaviors and today is very complex the world of what should be and what is, under schemes where the tendency is that there must be a well-established deontological idea within public institutions and within them the universities, as is the case of the Code of Ethics and Conduct of the Autonomous University of the State of Mexico..

Key words Code, Codification, Code of Ethics, Deontology, Axiology.

*Doctor en Estudios Jurídicos. Profesor de Tiempo Completo, Centro Universitario Ne-zahualcóyotl, Universidad Autónoma del Estado de México, México.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8063-027X>. Correo electrónico: napoleon414@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Discernir sobre el Código de Ética y Conducta de una institución educativa nos remite a aspectos históricos, filosóficos, deontológicos y de otras áreas de las humanidades para comprender su ser como tal. Por ello, se plantea una interrogante, ¿este Código de Ética y Conducta de nuestra universidad, una vez que obtenemos los elementos a requerir para su adecuado éxito, dispondrá de los mismos elementos al interior de su estructura y en ese sentido no sea letra muerta? Dichos elementos de primera instancia son el objeto o fin, los principios y valores que va a conculcar y el deber que va a proteger jurídicamente. Por eso, se encuentra en el presente trabajo los antecedentes filosóficos, seguidos del estudio de los orígenes del código, la codificación y algunos códigos muestra. Posteriormente, se retoman aspectos de las ciencias médicas sobre la ética regulando a la profesión, como lo es la bioética. En una segunda parte y de forma directa se entrará a discernir y analizar el Código de Ética y Conducta de la UAEM en todas sus partes integrantes y enfocarlo de acuerdo a su estructura material. Las conclusiones darán respuesta del análisis hecho de tal instrumento y al final se muestran las fuentes consultadas para tal efecto.

ANTECEDENTES FILOSÓFICOS

De acuerdo con las definiciones tradicionales, en particular la de los filósofos contemporáneos, la Ética se refiere a la filosofía de la moral, al comportamiento que en griego sería el *Ethos* (Xirau, 1977, p. 470). En el plano teórico hubo diversos pensadores, entre ellos Aristóteles, quien dedicó a la moral dos obras: la *Ética Nicomáquea*, la cual se retoma para dar los lineamientos de la ética, y la *Ética a Eudemo*, que es la que más se aplica al *Ser* y es lo que en sí forma parte de la filosofía aristotélica; obvio, que delimitando la exclusiva para enfocarla con la ética (Xirau, 1977, pp. 68-69). La ética es un aspecto muy profundo, relativo al bien humano, al sentirse feliz con lo logrado, lo alcanzado o anhelado, para ello se requiere que el hombre disponga de una virtud mezclada con la fortaleza de sus acciones, pero al mismo tiempo debe de proliferar la templanza, que logre discernir dentro de las virtudes morales, lograr un entorno más justo (Aristóteles, 2000).

El bien humano es variado, lo cual implica que para cada hombre (indistinto hombre y/o mujer) lo perfila diferente, pues cada hombre tiene una forma particular en lograr o concebir el bien humano. Nos dice el estagirita que el que no tiene un peculio o procede de la nada, su prioridad o lo que le hará bien como ser humano,

será la riqueza, o para otros la salud, y así de acuerdo con sus estándares de prioridades (Aristóteles, 2000, p. 5).

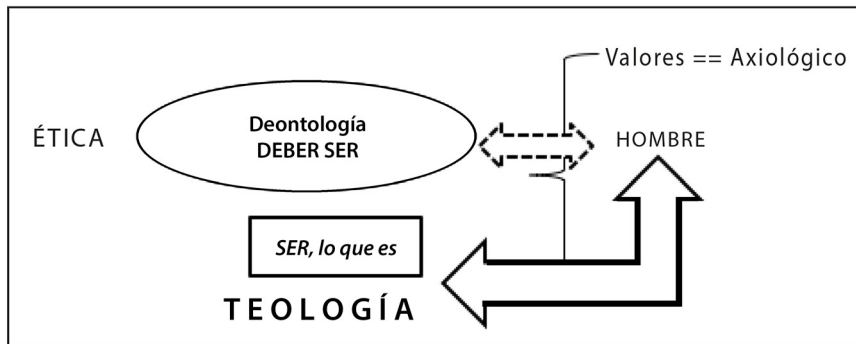
Determinamos que el bien es diferente de acuerdo con las otras “acciones y artes” –dice Aristóteles– y eso determina que el bien sea diferente en todas las partes (2000, p. 8), por eso (Aristóteles, 2000, p. XVII) la ética “mira al valor de la conducta humana; no al ‘hacer’, sino al ‘obrar’; al bien y al mal”. Es decir, que la ética lleva mucho de axiológico, pues los ejes de la conducta humana en cuanto a su valor son en más de las veces resultado de esos valores, que como ejes dan vida a la conducta humana racional y objetiva.

La virtud como esencia misma de la conducta humana hacia el bien humano es para nuestro filósofo ya intelectual o moral (Aristóteles, 2000, p. 18), siendo la primera –la virtud intelectual– producto de la praxis y el tiempo; en tanto que la segunda –virtud moral– está sugerida por la costumbre, y ambas virtudes se deben ejercitar y luego somos los arquitectos de la misma. Las virtudes morales son parte de la liberalidad que es una postura intermedia con respecto de los bienes económicos y aquélla se va a entender “según su fortuna” (Aristóteles, 2000, pp. 44-45). Así que la ética por eso se involucra con cuestiones económicas, que como lo sabemos en la praxis, hoy en día, el ambicionar una situación económica –verbigracia– lleva al ser humano a una situación altamente sugerente, y es ahí donde la virtud de la templanza y la fuerza de una resistencia opera en contra del insano deseo de poder corromperse y/o ir en contra de sus ideales y valores primigenios. Es una reflexión humana que buscaría la libertad y el ambiente es esencialmente determinante.

Según Alfonso Reyes (1994, p. 9), la moral y la ética no son lo mismo, puesto que aquélla era de origen latino; en tanto que la moral tiene un subyacente religioso para todos los credos, así todo “creyente hereda, pues, con su religión, una moral ya hecha”. Así tenemos que la moral y la religión tienen una esencia: el bien. Pero también la moral se funda en razonamientos mundanos y por eso requiere ser estudiada aparte de la ética. También los preceptos morales son de validez universal –dice Reyes– tanto para hombres y pueblos, y su objeto es asegurar el bien, que no debe estar confundido como el interés particular del ser humano. “El bien es un ideal de justicia y de virtud”, que puede imponer sacrificios muy altos, es decir, la apreciación del bien (Reyes, 1994, pp. 10-11, 21). La moral se explica a través de una educación moral, que refleja el entendimiento de “saber qué es lo principal”, qué debemos exigir; y secundariamente, lo que se debe tolerar del actuar u omisión de un individuo (Reyes, 1994, p. 20).

Así también y retomando la ética, la liberalidad y la fuerza de tomar una razón para llevarla a cabo, es importante como una de las virtudes morales que afronta la ética humana. Así se podría decir que la ética está vinculada a los bienes humanos y la virtud como parte de la fortaleza y la templanza de los hombres (Aristóteles, 2000). La ética es en esencia deontológica y como tal está inmersa en aspectos axiológicos, pero que, aplicada al terreno de la praxis, resulta más ontológica más primitivamente determinada con lo que se es, como una realidad concreta y que es consuetudinariamente reconocida como verdadera, como válida y legítima, que puede legalizar un contexto determinado en el actuar del hombre.

Cuadro 1. Nexos del ser por encima del deber ser y los valores



Fuente: Elaboración propia.

La ética es una esencia deontológica, de acuerdo con lo que debe ser o lo del deber y se plasma en el hombre, quien depura sus conductas a través de los valores que posee; sin embargo, lo que en realidad es o se es lo que la realidad nos dictan y hacer el actuar del hombre, quien puede disgregarse de sus valores para concentrarse en lo que hace y no lo que debiera hacer u omitir. La ética que es más compleja, no alude normas jurídicas, pues el derecho tiene otro entorno y una metodología creadora muy diferente de aquélla.

Desde la óptica filosófica, se pueden disertar una esencia ética y su integración metodológica, pero el ámbito jurídico es más específico, más sintetizado y depurado. Para esto hay que hablar de la Deontología en general, que es la carrera por el deber ser y en ese sentido, el derecho busca como uno de sus fines (y de sus conceptos jurídicos fundamentales), que la norma jurídica deba ser la adecuada y la aplicable en un momento determinado y con un contexto preciso, por eso el derecho es evolutivo, va con la praxis. Así que la esencia del derecho es deontológicamente, sustentada en “el concepto de deber ser (que) es fundamental, puesto que es un dato perteneciente a todo derecho posible” (Morineau, 1953, p. 44).

El derecho no es moral, ya que son dos cosas muy dispersas y en este tenor ambas están condicionadas; el derecho está condicionado a lo que debe ser de acuerdo con el entorno temporal y lo mismo se presenta con la moral. Pero eso no implica que el derecho sea moral (o, todo lo contrario) y en este sentido el derecho o la norma jurídica es una imputación cuando se lleva a la acción en contra de una conducta o para ordenar acciones u omisiones humanas (Morineau, 1953, p. 25). La norma jurídica tiene un fondo del deber ser fincado en un supuesto donde se puede y debe aplicar para poder concretizarse, para poder solidificar su aserto, su esencia vida de aplicación en un determinado momento. Dicho de otra manera y de acuerdo con Xirau (1977, p. 80), la ética individual se explicaría por lo que somos y no por lo que debemos ser dentro de los escenarios interno o social, por eso la moral individual (para nosotros ética) es inseparable a los aspectos sociales y políticos del entorno donde se vive (Xirau, 1977, p. 80), por eso en cierta razón se justifica que los Códigos de Ética tiendan a ser netamente más públicos y menos privados para las organizaciones e instituciones de este corte. Por esto, Aristóteles es muy realista al concebir su ética como permanente y no aparente, para con eso disfrutar de esa felicidad humana; empero, en el marco de los Códigos de Ética, estamos de acuerdo con el estagirita, pues en ellos la práctica y su creación debe estar tendiente para que perdure y sea permanente, no así que sea como aparente respuesta a una moda humano jurídica.

En otro tenor de ideas, los años noventa del siglo xx fueron una década que trajo consigo muchos cambios en las estructuras públicas y privadas, un reordenamiento de la geopolítica y el entorno político internacional; así mismo todos esos cambios obedecieron en una reingeniería de procesos e instituciones. Como se dijo, estos cambios se esparcieron, tanto en entes públicos como privados, lo que trajo como apogemas términos tan suigéneis como la globalización y algunos replanteamientos gubernamentales. Fue después de la Segunda Guerra Mundial, cuando dentro del sector de la salud —específicamente el médico— cuando aparecieron los primeros códigos de ética profesional, que perseguían la acción de los facultativos en relación con lo que deberían hacer respecto de sus pacientes; es decir, que se pasaba de un sistema mítico en cuanto a la consulta e intervención médica y la regulación de dicha conducta de los galenos, se pasó de un sistema mitificado en cuanto a la imagen del médico y una ordenación adecuada en un código práctico (Reisman, 1984, p. 33).

Empero desde el lado de una de las patologías contrarias a este tema, la codificación ética, debemos entender que “la característica más agobiante de los sistemas sociales es la integración de sus partes y la simbiosis inconsútil de controlador y controlado” (Reisman, 1984, p. 33) a través de un control legal. Es interesante como Reisman ubica el comportamiento humano, cuando retoma que se debe hacer una distinción entre el comportamiento de un grupo y las instituciones que pretenden controlar (lo harán de diferentes formas y la codificación ética es una de esas formas), “lo que el caudal de conducta debería ser” (Reisman, 1984). Así que, en la perspectiva de la corrupción de Reisman, identifica un sistema mítico y un código práctico, propios para entender un fenómeno más concreto, o que es el aspecto entrópico en que deviene la eticidad de los códigos con ese cariz, pero que deberíamos entender por un sistema mítico y un código práctico.

Tenemos que el sistema mítico del grupo al “sistema de normas de la imagen oficial (...) de un grupo” —o digámoslo también de una institución o ente sociopolítico y económico—; y de este sistema aparecen diversas normas (jurídicas para nuestro caso) que son parte de un código apropiado de conducta para la mayoría de los miembros del grupo (Reisman, 1984, p. 35); y en muchos casos es “su guía normativa”.

En el cuadro que se precede, vemos cómo existe un sistema mítico oficial, que en nuestro caso es el marco de referencia dentro de un marco jurídico —que para el caso de México es mixto, lo mismo tiene figuras juspositivas que remembranzas del *jusnaturalismo*¹ — y sabemos que están propugnando por la transparencia, ven a la solidaridad, la empatía, la limpieza en las acciones de gobierno; en tanto que los códigos oficiales, que son los apropiados, están siendo acatados por los gobernados; empero, como la ley per se no es suficiente, la ética ha venido a resolver el problema, quedando en la panacea de la cuestión. En este sentido, se convierte en un código oficial, porque de esa forma recompone la confianza y los valores dentro de un patrón considerado como único y aceptable (pero ausente desde hace unos años), y a final de todo el proceso cognoscitivo, el vencedor será el sistema oficial con un código oficial, es decir, que la codificación ética vendría a ser la más apropiada del grupo, y *sine qua non*, del mismo sistema oficial con un reflejo de sus normas y viceversa.

En consecuencia, será tan basto el número de códigos oficiales apropiados para cada actividad donde el hombre, pueda percibir en esos códigos el bien humano, la fortaleza y la virtud mismas de un cuerpo legal, con los nuevos valores dentro de sí, como parte de su estructura axiológica, como los que habíamos dicho de la

1 Nuestra Carta Magna, hoy en día y tras las reformas sucedáneas, es hoy por hoy una norma jurídica netamente mixta, al mezclar los derechos humanos al lado de las garantías individuales en un solo cuerpo jurídico, que es el cerebro del Estado mexicano.

solidaridad, la tolerancia, la transparencia y toda una gama de novedades lingüísticas, que a veces resultan tan fatuas.

CÓDIGO, CODIFICACIÓN Y LA CODIFICACIÓN RELIGIOSA

El origen de la palabra código tiene su derivación de *Codex* que era “un libro compacto y cosido en el lomo” (Tarello, 1984, pp. 274-275). Así mismo, dichos libros contenían materiales jurídicos de toda índole (es decir, que eran nuevos o viejos) y que eran recopilados por personas o autoridades y ellas les daban ese nombre, *codex* (Tarello, 1984, p. 275) dentro de los pueblos latinos² y para los alemanes era un libro de leyes; y aún hoy en día los juristas identifican al código como a la recopilación de materiales jurídicos propios de una materia.

No debemos dejar fuera de vista que el término es *codex*, en latín, y que se refiere a un contexto eminentemente jurídico; empero, el *Codex* tenía una etimología y ésta explica que “significa la corteza de un árbol, en sentido más amplio (...), se empleó para caracterizar cierto formato editorial constituido por varias tablillas de madera (en las cuales se escribía sobre ellas, después encerarlas)” y que se unían entre sí ya con la escritura, a través de cintas o anillos metálicos, asemejando lo que hoy serían las hojas del libro (Giménez-Candela, 1999, p. 22). Se cree que este tipo de *codex* era comunes y que a finales del siglo I d. C., estas tablas de corteza de árbol fueron sustituidas por pergamino, como en la cultura egipcia; dos siglos después, el código o *codex*, llega a tener una importancia como un simple libro, y así es reconocido desde entonces dentro del mundo jurídico a título de exclusividad, es decir, se decía *codex* era un libro jurídico (Giménez-Candela, 1999, p. 23). También hay que mencionar que una de las primeras formas de revolucionar el derecho y su estudio, fue a través de la creación de códigos nuevos que suplieran o destruyeran a los antiguos, y ese fue el caso de Justiniano que creó el *Corpus Juris Civilis* y con ello se dieron toda una serie de instrumentos creándose así la era de las codificaciones en el derecho romano (Merryman, 1997, pp. 25-41).

Como un dato de acotación, diremos que en el mundo hispano también se diversificó este uso de los *codex* o códigos, como el Fuero Juzgo, que es una traducción de la recopilación de lo que se conoció como *Liber Judiciorum* o *Codex Visigothorum* de la época visigoda y compilado bajo el reinado de Leovigildo I y después de sus sucesores (Azuela, 2005, p. 6) que lo reeditaron (esto hasta el siglo XII en lo que hoy es España). Por otro lado, será hasta el siglo XVII, en Leibniz, cuando el código va a adquirir un significado importante, pues se creó el primer código civil en 1811 en Austria y a partir de aquí hasta la actualidad, y como hoy le conocemos dentro del ámbito jurídico. Sin embargo, esta palabra –código– en otros lenguajes y áreas del conocimiento, ha adquirido diferentes concepciones referidas a “una clase de objetos” (Tarello, 1984, p. 275) como el código genético, un código de barras fiscal, el código Morse, entre otros, que distan de ser o estar prescritos y/o recopilados en libros compactos como el que se señala en un inicio de este apartado. En campos diversos tenemos que, desde la Sociología, es un código es un cuerpo “de prescripciones y prohibiciones socialmente reconocido y hecho cumplir” (Pratt, 2010, p. 44). Y también, en un momento determinado, se reconocen las costumbres formuladas como un ordenamiento sistémico y aquí tenemos como ejemplos, los Códigos de Hammurabi, de Manú y de Licurgo.

2 Código, Codice, Còde en español, italiano y francés, respectivamente.

La palabra codificación tiene varias connotaciones, lo mismo la podemos encontrar en el Derecho Romano, que como una descripción respecto de su integración o sus diferentes interpretaciones históricas y de otras índoles. Así mismo, para Giménez-Candela (1999), la Codificación es un aspecto de fijación del Derecho y que “consiste en la reunión sistemática de una pluralidad de fuentes jurídicas preexistentes en un cuerpo único de carácter totalizador y comprensivo” y sus características –de la codificación– serían para esta autora, las siguientes: 1. Es un cuerpo único que se refiere a un ámbito o sector jurídico específico, al que nosotros le damos el término de Unicidad; 2. Su contenido constituye “el derecho vigente en el ámbito respectivo”, al que podríamos dar la categoría de Vigencia; 3. Es fuente de derecho como tal, o lo que es lo mismo, surge como Fuente. 4. También se refiere a cuerpos jurídicos “independientes entre sí”, es decir, que hay Independencia; y, 5. Es la codificación en su forma de presentación Escrita (Giménez-Candela, 1999, p. 22).

Entonces, diremos que la codificación como una forma de categorizar al código, tienes las características siguientes: Unicidad, Vigencia, Fuente, Independencia y Escrita. Estas cualidades, bien podríamos aplicarlas a cualquier código o codificación, ya que es único en su especie y aborda normas jurídicas vigentes, siendo fuente de un derecho independiente, presentado por escrito. En otras palabras, es una compilación como fuente de cualquier derecho o rama del derecho (Margadant, 1983, p. 78). Y en el proceso de codificación, ésta es fincada normalmente a las ramas del derecho privado, empero, también al derecho penal, al derecho procesal y al derecho constitucional (Tarello, 1984, p. 276; Pratt, 2010, p. 44), de ahí que nuestra Constitución Política, entre otros nombres lleve el de Código de Códigos.³

Y ante lo referido, quién no recuerda al Código de Napoleón, que fue un parteaguas en la codificación moderna e incluso como fuente del derecho civil de muchas naciones, en especial la nuestra y las latinoamericanas. Pero no debemos dejar de largo u omitir que la presencia de la palabra Código se ha hecho indispen-

3 Ahora bien, si vemos otras áreas menos científicas, se encuentra que la codificación en un sentido deontológico también vio sus frutos en escritos religiosos, y por tal motivo consideramos a estos como otro antecedente (directo o indirecto) de la codificación o del código. Tales codificaciones serían los *Pilares fundamentales del islam* y los *Diez Mandamientos de Moisés*, por sólo mencionar dos de los que las religiones más importantes en el mundo antiguo. Deontológicamente, arguyendo a lo que ya se comentó, diremos que si aplicamos esta disciplina delinea el deber ser y en este sentido dichos lineamientos establecieron las conductas religiosas y de vida del cristianismo y el islam. En el caso del islam, el Corán, que significa recitación, y también se cuenta con los Cinco Pilares de la religión, mismos que son los siguientes: 1. La Sahada, que reconoce a Alá como dios único y a Mahoma como su profeta; 2. E Al-sa-lat, que es la prescripción de que deben rezar cinco veces al día, rumbo a La Meca postrados; 3. La Zakat, o el deber de la limosna al necesitado, siendo 2/3 partes del patrimonio del musulmán; 4. El Sawan, que es el ayuno durante la festividad del Ramadán y que incluye casi todo tipo de actividad, incluida la intimidad; y, 5. La Hadj, o peregrinación a la Meca, lugar sagrado del mundo musulmán (Téllez-Cuevas, 2007, pp. 70-71).

Los libros sagrados del judaísmo y de la cristiandad suelen ser varios y diversos (la Biblia, el más sagrado), pero sólo tomaremos las Tablas de Moisés con el decálogo, que se conoce como los Diez Mandamientos y que se supone lo que los fieles debían honrar y/o abstenerse de realizar. En este sentido, los Diez Mandamientos son parte del judaísmo y la cristiandad, debido a que esta última procedió de aquélla. Para los judíos lo que se conoce como Diez Mandamientos, ellos lo identifican como “Las Diez Palabras” (Diario Judío México, 2018). Ahora bien, pase-mos a darlos: 1. Amarás a Dios sobre todas las cosas; 2. No tomarás el nombre de Dios en vano; 3. Santificarás las fiestas; 4. Honrarás a tu padre y a tu madre; 5. No matarás; 6. No cometerás actos impuros; 7. No robarás; 8. No darás falsos testimonios ni mentirás; 9. No consentirás pensamientos ni deseos impuros; y, 10. No codiciarás los bienes ajenos.

sable para otras cosas humanas, como lo vimos en el ámbito de la biología humana como el código genético; como en las finanzas y lo fiscal con los códigos de barras; o los códigos matemáticos y los que se usan en la administración, y otras disciplinas, como el derecho mismo. Es en este tema donde tenemos que las profesiones –o algunas de ellas– han incursionado con sendos códigos reguladores de la conducta profesional de sus miembros. En la abogacía se describen algunos de ellos.

CÓDIGOS Y DECÁLOGOS DE ABOGADOS, Y OTROS

Una de las profesiones más importantes y antiguas de la humanidad, lo es la abogacía y como tal muchos pensadores –juristas o no– han tratado de que ésta se ejerza lo más cristalina posible. San Ivo de Kermartin (siglos XIII y XIV) fue considerado como el santo de los abogados y éste hizo un decálogo para los abogados, que es el siguiente: 1. El abogado debe estar consciente de que Dios es el protector de la justicia, por tanto, a él debe encomendar sus trabajos jurídicos; 2. No aceptar la defensa de casos injustos, ya que van en contra del decoro de la profesión; 3. Los gastos no deben ser excesivos para el cliente por parte del abogado; 4. Los medios ilícitos o aquéllos que son injustos no deben ser empleados por el abogado en ningún caso; 5. Cada caso que lleve, debe de tratarlo como si fuera suyo; 6. “No debe evitar trabajo ni tiempo para obtener la victoria” de su cliente; 7. No debe aceptar la defensa de más causas de las que pueda llevar; 8. Amar a la justicia y a la honradez; 9. El abogado no debe ser negligente, ni demorar en la atención a las causas de sus clientes; 10. El abogado debe ser sincero y lógico en las defensas de sus clientes (Sotomayor, 2008, p. 140).

Para el siglo XVIII, aparece San Alfonso María de Ligorio que además de abogado era caritativo y que escribió su Decálogo del abogado, con los siguientes puntos: 1. No es ilícito aceptar causas injustas; 2. No se deben usar medio ilícitos en las defensas; 3. No imponer al cliente pagos “que no sean obligados”; 4. Las causas deben hacerse y llevarse como las cosas propias; 5. Estudiar los procesos; 6. No debe de haber demoras ni negligencias del abogado, pues es en perjuicio de su cliente; 7. El abogado debe invocar a Dios en todas sus promociones; 8. No debe aceptar causas superiores a su talento, fuerzas y tiempo; 9. Debe tener una conducta justa y honesta; y, 10. Cuando por su negligencia un abogado pierde un caso, debe de indemnizar a su cliente (Sotomayor, 2008, pp. 141-142).

Daremos un decálogo sumamente importante del abogado uruguayo Eduardo J. Couture, redactó una receta de diez principios propios para el ejercicio de la abogacía: 1. Estudia; 2. Piensa; 3. Trabaja; 4. Lucha; 5. Sé leal; 6. Tolera; 7. Ten paciencia; 8. Ten fe; 9. Olvida; y, 10. Ama tu profesión (Sotomayor, 2008, pp. 143-144). Aunque el anterior decálogo está dirigido a abogados, consideramos que se puede aplicar a cualquier profesión, con las adecuaciones respectivas.

En general, la codificación hoy resulta un mundo de oportunidades para regular dentro del deber ser, todas o muchas de las acciones que realiza el ser humano a través ya del ejercicio profesional y/o las instituciones para regir a sus entes humanos y con ello dar certeza, celeridad y confianza al público en general, que está centrado, tanto pública como de forma privada y social. A veces, la actividad que se desarrolla es sumamente complicada y delicada, como lo es el caso de las operaciones que diariamente realizan los corredores de bolsa, en la sede de la Bolsa Mexicana de Valores y que se conoce como Código de Ética Profesional de la Comunidad Bursátil Mexicana de 1997. El objetivo de dicho código es el de “ser la base de actuación de todo profesional en este

mercado, promoviendo altos estándares de conducta ética y profesional a fin de preservar la integridad del mercado bursátil y proteger los intereses del público inversionista” (Código de Ética Profesional, 1997, p. 2). También, se asegura que los principios generales que establece el Código son: honestidad, integridad, diligencia, imparcialidad, probidad, buena fe y la credibilidad (Código de Ética Profesional, 1997, p. 3).⁴

La codificación ética es muy variada, pero los antecedentes, aunque los podemos rastrear en otros tiempos, la esencia misma la encontramos en el campo de las ciencias de la salud, cuando se consideró necesario regular la profesionalización de los galenos y sus auxiliares—las enfermeras— a fin de poder hacer más dinámica y responsable el ejercicio de esa actividad, de ahí que naviera la bioética, que a continuación trataremos.

LA BIOÉTICA

Durante los años noventa, en México, aparecieron diversos neologismos o palabras que se usaron —a partir de ese momento— como parte de varias categorías, rescatando así viejos esquemas culturales, sociales y hasta de las ciencias naturales y de la salud, que terminaron por crear nuevas condiciones y/o situaciones más globales en varios campos del actuar humano (Rodrigues y Porto, 2004, p. 615). Uno de esos es el que combinó a la ética con la biología, por ejemplo, dando paso al término Bioética, entre otros. Todo ello como una forma novedosa de incluir las ciencias humanísticas a las ciencias exactas y en específico a la medicina. Las enfermeras brasileñas Rodrigues y Porto (2004), nos dicen que la bioética aparece en los años 70⁵ del siglo xx, con la finalidad de rescatar a las ciencias humanas y enfocarlas a las ciencias exactas como las matemáticas, física, química y las ciencias médicas, y que fue un oncólogo estadounidense,⁶ quien acuñó tal vocablo.

Pero originalmente la bioética surge como una fuente de “*com a intenção de unir ciência e filosofia para promover a sobrevivência*” —con la intención de unir ciencia y filosofía para promover su supervivencia— humana. Posteriormente, globalizó la categoría a otras áreas como la ecología (Rodrigues y Porto, 2004, p. 616). La Bioética cumple una finalidad muy coherente, pues se “ha colocado en una continua búsqueda de la sabiduría, de la crítica, así como el uso de la información y del

4 Los puntos que aborda el Código son los siguientes: 1. Actúa de acuerdo con las disposiciones aplicables y las sanas prácticas de mercado; 2. Actúa con base en una conducta profesional íntegra que permita el desarrollo transparente y ordenado del mercado; 3. Haz prevalecer el interés de tu cliente; 4. Evita los conflictos entre tu interés personal y el de terceros; 5. Proporciona al mercado información veraz, clara, completa y oportuna; 6. Salvaguarda la confidencialidad de la información de los clientes; 7. No uses ni divulgues información privilegiada; y, 8. Compite en forma leal.

5 Hay que aclarar que en México el término empieza a aparecer efectivamente en los años 90 (como también lo señalan Rodrigues y Porto, 2004), aunque como se verá es veinte años antes que se acuñó.

6 “Em 1970 o oncologista americano Van Rensselaer Potter cunhou o neologismo Bioética para expressar uma nova ciência que deveria ser o elo de re-ligação entre as ciências empíricas e as ciências humanas, mais especificamente a ética. Essa união teria como finalidade a preservação da vida no planeta, visto que o desenvolvimento científico sem sabedoria poderia por em risco a própria vida na terra” (Rodrigues y Porto, 2004, pp. 615). Incluso el citado médico escribió un libro referente al tema: Potter, VR. *Bioethics: Bridge to the future*. Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall Inc, 1971.

conocimiento para mejorar las condiciones de vida y preservación de la misma. Y poder combinar humildad, responsabilidad y racionalidad, volcados tanto para el bienestar del individuo y aún más de la colectividad” (Rodrigues y Porto, 2004). Se podría decir que la aplicación de la ética en el área laboral –que no moral– es asociada a los valores de que disponga la institución. En otras palabras, sería: “en la práctica hipocrática se articularon armónicamente la *philanthropie* y la *philoteknie*, el amor al hombre y el amor al arte-ciencia, que desde entonces marcan los valores sustanciales de la ética de la práctica” profesional (Grupo Transfuncional en Ética Clínica, 2011; cursivas de los autores).

Las circunstancias determinan que la ética debe ser atendida como parte de un nuevo modelo reconfortante que funciones en el pensamiento de los futuros de las instituciones. Por otro lado, la ética es aquí tomada como un valor profesional y uno de ellos fue el de ética y con ella se empezó a hablar de reglamentaciones de ética laboral en algunas instituciones de orden privado.

Coligiendo este aspecto, encontramos que la creación de códigos de ética obedeció esencialmente a la regulación deontológica de la práctica médica o el campo de las ciencias de la salud (que también incluye a enfermeras). Y es en este sentido, esta área la pionera como en su momento lo ha sido la profesionalización de algunos sectores de la administración pública federal (nos referimos al servicio civil de carrera en el ámbito diplomático).

En el sentido de cómo se han desarrollado los códigos de ética, diremos –parafraseando a Pratt– que son: “ordenación sistemática de principios, normas y reglas establecidos por un grupo profesional o cuasi-profesional, para su propia vida, con el fin de regular y dirigir la conducta moral de sus miembros o sus relaciones mutuas” (2010: 44). Sin embargo, el mismo autor, nos indica que la ética profesional es la “ordenación sistemática de costumbres o preceptos morales que se formulan para conseguir una mayor eficacia en la regulación social” y en este sentido podríamos hablar de un Código de ética profesional (Pratt, 2010, p. 44).

En los últimos años, de finales del siglo xx e inicios del presente, el tema de la ética pública, o el de las instituciones públicas se requieren dentro de las herramientas que se promueven desde la Transparencia internacional, enfocada a combatir, prevenir y evitar la corrupción en los gobiernos o las administraciones públicas del mundo (Diego Bautista, 2015a, p. 17); lo cual implica que ya en otras latitudes del mundo se ha venido trabajando desde la óptica de la ética pública –llamada así porque está enfocada a los entes gubernamentales y/o públicos, y en específico se “enfoca en la conducta de los servidores públicos”, en cuanto a sus comportamiento y a la inclusión de valores de servicio al público (Diego Bautista, 2015a, p. 19) –en España (Diego Bautista, 2015a, p. 18; Aldeguir, 2015), Finlandia y en este lado del mundo, se nos dice que Estados Unidos con su Ley de Ética Pública y una Oficina Ética de Gobierno. Y se tienen datos que el gobierno neoleonés ha realizado algo en materia de los elementos de la policía jurisdiccional (Diego Bautista, 2015a, pp. 17-18; Bustamante Campos, 2015). En este tenor de posturas y lo amplio del conocimiento de la ética, sobre infinidad de campos y áreas disciplinares del campo público, personal o institucional. También, se percibe a la ética como una herramienta reguladora de la conducta y una de las acciones que se han implementado son precisamente los Códigos de Ética o Códigos de Conducta –así nombrados indistintamente– para las instituciones (Diego Bautista, 2015b, p. 37). Pasemos a dar cuenta de

7 “A bioética portanto, coloca-se na contínua busca da sabedoria, da crítica, do uso da informação e do conhecimento para melhorar as condições de vida e preservação da mesma. É poder combinar humildade, responsabilidade e racionalidade, voltados tanto para o bem estar do indivíduo, quanto da coletividade”(traducción del autor).

la importancia que, para la Universidad Autónoma del Estado de México, tiene el haber implementado un código de ética y conducta, sin importar el purismo ético-filosófico.

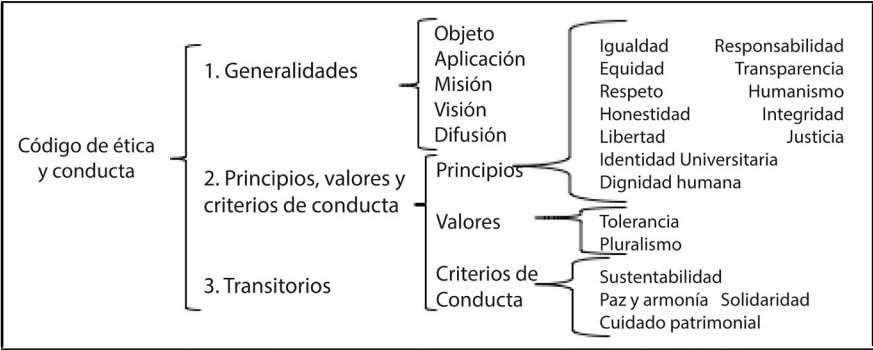
CÓDIGO DE ÉTICA.
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

En el seno del Consejo Universitario de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), el 25 de enero de 2018 se conformó de entre sus consejeros, el Comité de Ética y Conducta, quien sería el encargado de consultar, conocer, analizar y elaborar lo que hoy conocemos como Código de Ética y Conducta. Así las cosas, en su sesión del Consejo Universitario del 27 de abril de 2018 y a través de la Gaceta Universitaria, número 274 dio a conocer a toda la comunidad universitaria la publicación del Decreto por el que se expide el Código de Ética y Conducta (Gaceta, p. 72). Dicho instrumento tiene la estructura siguiente: 1. El Decreto; 2. La Exposición de Motivos; y, 3. El Código de Ética y Conducta.

El Decreto se concretiza en un sólo artículo donde se manifiesta la expedición del citado Código de Ética y Conducta; en la Exposición de Motivos se encuentra que el objeto del Código es la regulación de la conducta y propondrá la escala de valores, así como los estándares éticos y morales en su conjunto; también se habla del fomento hacia una cultura de ética y el respeto de los derechos de los universitarios.

El Código tiene un sustento mayor en un instrumento globalizador: el Plan General de Desarrollo de la Universidad Autónoma del Estado de México (2009-2021), que habla precisamente del avance ético que debe tener nuestra Alma Mater, para que se pueda dar respuesta a la sociedad con profesionistas mejor preparados, pero más éticos y responsables, pues ese es uno de sus compromisos: formar personas éticas. El Comité de Ética y Conducta previó el impulso, el fortalecimiento y la consolidación de la cultura ética, y que sea un reflejo de convivencia, armonía, de respeto y compromiso entre todos los que conforman la comunidad universitaria (Gaceta, p. 73). La estructura del Código de Ética y Conducta se estructura de la siguiente manera:

Cuadro 2. Estructura del Código de Ética y Conducta de la UAEM



Fuente. Elaboración propia con base en el Código de Ética y Conducta.

ELEMENTOS DEONTOLÓGICOS

En el primer apartado encontramos algunos de elementos deontológicos del Código de Ética y Conducta; es decir, lo que debe ser y están sobre las Generalidades: el Objeto, la Aplicación, la Misión y Visión y su Difusión serán parte esencial. Así que el objeto es “establecer el conjunto de disposiciones que contienen los principios y valores de carácter general, así como los criterios de conducta que orientan el comportamiento de cada integrante de la comunidad universitaria” (Gaceta, p. 73), que sirva para fortalecer una cultura ética que permita la convivencia armónica; esto en cuanto a la posibilidad de hacer cambios en la mentalidad de la comunidad universitaria a través de acciones éticas y con un sentido de convivencia sin que medien prejuicios u otras conductas ajenas a la misma convivencia armónica que se busca dentro de nuestra universidad (desde este momento se perfilan los aspectos axiológicos). Este sentido del objeto del Código obedece al elemento teleológico, es decir, como un fin que lo veremos plasmado también en la visión de éste, que es la de aplicar normas de conducta con el fin de renovarse la universidad éticamente. Respecto a su aplicación es orden general y obligatorio para toda la comunidad y autoridades universitarias (principio de generalidad y obligatoriedad, que debe tener toda norma jurídica). En cuanto a la misión, es un compromiso el comportamiento ético de toda la comunidad universitaria (en ella incluimos a docentes, alumnado, personal administrativo y autoridades universitarias), todo ello teniendo presentes los principios y los valores que se encierran en el instrumento. La visión del Código es la renovación, esa es la tarea que la UAEM ha destinado con una visión a futuro donde el “renovarse o morir” es la apuesta y se la consolida en este documento para toda la comunidad universitaria (Gaceta, 2018).

Y por último, le corresponderá al Comité de Ética y Conducta de la Universidad “(...) en cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, es el órgano encargado de la difusión del presente código entre la comunidad universitaria y las autoridades de la Institución y se constituye como la instancia universitaria competente para vigilar su cumplimiento” (Gaceta, p. 74). Este principio de publicidad que le corresponde al Comité es de sumo interés, pues para que deontológicamente se consolide el Código, pues también debe ser conocido por la comunidad universitaria en su totalidad, y si se sugiere algo, deben crearse Comités locales en las escuelas preparatorias, las facultades, los centros universitarios, las unidades académicas profesionales y demás áreas administrativas y de autoridades para que cumpla parte de su finalidad (elemento teleológico), el bien común de la misma Universidad y sus integrantes.

ELEMENTOS AXIOLÓGICOS

El segundo apartado, que habla de los elementos axiológicos (principios, valores y criterios de conducta). Y los divide en dos (aunque hay un tercer rubro que son los Criterios de Conducta, que versan sobre elementos teleológicos): los principios y los valores, aunque el Código los describe sin seguir un criterio formal, es decir, lo hace de manera aleatoria, y nos dice que los principios serán: igualdad, equidad, respeto, humildad, libertad, identidad universitaria, responsabilidad, humanismo, transparencia y rendición de cuentas, integridad y justicia, que serán tratados. La

igualdad, la equidad, el respeto, la honestidad, la libertad, la responsabilidad, la identidad (universitaria), humanismo, integridad, transparencia y rendición de cuentas, justicia y dignidad humana, son los doce principios que se mencionan.

1. *Igualdad.* La misma Constitución federal conculca a la igualdad y la reconoce como un derecho humano en forma de garantía y preservará esta última dentro del tejido social (Carpizo, 2003, pp. 484-485), sino que puede ir más allá de dichos planteamientos.⁸ Para los universitarios, la igualdad se ejerce a través de la imparcialidad, la no discriminación, así como la equidad y con ello omitir distinciones de ninguna índole, para buscar el respeto de la dignidad humana (Gaceta, p. 74). En cuanto a los factores de discriminación, en el instrumento se colocan a la raza, la nacionalidad, el origen, cultura, el sexo o la edad, las discapacidades, las condiciones sociales y económicas de la persona; su estado de salud, preferencias sexuales, religiosas y políticas, así como el estado civil entre los más comunes de entre la comunidad universitaria (Gaceta, p. 74). Este principio de igualdad se aplica a la misma universidad como institución, como a la comunidad universitaria que la integra, con el fin de promoverla, observarla y que haya abstención de agraviarla, todo ello en favor de una convivencia armónica entre Institución y Comunidad Universitaria, y entre sí misma (Gaceta, 2018), con lo que se aplica fehacientemente la axiología y la teleología mediante la convivencia armónica, es decir, que ambos serán los responsables de llevar a cabo la igualdad en todos los espacios y lugares de nuestra Alma Mater.
2. *Equidad.* Será el principio donde se apoyarán la justicia y la igualdad de oportunidades de entre la comunidad universitaria, a través de la “comprensión de las circunstancias y necesidades de los diversos sectores” de la comunidad. Así las oportunidades y posibilidades de desempeño serán iguales para todos los miembros de la Comunidad; también servirá para el logro de una afinidad entre los miembros universitarios, tanto que les permita acceder a diferentes programas y actividades que genere nuestra institución (Gaceta, 2018).
3. *Respeto.* Si se tiene igualdad y equidad, dichos principios serán el reflejo del respeto que hay entre la Comunidad, pues “implica el reconocimiento de la dignidad humana y los derechos de los demás”, que a la postre desembocarán en la tolerancia como un valor inalienable. Las etapas claves del respeto son la inclusión y la tolerancia. También se lo conoce como una demostración de conducta (Gaceta, 2018), ya que las opiniones divergentes o no, deben ser respetadas y luchar porque –en caso de disenso– se construyan los puentes para llegar a acuerdos latentes y concretos para dirimir esa línea que pueda darse entre los miembros de la Comunidad Universitaria.
4. *Honestidad.* Como principio (axiología) va a regir la rectitud de cada miembro universitario para fomentar la cultura de la confianza. Si nues-

8 De hecho la Constitución habla de igualdad en los artículos siguientes: artículo 2, Apartado A, Fracción III, y Apartado B; artículo 3, en la Fracción II, Inciso c, y en la Fracción IX, también Inciso c; artículo 5, Apartado B, Fracción V; artículo 20, Apartado A, Fracción V; artículo 27 Fracción XVII; artículo 32 quinto Párrafo; artículo 89 Fracción X; Artículo 115 Fracción II, Inciso a; y, artículo 123 Apartado A, Fracción XXV, Apartado B, Fracción VIII (Constitución Política, 2019).

tra regla de conducta es la rectitud y nos rige los actos u omisiones en que intervenimos, es dable que se genera confianza en rededor nuestro. Esto es uno de los pilares de los universitarios que a la postre serán los profesionistas que con honestidad deban actuar. La honestidad debe ejercitarse responsablemente, con rectitud e integridad, para que se garanticen condiciones de certeza y veracidad, que es lo que se busca en la formación del profesionista (teleología) una vez que se desenvuelva en el campo laboral y/o social (Gaceta, 2018, p. 75).

5. *Libertad.* Un principio que es muy reconocido es la libertad, puesto que también es algo que nuestra Carta Magna ⁹ reconoce, garantiza (Carpi-
zo, 2003, p. 485) y defiende. El insigne maestro Ignacio Burgoa (1999,
p. 531) nos dice y resume la libertad al decir que “la libertad social u
objetiva del hombre se revela como la potestad consiente en realizar
trascendentemente los fines que él mismo se forja por conducto de los
medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su
actuación externa, la cual sólo deben tener las restricciones que esta-
blezca la ley en aras de un interés social o estatal o de uno privado”.
Para el instrumento deontológico de la UAEM, la libertad es un principio
Supremo, el cual “defiende la capacidad de elección del ser humano y que
dentro del contexto universitario se erige como la posibilidad de expresar
sin restricción las ideas, los pensamientos o la impartición de cátedra” (Ga-
ceta, p. 76). También debe propiciar acciones prácticas, creativas y partici-
pativas para crear un criterio propio y autónomo por parte de los miembros
de la Comunidad Universitaria; ello también, puede darles la pauta para
tomar las mejores decisiones y resolver las situaciones no sólo académicas,
sino también de todo orden en su devenir personal (Gaceta, p. 77).
En este principio se vuelcan las categorías de lo que debe ser o la deon-
tología (capacidad de elección) y en sí la libertad es axiológico como
tal, en el entendido ontológico de que “se erige como la posibilidad de
expresar sin restricción...”, de ahí que haya un binomio cuando se tiene
la posibilidad o no (deontológico) de expresar –lo que el individuo– cree
como lo lógico o lo razonado (ontológico) al ser o no expresado de tal
o cual forma. Por otro lado, nos habla del libre albedrío, que se puede
entender “como la capacidad de escoger y la libertad como dominio de sí
y liberación de las pasiones” (Xirau, 1977, p. 474).
6. *Responsabilidad.* Como principio se enfoca a la capacidad del individuo
para asumir las consecuencias de sus actos u omisiones (en todo el código
se enfoca a acciones, pero también se pueden cometer omisiones, es algo
que acotamos como parte del análisis). El discernimiento libre autónomo
y crítico de los miembros de la Comunidad Universitaria es uno de los
pilares de este principio (Gaceta, p. 77). Esta responsabilidad es asumir
retos y así mismo los resultados de las acciones u omisiones por parte de
la Comunidad Universitaria.

9 La libertad no sólo se considera una garantía para el gobernado, sino que abar-
ca otras áreas constitucionales, mismas que se plasman en los numerales constitucionales
siguientes: artículo 1, Cuarto y Quinto párrafos; artículo 3 Fracciones I y VII; artículo 4,
penúltimo Párrafo; artículo 5 primero y quinto Párrafos; artículo 6 Apartado B, Fracción
IV; artículo 7; artículo 14, artículo 16 Párrafos tercero, séptimo, décimo y décimo segundo;
artículo 18; artículo 19 tercer y cuarto Párrafos; artículo 20 Apartado B, Fracción IX; artículo
24; artículo 25; y, artículo 29 segundo Párrafo (Constitución Política, 2019).

7. *Identidad*. Específicamente este principio va asociado a la esencia de ser universitario e identificarse como tal; con sus símbolos y todo lo que nuestra universidad implica; es también “un sentido de reconocimiento de pertenencia” a la institución y ello va desde los colores verde y oro, el lema de esta, entre otros aspectos relativos. El reconocerse *uaemita* –término empleado por el actual rector, Dr. Alfredo Barrera Baca, en su segundo Informe de Actividades¹⁰ – se asocia a una institución casi bicentenaria y que ha dado prohombres no sólo al Estado de México, sino también a nivel nacional e internacional (Gaceta, 2018).
8. *Humanismo*. Las universidades se hicieron y fundaron al calor de la actividad humanista de pensadores y latinistas, filósofos y hombres de pensamiento y palabra; pioneros que enfrentaron al oscurantismo y el poco raciocinio de épocas muy rupestres y arcaicas que no quería y/o ignoraban los cambios evolutivos de la praxis humana. El humanismo como una corriente de pensamiento, que ponderó al ser humano como parte axial del universo, en él centró esta actitud y el revolucionario hecho de volver a las esencias humanas, como la belleza, la estética, la dicción y hasta las artes teologales. Sin embargo, para nuestra universidad este principio “rige el actuar (universitario...) mediante el cual sus integrantes haciendo uso de su capacidad de raciocinio y de un actuar responsable y respetuoso, reconocen y enaltecen los valores connaturales de sus semejantes” (Gaceta, p. 77). La preocupación por la vida humana es una de las esencias del humanismo, es decir, que el pensamiento –así visto– humanista, gravita en torno al hombre y su destino; es de por sí una escuela muy antigua y se pierde en la Grecia de los filósofos clásicos (Xirau, 1977, pp. 30-31).
9. *Integridad*. El mismo código se encarga de definir este principio: “mediante el cual quienes conforman la comunidad universitaria deben actuar bajo un rigor ético que sea congruente con los valores y principios universitarios, a fin de generar confianza y credibilidad en su interacción con las demás personas” (Gaceta, p. 78). Aquí la congruencia es vital para el cumplimiento de los valores y principios conculcados. También servirá para armonizar y unificar a veces criterios dispares y/o antagónicos, pero hacerlo con respeto mutuo. Habrá una interacción de grupo y ese grupo es nada menos que la Comunidad Universitaria y las Autoridades.
10. *Transparencia y rendición de cuentas*. Este principio tiene su referente en la Ética pública, pues la ética y su vínculo con lo público está enfocada con la “honestidad (ya se tocó este axial), la prudencia, la libertad (punto axial), la justicia (otro axial), el bien común o la rendición de cuentas” (Diego Bautista, 2015b, p. 36; las cursivas son nuestras), y nosotros incluimos la transparencia, que el mismo Código la define como un garante a la sociedad para tener acceso a la información que se genera en la universidad, para dar confianza y credibilidad a aquélla respecto de la universidad. Para la transparencia y rendición de cuentas, son básicos la misión y la visión y con eso “eliminando cualquier acto de discrecionalidad y sin más límite que el que interponga el interés público y la protección de datos personales establecidos por la ley”, y con ello fomentando la confianza y credibilidad institucional (Gaceta, p. 78).
11. *Justicia*. Este principio es muy complejo, pues se puede decir mucho respecto a él, lo cual sería muy prolijo y podría gestar una gran variedad de trabajos

10 Presentado ante la Comunidad Universitaria el domingo 4 de marzo de 2019.

de campo. Ella es reconocida por la Comisión de Ética y Conducta, como la que “implica que a cada integrante de la comunidad universitaria le sean respetados y reconocidos los derechos que se le son propios como parte de la Universidad, así como los derechos humanos y el ejercicio de las libertades, evitando actos discriminatorios o preferenciales que les impidan actuar con equidad e imparcialidad” (Gaceta, p. 78). Con justicia también va aparejada la equidad (elemento axial ya comentado) para promover los principios y valores —que tocaremos más adelante. Y dentro de ese marco de justicia los postulados de este apartado de principios —los últimos, por cierto—. Otros principios con los cuales se asocia la justicia es con la igualdad, la reciprocidad y la equidad, siendo partes de esta axiología dos de las tres (Gaceta, 2018). Como se dijo al principio se puede concebir también como el ideal del Derecho o como un “objetivo abstracto al que la administración del derecho, o en el mejor de los casos, se aproxima” (Pratt, 2010, p. 164). De hecho, hay en derecho una corriente jusfilosófica que atiende todo lo referente de la justicia y es el iusnaturalismo. Para terminar, diremos que para Xirau (1977, p. 474) la justicia es la “virtud moral o social que está en base de la equidad” y es positiva cuando tiene su sustento en costumbres, lo cual nos habla de derecho natural, de ahí que se hable de los derechos humanos de segunda generación y que estos códigos sean parte de este ella.

12. *Dignidad Humana*. La dignidad como principio está referida como un atributo propio del ser humano. Le sirve para reconocerse como útil y valioso, y en consecuencia debe “ser aceptado y respetado por las demás personas”. En este caso, toca a la universidad fortalecer y reconocer el respeto al valor de las personas que integran su Comunidad Universitaria. Todo esto es importante para fomentar la cultura ética del respeto y el valor a todos y cada uno de los universitarios (Gaceta, p. 76).

LOS VALORES

Por lo que respecta de los valores, estos son: tolerancia, solidaridad, pluralismo y dignidad humana. Los valores son esencialmente del orden moral de la persona humana (Xirau, 1977, p. 480) y en el Código que nos ocupa, tendremos que explicarlos:

1. Tolerancia. Esta es un valor “social que conlleva el reconocimiento de la diversidad, teniendo implícito el respeto de las diferencias y la aceptación de la pluralidad de creencias, convicciones, prácticas e ideas de los demás, aun cuando sean contrarias a las propias”. Corresponde a la universidad el fomento, la promoción del respeto a las ideas, opiniones y creencias de la Comunidad Universitaria en general; esto debe hacerse diariamente, así que cada integrante debe ser tolerante en su devenir e interactuar diario dentro de la Comunidad Universitaria (Gaceta, p. 75).
2. Pluralismo. Es el pluralismo la “Condición mediante la cual se respeta y reconoce la existencia de diversas doctrinas, convicciones, pensamientos y creencias entre la comunidad universitaria”. Este pluralismo debe ser fomentado entre la comunidad, cuando haya una manifestación de ideas de forma incluyente para reconocer y aceptar las diferentes formas de pensar y actuar de la Comunidad

Universitaria. Todo esto va a garantizar el respeto y la libre manifestación de las ideas de toda la Comunidad Universitaria; así se garantiza el libre albedrío de los universitarios en los diferentes foros de nuestra Máxima Casa.

CRITERIOS DE CONDUCTA

Estos son los elementos que se deben tomar como referentes para conducirnos ante cualquier acción u omisión, dentro de un esquema determinado. Tenemos así que la solidaridad, la sustentabilidad, la paz y armonía, y el cuidado patrimonial. Pasemos a describirlos.

1. Solidaridad. Por solidaridad debemos entender la “actitud a través de la cual se genera un vínculo de empatía con las personas, reconociéndose unidos en la manifestación de los mismos intereses e ideales o en la solución de problemáticas diversas”. Por lo anterior, nuestra Casa de Estudios debe cumplir su objeto y fines, para con ello apoyar a la sociedad, a la cual puede atender de acuerdo con sus necesidades. El papel del universitario solidario es la de colaborar altruistamente ante las adversidades que aquejan a la sociedad y con ello tener la asertividad empática para con ella (Gaceta, p. 75).
2. Sustentabilidad. Esta palabra se ha puesto de moda no hace muchos años e implica uno de los nuevos roles que deben hacer las instituciones públicas y privadas; para el caso de la UAEM, debemos entender este concepto como el “Compromiso de minimizar el impacto ambiental derivado del desarrollo de las actividades de la comunidad universitaria, así como por el uso de los recursos naturales y materiales, adoptando una actitud de respeto, defensa y preservación del medio ambiente y de toda forma de vida” (Gaceta, pp. 75-76). Para el logro de esta conducta de compromiso la universidad tiene que incentivarla adecuadamente y de forma responsable, ya que se trata de los recursos naturales. También debe la universidad vincularse con los problemas sociales inherentes a los cambios de la biodiversidad y ambientales.
3. Paz y armonía. Aquí la conducta es de convivencia, donde se desarrollan las relaciones entre los universitarios, las cuales deben ser al amparo de la armonía y en paz, para que en todo momento se promueva el diálogo con respeto, solidaridad e integración, dando impulso a la ética como cultura universitaria. Tanto la paz como la armonía, son formas de conducirse para fomentar el “ambiente de integración”, buscándose así la interrelación dialogada, abierta con tintes de e incluyentes “evitando cualquier demostración de violencia o discriminación” (Gaceta, p. 76).
4. Cuidado patrimonial. La institución cuenta con todo un complejo patrimonio, mismo que incluye a los estudiantes, la infraestructura, e incluso la superestructura a través de la investigación, los recursos materiales con los cuales le da fin a su objetivo primordial. La universidad debe proteger y preservar, así como implementar acciones que le permitan administrar todo su patrimonio, de forma responsable y racional —más ahora que los paquetes fiscales y de inversión son más estrictos—; lo mismo debe exigir y alentar de entre la Comunidad Universitaria, para que realice lo propio y que cuide el patrimonio

de la universidad, que si éste se encuentra en excelente estado, servirá para un mejor desempeño de las funciones de la Casa de Estudios (Gaceta, p. 77).¹¹

CONCLUSIONES

1. Hablar de un Código de Ética y Conducta, nos remite necesariamente al análisis histórico del origen del código como instrumento legal; y en ese sentido el ámbito filosófico viene a dar paso a su esencia, al abordar a la ética, que desde un inicio debemos determinar que no es lo mismo que la moral. El origen del código y la codificación se hacen interesantes toda vez que conocimos cuál fue cuna y para qué servía. Aunque hoy en día, el código y la codificación tengan múltiples usos, que ya no son sólo del ámbito legal y/o filosófico, sino de otras disciplinas.
2. La ética debe ser vista desde el ámbito de varias categorías, como lo son la deontología (estudia el deber ser), la axiología (se refiere a los valores y principios), la ontología (que se limita al ser o lo que se es) y la teleología (que es el bien que se pretende tutelar). De esta forma, podremos averiguar –vía el análisis– cuáles son los elementos que deben ser incluidos en los códigos de ética y conducta. Y para nuestro caso, si aparecen dentro de la estructura del Código de Ética y Conducta de la UAEMéx.
3. La codificación cuenta con varias características, que la hacen ser un complejo núcleo de instrumentos jurídicos y de otra índole, mediante los cuales se pretende regular, regir y conducir el actuar del ser humano. Hoy en día la codificación ha llegado a las principales actividades públicas y privadas; o regulado a algunas profesiones y/o el actuar de los miembros de una institución, como la bioética o la misma ética pública con los códigos de ética como el que nos interesa.
4. Coligiendo. El Código de Ética y Conducta de la UAEMéx, cumple con todos los aspectos deontológicos, axiológicos, ontológicos y teleológicos que se requieren dentro de su estructura, y es importante, pues era un instrumento jurídico necesario ante los embates y necesidades de la globalización y los nuevos roles de participación social, así como la responsabilidad social que sustenta nuestra Máxima Casa de Estudios.

REFERENCIAS

1. Aldeguez, B. (2015). Ética pública aplicada y la gestión de la integridad. El caso español. En Diego Bautista, Óscar (coord.) (2015). *Ética pública frente a la corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C.

11 En el instrumento están tres transitorios habla de la expedición del citado Código de Ética y Conducta; el segundo, la orden de publicarse en la Gaceta Universitaria; y, el tercero deroga otras disposiciones con contenido similar al presente Código, que hubiere en la UAEMéx.

2. Aristóteles (2000). *Ética Nicomáquea*. México: Editorial Porrúa.
3. Azuela, M. (coord.) (2005). *La jurisprudencia en México*. México: Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia.
4. Burgoa, I. (1999). *Derecho constitucional mexicano*. México: Porrúa.
5. Bustamante, J. J. (2015). Policía investigadora: el modelo Hernán Guajardo, Nuevo León 1987-1989. En Diego Bautista, Óscar (coord.) (2015). *Ética pública frente a la corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C.
6. Carpizo, J. (2003). *Estudios constitucionales*. México: Porrúa.
7. Código de Ética Profesional de la Comunidad Bursátil Mexicana (1997), México: Bolsa Mexicana de Valores, S.A.B. de C.V.
8. Diego Bautista, Ó. (2015a). Introducción. En Diego Bautista, Óscar (coord.) (2015). *Ética pública frente a la corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C.
9. Diego Bautista, Ó. (2015b). Componentes para construir un marco ético preventivo contra la corrupción. En Diego Bautista, Óscar (coord.) (2015). *Ética pública frente a la corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C.
10. El Diario Judío México (2018). Recuperado de <https://diariojudio.com/opinion/el-codigo-moral-mas-famosa-del-mundo/151350/>.
11. Gaceta Universitaria (2018). Código de Ética y Conducta de la Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca: Secretaría de Rectoría, Universidad Autónoma del Estado de México.
12. Gaceta Universitaria (2018). Órgano oficial de publicación y difusión. No. 274, Toluca, México, Abril 2018. Recuperado de <http://web.uaemex.mx/gaceta/pdf/gacetas2018/Abril18-Web.pdf>, consultado el 07 de febrero de 2019.
13. Giménez-Candela, T. (1999). *Derecho privado romano*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch libros.
14. Grupo Transfuncional en Ética Clínica (2011), Valores en medicina: etnografía de sus representaciones en un hospital de cardiología en México. *Revista Cuicuilco*, 18 (52), septiembre-diciembre, México, pp. 115-132. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35124304008>, consultado en febrero 08 de 2019.
15. Lima, J. (2015). La Educación Crítica en Derechos Humanos como instrumento de la lucha contra la corrupción. En Diego Bautista, Óscar

- (coord.) (2015). *Ética pública frente a la corrupción. Instrumentos éticos de aplicación práctica*. México: Instituto de Administración Pública del Estado de México, A. C.
16. Margadant, G. (1983). *Derecho romano*. México: Editorial Esfinge.
 17. Merryman, J. H. (1997). *La tradición jurídica Romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica.
 18. Morineau, Ó. (1953). *Estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa.
 19. Pratt, H. (2010). *Diccionario de Sociología*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
 20. Reisman, W. N. (1984). *¿Remedios contra la corrupción? Cohecho, cruzadas y reformas*. México: Fondo de Cultura Económica.
 21. Reyes, A. (1994). *Cartilla moral*. México: Editorial Alianza Cien-CONACULTA.
 22. Rodrigues Nunes, C. R., Porto Nunes, A. (2004). Bioética. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 57(5), septiembre-octubre, Brasil: Associação Brasileira de Enfermagem, Brasília.
 23. Sotomayor, J. (2008). *La abogacía*. México: Editorial Porrúa.
 24. Tarello, G. (1984). Codificación. En Norberto Bobbio y Nicola Matteucci (coords.). *Diccionario de política*. Tomo 1, México: Editorial Siglo XXI.
 25. Téllez-Cuevas, R. (2007). El islam en la política internacional. Mitos y realidades. *Paraninfo universitario*, (14), septiembre, México: Centro Universitario UAEM Zumpango.
 26. Xirau, R. (1977). *Introducción a la Historia de la Filosofía*. México: UNAM.