

DERECHO Y BUEN GOBIERNO

COORDINADORES

DR. JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA / DR. RICARDO TAPIA VEGA
MTRO. BENJAMÍN APOLINAR VALENCIA



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

DERECHO Y BUEN GOBIERNO

COORDINADORES

DR. JUAN DE DIOS GONZÁLEZ IBARRA / DR. RICARDO TAPIA VEGA
MTRO. BENJAMÍN APOLINAR VALENCIA



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL
ESTADO DE MORELOS

Derecho y Buen Gobierno

Es una obra que forma parte de la Colección “Estudios Políticos” como un esfuerzo colectivo que encabeza el Consejo Editorial en coordinación con la Secretaría General; Secretaría de Servicios Parlamentarios; Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis; Centro de Estudios de las Finanzas Públicas; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública; Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias; Centro de Estudios para el Adelanto de las Mujeres y la Equidad de Género y Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria de la Cámara de Diputados.

Derecho y buen gobierno/, Coord.--

I. González Ibarra, Juan de Dios

II. Tapia Vega, Ricardo

III. Apolinar Valencia, Benjamín

ISBN:

978-607-8519-69-9

Primera edición. 2017

© LXIII Legislatura de la H. Cámara de Diputados

Av. Congreso de la Unión Núm. 66

Edificio E, Planta Baja

Col. El Parque

Ciudad de México

Tel. 50360000 ext. 51091 y 51092

www.diputados.gob.mx

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las Leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante cualquier alquiler o préstamos públicos.

Impreso y hecho en México.

Printed and made in Mexico.

ARBITRAJE DE LA OBRA:

Doctor **Aristides Obando Cabezas**, catedrático de la Universidad del Cauca, Colombia.

Doctor **Gabriel Real Ferrer**, catedrático de la Universidad de Alicante, España.

PRÓLOGO:

Diputado Federal Javier Edmundo Bolaños Aguilar

COORDINADORES:

Doctores en Derecho Ricardo Tapia Vega y Juan de Dios González Ibarra, y

Maestro en Ciencias Penales Benjamín Apolinar Valencia

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial y el autor.

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA**

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

Dip. Marko Antonio Cortés Mendoza

Presidente y Coordinador del Grupo Parlamentario del PAN

Dip. César Camacho

Coordinador del Grupo Parlamentario del PRI

Dip. Francisco Martínez Neri

Coordinador del Grupo Parlamentario del PRD

Dip. Jesús Sesma Suárez

Coordinador del Grupo Parlamentario del PVEM

Dip. Norma Rocío Nahle García

Coordinadora del Grupo Parlamentario de MORENA

Dip. José Clemente Castañeda Hoefflich

Coordinador del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano

Dip. Luis Alfredo Valles Mendoza

Coordinador del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza

Dip. Alejandro González Murillo

Coordinador del Grupo Parlamentario de Encuentro Social

MESA DIRECTIVA

Dip. Jorge Carlos Ramírez Marín

Presidente

Dip. Martha Hilda González Calderón

Dip. Edmundo Javier Bolaños Aguilar

Dip. Arturo Santana Alfaro

Dip. María Ávila Serna

Vicepresidentes

Dip. Marco Antonio Aguilar Yunes

Dip. Alejandra Noemí Reynoso Sánchez

Dip. Isaura Ivanova Pool Pech

Dip. Andrés Fernández del Valle Laisequilla

Dip. Ernestina Godoy Ramos

Dip. Verónica Delgadillo García

Dip. María Eugenia Ocampo Bedolla

Dip. Ana Guadalupe Perea Santos

Secretarios

**H. CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA**

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTA

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN

Dip. Emma Margarita Alemán Olvera, *titular*.
Dip. Luz Argelia Paniagua Figueroa, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI

Dip. Adriana Ortiz Lanz, *titular*.
Dip. Miriam Dennis Ibarra Rangel, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRD

Dip. Ángel II Alanís Pedraza, *titular*.
Dip. Victoriano Wences Real, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DEL PVEM

Dip. Alma Lucia Arzaluz Alonso, *titular*.
Dip. José Refugio Sandoval Rodríguez, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE MORENA

Dip. Patricia Elena Aceves Pastrana, *titular*.
Dip. Virgilio Dante Caballero Pedraza, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE MOVIMIENTO CIUDADANO

Dip. René Cervera García, *titular*.
Dip. María Candelaria Ochoa Avalos, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE NUEVA ALIANZA

Dip. Carmen Victoria Campa Almaral, *titular*.
Dip. Francisco Javier Pinto Torres, *suplente*.

GRUPO PARLAMENTARIO DE ENCUENTRO SOCIAL

Dip. Ana Guadalupe Perea Santos, *titular*.
Dip. Melissa Torres Sandoval, *suplente*.

SECRETARÍA GENERAL

Mtro. Mauricio Farah Gebara

SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

**DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIOS DE DOCUMENTACIÓN,
INFORMACIÓN Y ANÁLISIS**

Lic. José María Hernández Vallejo

**CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS
CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA
CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E INVESTIGACIONES**

PARLAMENTARIAS

**CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL ADELANTO DE LAS MUJERES Y LA
EQUIDAD DE GÉNERO**

**CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO RURAL SUSTENTABLE Y LA
SOBERANÍA ALIMENTARIA**

SECRETARIO TÉCNICO

Mtro. José Luis Camacho Vargas

ÍNDICE



PRÓLOGO

Dip. Javier Edmundo Bolaños Aguilar

México 15

REFLEXIONES SOBRE BUEN GOBIERNO Y MEDIO AMBIENTE SANO EN MÉXICO

Dr. Ricardo Tapia Vega

México 21

DERECHO AL AGUA Y BUEN VIVIR: DESAFÍOS PARA UN BUEN GOBIERNO

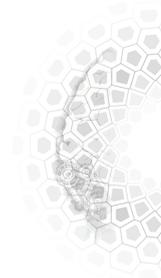
M. en D. Adriana Elizabeth Mora Bernal

Ecuador 47

ARRAIGO PENAL, UNA FORMA CONSTITUCIONAL DE TORTURA Y VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

M. en D. Benjamín Apolinar Valencia

México 69



MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y BUEN GOBIERNO

Dr. Rubén Toledo Orihuela

México 97

LA JURISRPUDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA, LA GOBERNANZA COMPLEJA ABIERTA PARA EL GOBIERNO

Dr. Juan de Dios González Ibarra

México 115

POSTPOSITIVISMO COMO HERRAMIENTA DEL BUEN GOBIERNO Y RESPUESTA A LA DESIGUALDAD ECONÓMICO-JURÍDICA

M. en D. Barbara Edith Orihuela Rosas

M. en D. Edgar Athzel Carmona Arias

México 137

DE LA TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO ABORDADAS POR NORBERTO BOBBIO: APUNTES HISTÓRICOS PARA UNA REFLEXIÓN CRÍTICA

M. en D. Lizeth Juliana García Atra 165

ANÁLISIS INTRODUCTORIO SOBRE LA GOBERNANZA PARA UN BUEN GOBIERNO

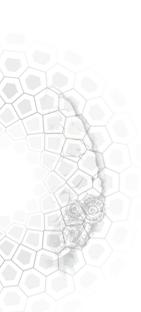
Dra. Daniela Cerva Cerna

Chile 183

EL DESENTENDIMIENTO DEL *DEMOS*

M. en D. Alejandro Castañeda Bonfil

México 207



PRESUPUESTO PÚBLICO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. UNA INTERACCIÓN DIALÓGICA HACIA EL BUEN GOBIERNO

Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez

México 229

BUEN GOBIERNO Y DERECHOS DE AUTOR

M. en D. Miriela Sosa González

Cuba 249

¿EXISTE UN SISTEMA DE PATENTE EUROPEO? ¿Y DE LA UNIÓN EUROPEA? APROXIMACIÓN A LA REALIDAD, CONCESIÓN Y PROTECCIÓN DE LA PATENTE EUROPEA.

Edmond Alexa

Rubén Cano Pérez

España 267

LA GOBERNANZA GLOBAL EN LOS ORGANISMOS REGULADORES DEL COMERCIO INTERNACIONAL

Dra. Tatiana Vanessa González Rivera

Nicaragua 285

PRÓLOGO



Es un gusto y un honor para mi el prologar ésta obra colectiva, fruto del esfuerzo de un grupo de insignes investigadores formados en universidades iberoamericanas, reunidos a partir del poder de convocatoria que han logrado los académicos de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, cuyo Doctorado en Derecho se encuentra dentro del selecto grupo de doctorados¹ certificados como Programas Nacionales de Posgrados de Calidad por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).²

La línea de investigación de ésta obra se refiere al derecho y al buen gobierno, lo cual evoca la idea de consecución de altos niveles de bien común para el desarrollo integral de la persona humana.



¹En desarrollo, consolidados y de competencia internacional.

²Integrado a la fecha en el país sólo por seis universidades: la Universidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, la Universidad Autónoma de Nayarit, la Universidad Autónoma de Nuevo León, y la Universidad Autónoma de Sinaloa. Véase el siguiente sitio de internet: http://svrtmp.main.conacyt.mx/ConsultasPNPC/listar_padron.php (consultado el 26 de julio de 2017).



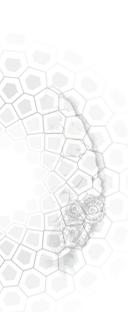
El libro presenta un total de trece artículos, dos de ellos escritos en coautoría; y de los cuales siete han sido elaborados por académicos mexicanos y los seis restantes por académicos extranjeros (de Ecuador, Colombia, Chile, Cuba, Nicaragua, Alemania y España).

Se inicia con el trabajo intitulado “Reflexiones sobre el buen gobierno y el derecho humano a un medio ambiente sano en México”, del doctor **Ricardo Tapia Vega**, de nuestro país, coordinador de la obra, el cual presenta un estudio profundo y a la vez sencillamente explicado, del derecho fundamental a un medio ambiente sano en México, en un paradigma de tuición de los derechos humanos, y en lo referente al ámbito competencial del poder ejecutivo, como gobierno.

Sigue el artículo denominado “Derecho al agua y buen vivir: desafíos para un buen gobierno”, de la maestra ecuatoriana **Adriana Elizabeth Mora Bernal**, en donde se nos presentan los desafíos respecto a la gobernabilidad que surgen de la protección del agua y el buen vivir, ubicando el acceso al vital líquido como un derecho humano en el contexto del sistema jurídico del Ecuador.

Continúa el tema “Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos”, del maestro mexicano **Benjamín Apolinar Valencia**, coordinador de la obra, en el que se presenta un estudio crítico-analítico del arraigo, en el que éste aparece como un instrumento de política criminal, poco eficaz, basado en la sospecha, que utiliza métodos intimidatorios y que colisiona con la normativa internacional de los derechos humanos.

A continuación está el artículo “Mediación en el ámbito familiar y buen gobierno” del doctor mexicano **Rubén Toledo Orihuela**, Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, en el que se expresa que un buen gobierno tiene en la mediación una posibilidad valiosísima para la solución alterna de los conflictos en materia familiar, y que se debe convertir en herramienta interdisciplinaria del cambio social.



1. Luego aparece el artículo “La jurisprudencia de la jurisprudencia, la gobernanza compleja abierta para el gobierno” del doctor mexicano **Juan de Dios González Ibarra**, coordinador de la obra, en el que se concluye que un gobierno abierto fortalece y mejora la calidad democrática, y que la jurisprudencia, epistémicamente, logra establecer en los casos concretos la equidad que la sociedad requiere para su mejor desarrollo.

2. Después se aprecia el artículo “Postpositivismo como herramienta del buen gobierno y respuesta a la desigualdad económico-jurídica” de los maestros mexicanos **Barbara Edith Orihuela Rosas** y **Edgar Athzel Carmona Arias**, en él se parte del problema de la desigualdad económico-jurídica, y se presenta al postpositivismo como herramienta para generar un buen gobierno y dirimir esa desigualdad, partiendo de un modelo de Estado constitucional que supone un sometimiento completo del poder al derecho y a la razón.

Subsiguientemente se encuentra el artículo “De la teoría de las formas de gobierno abordadas por Norberto Bobbio: apuntes históricos para una reflexión crítica” de la maestra colombiana **Lizeth Juliana García Atra**, donde se expone un estudio de la percepción histórica de las formas de gobierno a partir del pensamiento de Bobbio, y se propone en esa tesitura un aterrizaje crítico, argumentativo y hermenéutico en la construcción y aplicación de textos constitucionales acordes con las realidades y sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente en los países latinoamericanos.

Sigue el artículo “Análisis introductorio sobre la gobernanza para un buen gobierno”, de la doctora chilena **Daniela Cerva Cerna**, donde se dan a conocer los aspectos conceptuales y prácticos que explican el afianzamiento de la gobernanza como modelo de gestión pública, y se reflexiona sobre la emergencia en la aplicación de la noción de gobernanza y la relación con las políticas públicas, también se presentan debates sobre su aplicabilidad en base a los distintos enfoques explicativos que apuntan a fortalecer las acciones de un buen gobierno.



Continúa el artículo “El desentendimiento del *demos*” del maestro mexicano **Alejandro Castañeda Bonfil**, que parte de una concepción del gobierno del pueblo en el que las decisiones son para el bienestar del *demos*. Aquí el ideal democrático se presenta como potenciador de la participación de sus ciudadanos a través de principios mínimos tutelados por el Estado como son la igualdad, la libertad y la asociación.

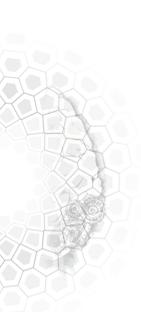
Luego, se presenta el artículo “Una interacción dialógica hacia el buen gobierno”, del doctor mexicano **Juan Manuel Gómez Rodríguez**, en el que el autor explora la relación entre la función constitucional de control presupuestal y la protección de los derechos sociales, desde la perspectiva del diseño o modelo de relaciones entre poderes públicos. Y a partir de un estudio crítico expone la ineficacia del actual sistema constitucional de pesos y contrapesos, proponiendo ponderar una relevancia en el papel del Poder Judicial como promotor de una interacción dialógica hacia el buen gobierno.

Se prosigue con el artículo “Buen gobierno y derechos de autor”, de la maestra cubana **Miriela Sosa González**, en el que se presentan contrastes interesantes en relación a la coexistencia entre los derechos de autor insertados en contenidos de información pública, y el derecho de acceso a esa información.

Luego aparece el artículo “¿Existe un sistema de patente europea? ¿y de la unión europea?

aproximación a la realidad, concesión y protección de la patente europea”, del maestro alemán **Edmond Alexa** y del maestro español **Rubén Cano Pérez**, en el que se estudia, a partir de un análisis de derecho europeo de patentes, que el buen gobierno es aquel que, en ese rubro, procura que los habitantes del territorio que administra estén a la vanguardia en la innovación y posean un mayor conocimiento.

Y se cierra con el artículo “La gobernanza global en los organismos reguladores del comercio internacional”, de la doctora nicaragüense **Tatiana Vanessa González Rivera**, en el que se habla de las crisis financieras, económicas y sociales actuales y sus secuelas, y se expone la idea, en la



globalidad, de un nuevo sistema de gobernanza mundial que pueda hacer frente esos problemas.

Así, ésta obra se muestra como un caleidoscopio de ideas serias que desde la academia dan a los operadores gubernativos sólidos elementos para mejorar su quehacer; al mismo tiempo, exterioriza un cúmulo de información altamente especializada y de actualidad sobre distintos tópicos relacionados al derecho y el buen gobierno, que sin duda resultará de gran valor para los estudiantes de las ciencias sociales y para el público en general.

Finalmente, destaco que ésta obra cuenta dos dictámenes arbitrales de calidad de pares académicos: el elaborado por el doctor **Aristides Obando Cabezas**, catedrático de la Universidad del Cauca, Colombia, y el elaborado por el Dr. **Gabriel Real Ferrer**, catedrático de la Universidad de Alicante, España, dictámenes que garantizan ampliamente la excelencia de la obra.

En ese contexto, seguro estoy que éste texto marcará un hito en el ámbito de los estudios académicos iberoamericanos relacionados al estudio jurídico del buen gobierno.

Ciudad de México, 26 julio de 2017.

Javier Edmundo Bolaños Aguilar
Diputado Federal, Vicepresidente de la Mesa Directiva
de la LXIII Legislatura de la Cámara de Diputados
del Congreso de la Unión.



REFLEXIONES SOBRE BUEN GOBIERNO Y MEDIO AMBIENTE SANO EN MÉXICO

Ricardo Tapia Vega³

Los derechos fundamentales y sus garantías, a manera de introducción

Los derechos humanos son el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona⁴; constituyen verdaderos límites a la soberanía o potestad estatal⁵, e incluso, a la autonomía de sus propios titulares⁶. Cuando estos derechos se positivizan en textos normativos fundamentales (Constituciones o Tratados Internacionales), se denominan derechos



³Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrático en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y en posgrado en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Especialista en “Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución”, en “Contratación pública, nuevas regulaciones y globalización”, y en “Nuevos escenarios de la responsabilidad civil” por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia@uaem.mx

⁴Cfr. Sitio de internet de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 15 de junio de 2017).

⁵Cfr. Cilia López, José Francisco, “Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad”, Ed. Porrúa, ed. 1a, México, 2015, pp. 22-23.

⁶Ferrajoli, Luigi, “Derechos y Garantías. La ley del más débil”, Ed. Trotta, ed. 7ª, Madrid, España, 2010, p. 48.



fundamentales, aunque los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” no en pocas ocasiones suelen usarse como sinónimos.

En relación a las garantías, y siguiendo a Ferrajoli⁷, es dable decir que son las previsiones del ordenamiento tendentes a reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, encaminadas a posibilitar la máxima eficiencia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional; las garantías son entonces los deberes correspondientes a dichos derechos, que constituyen obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión (garantías primarias); así como obligaciones de sanción, reparación y nulificación respecto de las violaciones a dichos derechos (garantías secundarias).

En ese tenor, existe una relación de subordinación entre derechos fundamentales y garantías, pues estas últimas solo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos⁸.

En México, el párrafo tercero de la Constitución constriñe a todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, a observar las siguientes garantías:

... tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.



⁷Cfr. *Ibidem*, pp. 25, 43 y 59.

⁸Ver tesis jurisprudencial XXVII.3o. J/14 (10a.), de observancia obligatoria, registro 2008815, 10 de abril de 2015, emitida en la 10ª época, por reiteración, por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito, bajo las ponencias de los magistrados Livia Lizbeth Larumbe Radilla y Juan Ramón Rodríguez Minaya, de rubro “DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN”.



El derecho fundamental al medio ambiente sano y sus garantías, en los Sistemas Comparados y en el Derecho Internacional

El derecho a un medio ambiente sano ha sido postulado en general en los órdenes constitucionales y convencionales, a partir de la segunda mitad del siglo XX, como un derecho fundamental.

En sede constitucional comparada, por citar algunos ejemplos, dicho derecho se encuentra consagrado en México en el párrafo quinto del artículo 4^o constitucional, en España en el artículo 45¹⁰ constitucional, y en China en el párrafo segundo del artículo 9¹¹ adicional constitucional.

Es interesante destacar que en Ecuador el derecho constitucional ha roto el paradigma antropocéntrico, apostando por una postura abierta a la totalidad de la vida y al entorno inmediato con el que nos relacionamos cotidianamente. Así, los artículos 71 al 74¹² de la nueva Constitución de 2008 de ese país señalan:

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.



⁹⁶Artículo 4...

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley

...

¹⁰Artículo 45

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

...

¹¹Artículo 9...

La protección ecológica y del medio ambiente deben recibir igual consideración que el desarrollo económico y tecnológico.

...

¹²Insertos en el Título II, relativo a los Derechos, y en el capítulo séptimo referente "Derechos de la naturaleza".



Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales.

Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir.

Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.



Respecto de la jurisprudencia constitucional comparada¹³, se observa, por ejemplo, que en México se ha resuelto que:

...el catálogo de derechos establecido en el artículo 4o., párrafo quinto, de la propia Constitución, que prevé el “derecho a un medio ambiente sano” y la “obligación del Estado de garantizarlo”, los cuales tienen que ser leídos no solamente en las varias expresiones de la facultad de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico, sino principalmente desde la facultad constitucional directa que establece el interés público directo y permite establecer modalidades a la propiedad...¹⁴

... la protección del medio ambiente es un objetivo legítimo en tanto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, en su artículo 4o., párrafo quinto, el derecho de todas las personas a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, y la obligación del Estado de garantizar el respeto a este derecho. De igual forma, en el artículo 1o. de la Constitución Federal se reconocen y protegen los derechos humanos de fuente internacional, derivados de los pactos internacionales que haya suscrito México, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, en el que igualmente se reconoce, en su artículo 12.2., entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad del derecho a la salud, las necesarias para el mejoramiento, en todos sus aspectos, de la higiene del trabajo y del medio ambiente. En ese sentido, es inconcuso que la protección del medio ambiente constituye un objetivo legítimo del Estado Mexicano para establecer barreras técnicas a la importación, pues tanto la Norma Fundamental como diversos tratados internacionales, incluido el de



¹³Por cuestiones de espacio, sólo se ejemplificará con jurisprudencia comparada de tres países.

¹⁴Ver tesis aislada 1a. LXXVII/2014 (10a.), de efecto orientador, registro 2005813, 7 de marzo de 2014, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro José Ramón Cossío Díaz, de rubro: “PROPIEDAD PRIVADA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE. SUS MODALIDADES”.



Libre Comercio de América del Norte, así lo reconocen; máxime si se tutela como un derecho humano de todas las personas¹⁵.

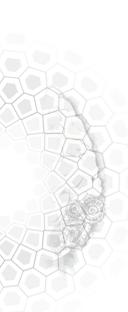
En Costa Rica se ha establecido que:

...

VII. - Del Área de Salud de la Unión. En cuanto el amparo se dirige contra el Área de Salud de la Unión del Ministerio de Salud, del informe dado por la Directora se desprende que ante la denuncia planteada por un vecino, el día 08 de diciembre se llevó una única inspección en enero donde no se constató evidencia de la actividad denunciada. Meses después, decide realizar una nueva inspección de seguimiento al lugar, por parte del funcionario del Ministerio de Salud, Eugenio Gonzáles Barboza, quien, mediante el Informe técnico N° CE-ARS-LU-RS-520-2015, se limita a apuntar de manera escueta que, en el momento de la inspección no se encuentra el predio denunciado en funcionamiento, por lo que recomienda que el caso se dé por cerrado. La recomendación fue acogida el mismo día mediante el oficio CE-ARS-LU-DA-662-2015 del Ministerio de Salud y se notifica al interesado el día 14 del mismo mes, por la resolución administraba: RES-096-2015, en la que se le dice al denunciante el resultado de las gestiones. Observa la Sala que bastó para el Área de Salud recurrida una visita al lugar en enero del presenta año y otra siete meses después, para recomendar desestimar la denuncia, sin tomar en cuenta que no era la primera vez que se evidenciaban los hechos acusados: ya en el año 2010 y en el 2014 se había constatado la actividad legal, que había dado pie al dictado de órdenes de clausura porque se realizaban actividades sin permisos que causan molestias y lesiones a los derechos de los vecinos



¹⁵Ver tesis aislada 1a. CCCXXXII/2013 (10a.), de efecto orientador, registro 2004969, noviembre de 2013, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, de rubro: “PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. CONSTITUYE UN OBJETIVO LEGÍTIMO DEL ESTADO MEXICANO PARA ESTABLECER BARRERAS TÉCNICAS A LA IMPORTACIÓN”.



del lugar. Tal ligereza en el actuar del Ministerio de Salud, para descartar la actividad de estacionamiento de buses y taller en el predio indicado, sin permisos, trajo como consecuencia que no adoptara medidas para impedir el actuar ilícito, que sí fue advertido días después, por funcionarios municipales. Como consecuencia procede acoger el recurso en cuanto se dirige contra el Ministerio de Salud, lo que en efecto se hace.

VIII.- De la falta de acceso al expediente. No logra desacreditar el amparado el informe de las autoridades municipales que niegan que haya solicitado información sobre lo denunciado, y que le haya sido negada, quedando esta acusación sin el sustento necesario para que sea estimado con lugar este extremo en la sentencia.

IX. - Conclusión. Lo procedente en este asunto es declarar parcialmente lugar el recurso por violación del principio de justicia pronta y cumplida en relación con el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, consagrado en los numerales 41 y 50 de la Constitución Política. En cuanto a la violación acusada al derecho de acceso al expediente procede desestimar el recurso, lo que en efecto se dispone.

X.- NOTA DEL MAGISTRADO SALAZAR ALVARADO. He coincidido con la posición sustentada por el Magistrado Jinesta Lobo en esta materia, por lo que, en asuntos ambientales, es también criterio del suscrito, de que si ya ha habido intervención de la Administración Pública, considero que su conocimiento y resolución corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, sí entro a conocer el fondo del asunto cuando están de por medio otros derechos de las personas afectadas por el foco de contaminación, entre ellos, la salud, la calidad de vida y el derecho a gozar de un ambiente sano y libre de contaminación (artículo 50, de la Constitución Política), tal y como sucede en este caso, que se acusa el uso indebido de un predio para estacionar autobuses que produce problemas de contaminación, con violación del derecho a disfrutar de



un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de un nivel digno de calidad de vida¹⁶.

En tanto que en Perú se ha conceptualizado que:

... 34....

Más allá de la búsqueda de los mecanismos antes mencionados, este Tribunal estima indispensable que las municipalidades y en general las instituciones públicas y privadas, promuevan dentro de su organización y en el respectivo ámbito ciudadano, sistemas de comunicación sobre los efectos del cambio climático y su importancia tanto en el Perú como en sus correspondientes circunscripciones, así como sistemas de educación sobre la responsabilidad socio-ambiental y las medidas de ecoeficiencia a nivel personal, familiar e institucional, que se pudieran implementar para fomentar un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida¹⁷.

...

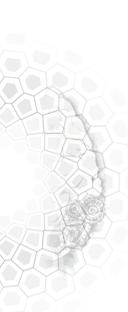
2. El medio ambiente como derecho fundamental y obligación del Estado

5. El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida se encuentra reconocido en el artículo 2.º, inciso 22) de la Constitución. Según su enunciado toda persona tiene la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad. De lo contrario su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. En ese sentido; el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se



¹⁶Ver Exp: 15-011985-0007-CO, Res. N° 2015013926, recurso de amparo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷Ver Exp. N.º 00004-2010-PI/TC, proceso de inconstitucionalidad, resuelto por el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.



encuentra ligado a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.

6. De otra parte este derecho también se concretiza en el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado, que entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y para los particulares de proceder de modo similar cuando sus actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

...

9. Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).

El Estado también debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de las personas y defender y restaurar el medio ambiente dañado, puesto que el desarrollo sostenible involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico del medio ambiente.

...

11. En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y



social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación. Por ello, en el artículo 67.º de la Constitución se reconoce que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Señala también la Constitución en su artículo 68.º, como deberes del Estado, entre otros, el de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales.

Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas.

...

14. De otra para, conviene precisar que el medio ambiente equilibrado y adecuado, por ser un interés común para toda la sociedad, constituye un bien público que ha de ser evaluado y ponderado por todos y cada uno de los ciudadanos. Por lo tanto quien realiza una actividad económica que incida directa o indirectamente sobre el medio ambiente debe probar que ésta no es contaminante, dañina o degradante para el medio ambiente.

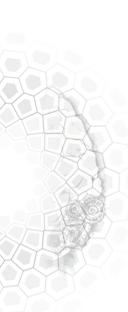
...¹⁸

Por lo que hace a sede convencional vinculante para México¹⁹, el derecho a un medio ambiente sano se encuentra consagrado en los artículos 12.2,



¹⁸Ver Exp. N.º 03048-2007-PA/TC, recurso de agravio constitucional, resuelto por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

¹⁹El Artículo 133 de la Constitución señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.



inciso b)²⁰ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11²¹ del Protocolo Adicional a la Convención

Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y en algunos otros tratados²².

Respecto de instrumentos regionales de otras latitudes, no vinculantes para México, destacan como referenciales comparativos los artículos 3.3²³ y 21.2 inciso f)²⁴ del Tratado de la Unión Europea.

Ahora, en lo tocante a la jurisprudencia interamericana²⁵, vinculante para México²⁶, cabe destacarse que en el caso Kawas Fernández Vs. Honduras



²⁰ Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

...
b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

...
²¹ Artículo 11 Derecho a un medio ambiente sano.

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

²² Algunos muy específicos como el Protocolo de Montreal, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, o el Protocolo de Kyoto, sobre el cambio climático y emisiones antropógenas.
“Artículo 3 (antiguo artículo 2 de dicho tratado)

- ...
3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

...
²⁴ Artículo 21...

2. La Unión definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de:

...
f) contribuir a elaborar medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales, para lograr el desarrollo sostenible;

...
²⁵ Por cuestiones de espacio, solo se ejemplificarán tres casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ahora, se aclara que las notas al pie de las transcripciones de dichos casos, son literalmente las contenidas originalmente en las resoluciones.

²⁶ Véase la tesis jurisprudencial P/J. 21/2014 (10a.), de observancia obligatoria, registro 2006225, 25 de abril de 2014, emitida en la 10ª época, por contradicción de tesis, por la el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, cuyo rubro dice: “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”.



(Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196), se establece que:

148. Además, como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal²⁷ y de la Corte Europea de Derechos Humanos²⁸, existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos²⁹ y las Naciones Unidas³⁰. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano³¹. Estos avances



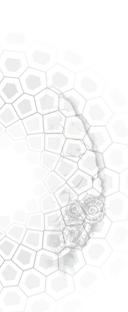
²⁷En particular, en casos contenciosos y medidas provisionales relativas a los derechos de miembros de pueblos indígenas y la conexión especial de estos con la tierra. Cfr. “Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador. Medidas Provisionales”. Resolución de la Corte del 17 de junio de 2005, considerando 9; “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 144, 149. “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 131, 137, y 141; “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. Fondo, Reparaciones y Costas”, *supra* nota 190, párrs. 118, 121 y 131; y “Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 121, 122, 123, 126, 128 y 146.

²⁸Cfr. “Corte Europea de Derechos Humanos, casos Guerra y otros v. Italia, (1998); López Ostra vs. España, (1994), y Fadeyeva vs. Russia”, (2005).

²⁹Cfr. OEA/Ser.P AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) “Derechos humanos y medio ambiente”, Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2001 (disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag01/agres_1819.htm) AG/RES. 1896 (XXXII-O/02) “Derechos humanos y medio ambiente en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2002 (disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag02/agres_1896.htm); AG/RES. 1926 (XXXIII-O/03) “Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003 (disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag03/agres_1926.htm); AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) “El agua, la salud y los derechos humanos”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007 (disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2349_XXXVII-O07.doc), y AG/RES. 2429 (XXXVIII-O/08) “Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas”, Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (disponible en: http://www.oas.org/DIL/ESP/AGRES_2429.doc).

³⁰Cfr. resolución 2005/60 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible”, aprobada el 10 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17 (disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-60.doc).

³¹Cfr. Constitución de la Nación Argentina, artículo 41; Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 225; Constitución de la República de Chile, artículo 19.8; Constitución de la República de Colombia, artículo 79; Constitución de la República de Ecuador, artículo 14; Constitución de Haití, artículos 253 y 254, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4; Constitución de la República de Nicaragua, artículo 60; Constitución de la República de Panamá, artículos 118 a 121; Constitución de la República del Paraguay, artículo 7, Constitución de la República de Perú, artículo 2.22; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 127.



en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador³².

Y en el caso de la comunidad La Cañamera vs. Chile, en el que se comprobó la contaminación del medio ambiente del vertedero de esa comunidad como producto de las emanaciones de gases tóxicos como arsénico, mercurio y plomo, con lo que se deterioró la salud de los habitantes de la comunidad ya indicada, se resolvió³³:

Y dispone, por unanimidad, que:

...

9. El Estado debe llevar a cabo el cierre del vertedero y la rehabilitación ambiental de conformidad con los términos fijados en el párrafo 34 de la presente sentencia.

...

Finalmente, es oportuno poner de relieve que a partir de la promoción de la idea de los derechos de la tierra, enarbollada por Bolivia a partir de 2009³⁴, y del Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra³⁵, hay una corriente internacional que pretende reconocer a la Tierra como un sistema viviente con derechos³⁶, y aspira a comprometer a la comunidad internacional a defender la ecología terrestre.



³²Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", que reconoce expresamente el derecho de todo ser humano a vivir en un medio ambiente sano (Artículo 11).

³³Ver Alonso Urquilla, Yansi Fabiola, *et al.*, "Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo en América Latina", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pp. 441- 450, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr32.pdf> (consultado el 15 de junio de 2017).

³⁴A partir de la que se ha declarado el día 22 de abril, día mundial de la Tierra. Ver el siguiente sitio de internet: http://www.cinu.mx/minisitio/madre_tierra/MEDSE_Morales_es.pdf (consultado el 15 de junio de 2017).

³⁵Ver los siguientes sitios de internet: <http://www.rightsofmotherearth.com/declaration/derechos-madre-tierra/> <https://cmpcc.wordpress.com/derechos-madre-tierra/> <http://unpfip.blogspot.mx/2012/08/declaracion-universal-de-los-derechos.html> (consultados el 15 de junio de 2017)

³⁶Como lo hace la Constitución Ecuatoriana (*supra*).



En esas condiciones, se aprecia que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra generalmente reconocido en el derecho constitucional y en el internacional, y quizá forme ya parte incluso del *ius cogens*³⁷.

El derecho fundamental al medio ambiente sano y sus garantías en México

Como se ha visto en el capítulo inmediato anterior, en México, el párrafo quinto del artículo 4 constitucional dispone que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”, y los precedentes judiciales, aunque escasos, de alguna manera refuerzan la obligación tuitiva del Estado de garantizar ese derecho.

Respecto del derecho constitucional “a un medio ambiente sano”³⁸, cabe decir que el mismo, categorizado en la misma línea que el elenco de los derechos sociales (derecho a la salud, a la educación a la vivienda digna, entre otros), fue conceptualizado tradicionalmente como un derecho de los llamados “programáticos”, pues se consideraba que solo establecía directivas de acción para los poderes constituidos y no se perfeccionaba de manera automática, ni de suyo cambiaba la realidad social, sino que era para dichos poderes estímulo y guía, y para el pueblo una esperanza de que algún día se acatará³⁹; en consecuencia, el paradigma era que constituía un derecho declarativo no accionable, o sea, su vulneración no podía hacerse valer



³⁷El artículo 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”, se refiere al *ius cogens* como “norma imperativa de derecho internacional general...aceptada y reconocida por la comunidad internacional...no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior...que tenga el mismo carácter” (ver también el artículo 64 de dicha convención). Ahora, Ian Brownlie, citado por Antonio Gómez, dice que las normas de *ius cogens* “...son normas de derecho consuetudinario...no pueden eludirse por un tratado o acuerdo, sino únicamente por la formación de una norma consuetudinaria subsecuente de efecto contrario. Los efectos menos controvertidos de esta clase son la prohibición de una guerra de agresión, la ley del genocidio (su prohibición), el principio de no discriminación racial, los crímenes contra la humanidad...”. Ver Gómez Robledo, Antonio, “El *ius cogens* internacional. Estudio histórico”, Ed. UNAM-IIIJ, ed. 1a, México, 2003, p. 61.

³⁸Adicionado a la Carta Magna en 1999 y reformado en 2012.

³⁹Cfr. Paolo Biscaretti y Karl Loewenstein, citados por Ruiz Massieu, José Francisco, “Cuestiones de derecho político (México-España)”, pp. 58-59, visible en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf> (consultado el 15 de junio de 2017).



en juicio⁴⁰, pues su eficacia dependía de que se creara un acto normativo o legislativo que persiguiera sus efectos o de que fuera reglamentado⁴¹.

En ese tenor específicamente se han diseñado diversos programas y políticas públicas, la mayoría de las veces insuficientes (como garantías primarias –obligaciones de prestación–), para facilitar el acceso a ese derecho, y se han establecido algunos derechos sustantivos dispersos en diversos ordenamientos generales y sectoriales (también como garantías primarias); además, se ha establecido un incipiente sistema punitivo penal y administrativo (como garantía secundaria -sanciones-); sin embargo, actualmente no se tienen establecidos tribunales ambientales, ni codificaciones procesales en dicha materia⁴², por lo que se considera que el derecho de referencia, en cuanto a las demás garantías secundarias (nulidades y reparaciones) reporta una tutela insuficiente. En esas condiciones, amén de que ya existen procuradurías ambientales en los ámbitos federal y estadual, sería importante el establecimiento de procedimientos y órganos jurisdiccionales para una mejor tutela de los derechos medioambientales

Ahora, a pesar la categorización programática de los derechos sociales, se pone de relieve que a partir de la década final del siglo pasado comenzó cambiar el citado paradigma, desde sede judicial, cuando a través de algunos amparos en revisión como el 2231/1997 (sobre acceso a medicamentos retrovirales fuera del cuadro básico en el IMSS) y el 2543/1998 (sobre el registro de familiares derechohabientes ante el ISSSTE)⁴³ la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la exigibilidad del derecho “social” y “programático” de acceso a la salud (reconocido en el artículo 4 constitucional). Destacando también en este contexto el caso conocido como “Mini Numa”, del año

⁴⁰Ruiz Massieu, José Francisco, ob. cit., p. 59.

⁴¹Ver tesis aislada XXII.Io.37 K, de efecto orientador, registro 171450, septiembre de 2007, emitida en la 9ª época, por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, bajo la ponencia del magistrado Guadalupe Tafoya Hernández, de rubro “IMPROCEDENCIA EN EL AMPARO. LA CAUSA PREVISTA EN LA FRACCIÓN XVIII DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE LA MATERIA PUEDE APLICARSE, AUN CUANDO NO SE ENCUENTRE ESTABLECIDA EXPRESAMENTE EN LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

⁴²Cfr. López Ramos, Neófito, “El acceso a la justicia ambiental y la necesidad de crear un tribunal ambiental”, p. 22, visible en el siguiente sitio de internet: http://ceja.org.mx/IMG/Articulos_26_El_acceso_a_la_justicia.pdf (consultado el 15 de junio de 2017).

⁴³Al respecto, véase Acuña, Juan Manuel, “El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales través del juicio de amparo en México”, pp. 33-37, en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/4.pdf> (consultado el 15 de junio de 2017).



2008, en el que el Juez Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, en relación a dicho derecho resolvió⁴⁴:

...procede conceder la protección de la justicia federal solicitada...a efecto de que las autoridades sanitarias primigenias del estado de Guerrero, Gobernador y Secretario de Salud, cumplan de inmediato con el acceso a la salud a que tienen derecho los aquí quejosos, bajo los siguientes lineamientos:

a) que el espacio físico proporcionado por los habitantes de la comunidad de Mini Numa, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, para la instalación de la casa de salud, se le proporcionen los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados); asimismo, se cumpla con la cartera de servicios atinentes a la casa de salud, los cuales se encuentran plasmados en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por las Secretaria de Salud; y

b) Como el centro de salud ubicado en Metlatónoc, Guerrero, no cuenta con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS); por ende, es necesario contar con el inmueble adecuado que en realidad funcione como centro de salud, que cuente desde luego, con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento (infraestructura, personal adecuado y medicamentos básicos), atendiendo a los lineamientos previstos en el mencionado Modelo Integrador; sin que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero, puedan alegar falta de presupuesto, pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.

Concesión de amparo que se hace extensiva a las responsables Subsecretario de Coordinación Sectorial de la Secretaría de Salud, residente en esta ciudad y jefe de la Jurisdicción Sanitaria, Región Montaña, con sede en Tlapa, Guerrero.



⁴⁴Ver la sentencia dictada por dicho juez el 11 de julio de 2008, referente al expediente de amparo indirecto 1157/2007-II, en su considerando quinto.



Además, a partir de la reforma constitucional del verano de 2011, tuitiva de derechos humanos, en la exposición de motivos del proyecto de Decreto que reformó los artículos 94, 100, 103, 107 y 112, el constituyente estableció que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, deben garantizarse y tutelarse como normas programáticas pero exigibles individual o colectivamente, con plena eficacia jurídica, debiendo contar con garantías adecuadas para su protección⁴⁵.

Destacándose al respecto que⁴⁶:

...Para lograr ese objetivo, entre otros medios, se dispuso la atribución de los tribunales de la Federación para resolver en amparo toda controversia que se suscite no sólo por normas generales y actos de autoridad, sino también por omisiones en que incurran los poderes públicos al desarrollar los derechos sociales, ya que dada su naturaleza prestacional, las omisiones son su principal medio de violación, expresándolo así el Constituyente como un mandato claro y categórico, precisándose que la protección de los derechos fundamentales es independiente de su carácter individual o social. Ahora bien, con motivo de la mencionada reforma, en la Ley de Amparo se contempla que a través del juicio de amparo se proteja a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares, ya sea que se promueva individual o conjuntamente por dos o más personas -colectivamente-, tal es el caso de los derechos colectivos, cuya naturaleza es la supraindividualidad e indivisibilidad, elaborando así el concepto de afectación común, el que resulta básico para la operatividad de la protección a los derechos sociales que, por su naturaleza, inciden en un colectivo. Asimismo, en el artículo 77 de la citada ley se establece expresamente que los efectos de la concesión del amparo pueden versar respecto



⁴⁵Ver tesis aislada I.4o.A.23 K (10a.), de efecto orientador, registro 2005197, 13 de diciembre de 2013, emitida en la 10ª época por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, bajo la ponencia del magistrado Jean Claude Tron Petit, de rubro: "OMISIÓN LEGISLATIVA. NO PUEDE Oponerse como EXCUSA PARA EL INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL".

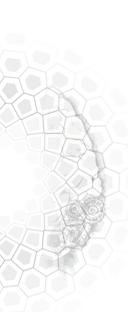
⁴⁶*Ídem.*



de actos de carácter omisivo. En esa medida, se colige que el juicio de amparo es un medio de defensa extraordinario que por mandato constitucional puede tener por objeto la solución de controversias de actos de naturaleza omisiva. Lo anterior, en consonancia con la nueva redacción del artículo 1o. constitucional, específicamente en su párrafo tercero, en el cual se estipula que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que de suyo implica, por parte del legislador, el desarrollo de leyes que doten de contenido y eficacia este imperativo constitucional, que protejan y garanticen el abanico de derechos que prevé la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pues el propósito fundamental es hacer operativos, en el plano fáctico, los derechos humanos a través de leyes secundarias que recojan los valores, principios y fines de dichas prerrogativas fundamentales. Por lo anterior, una omisión legislativa no puede oponerse como excusa para incumplir un precepto constitucional, argumentando dificultad o incompatibilidad con los efectos en cuanto al cumplimiento de una eventual concesión del amparo, lo que redundaría en una violación al derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 17 constitucional, que debe reflejarse en la disponibilidad de recursos efectivos, sencillos y rápidos para dar respuesta y tutela restaurativa a cualquier violación.

Finalmente, en relación con diversos derechos sociales, “programáticos”, es interesante observar que, por ejemplo, en lo referente al derecho a la educación, el Poder Judicial de la Federación ha establecido que:

Acorde con los artículos 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de la interpretación que de este precepto realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) contra Perú, la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos, con los económicos, sociales y culturales, conduce a concluir que deben ser entendidos integralmente como derechos



humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. Por tanto, la exigibilidad de estos derechos amerita que sean justiciables ante los tribunales, a través del juicio de amparo⁴⁷.

...existe una obligación del Estado de verificar la correcta aplicación de los recursos destinados para el cumplimiento del derecho humano a la educación...sin que pase inadvertido que el monto del presupuesto destinado anualmente al sistema educativo (por parte de los tres órdenes de gobierno) estará sujeto siempre a las disposiciones de ingresos y gasto público correspondientes que resulten aplicables...en la Observación General No. 3...el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, se señaló la existencia del compromiso de los Estados Partes de garantizar y respetar los derechos como el de educación; compromiso que se cumple no sólo a través de medidas legislativas, sino también por medio de las de carácter administrativo, financiero, educacional y social; motivo por el cual, el Poder Judicial, como integrante del Estado, también está obligado, mediante la resolución de los juicios, a imponer el cumplimiento de obligaciones por las cuales se logre una mayor efectividad de los derechos, como en la especie, el derecho a la educación⁴⁸.

Así, en México hoy es posible exigir en juicio constitucional lo relacionado al derecho fundamental al medio ambiente sano; y en este sentido, siguiendo el pensamiento de Dworkin⁴⁹ esto constituye “tomar en serio” este derecho (y en general “tomar en serio” los derechos fundamentales,



⁴⁷Ver tesis aislada (V Región)5o.19 K (10a.), de efecto orientador, registro 2007253, 22 de agosto de 2014, emitida en la 10ª Época, por el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, bajo la ponencia del magistrado Juan Manuel Serratos García, de rubro “DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SON JUSTICIALES ANTE LOS TRIBUNALES, A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO”.

⁴⁸Ver tesis aislada 1a. CLXXVIII/2015 (10a.), de efecto orientador, registro 2009187, 22 de mayo de 2015, emitida en la 10ª época, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, de rubro: “DERECHO A LA EDUCACIÓN. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD”.

⁴⁹Ver Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 2012.



ya individuales o sociales), siendo factible su justiciabilidad en vía de amparo⁵⁰ ya en forma individual o mediante acción tutelar de derechos difusos o colectivos⁵¹. Siendo particularmente efectiva la vía de amparo, pues en términos de lo dispuesto por los artículos 107, fracción XVI⁵²



⁵⁰El artículo 1 de la Ley de Amparo dice:

“Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.”

Ver también casos de amparos sobre el multicitado derecho fundamental en las versiones públicas de las sentencias del Poder Judicial de la Federación, en el siguiente sitio de internet: <https://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx> (consultado el 15 de junio de 2017).

IV.

⁵¹Ver artículo 17 constitucional, tercer párrafo; así como 5, fracción I y 73, párrafo segundo, de la Ley de Amparo; y 572 a 584 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Ver también la tesis aislada 1a. CLXXIV/2015 (10a.), registro 2009192, 22 de mayo de 2015, emitida en la 10ª época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, de rubro “IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. NO PUEDE ALEGARSE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LAS SENTENCIAS Y, POR ELLO, SOBRESER EN EL JUICIO, CUANDO SE ACTUALIZA LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS LEGÍTIMO EN DEFENSA DE UN

DERECHO COLECTIVO”, que en lo conducente dice “...no es posible alegar la violación al principio de relatividad de las sentencias y, por ello, sobreseer en el juicio, cuando se actualiza la existencia de un interés legítimo en defensa de un derecho colectivo, como lo es el de la educación, pues la aceptación de dicho interés genera una obligación en el juzgador de buscar los mecanismos adecuados para remediar los vicios de inconstitucionalidad, aun cuando salgan de la esfera individual del quejoso... Así, buscar las herramientas jurídicas necesarias constituye una obligación para el órgano jurisdiccional de amparo, para que, una vez identificada la violación a los derechos humanos, su decisión pueda concretar sus efectos”.

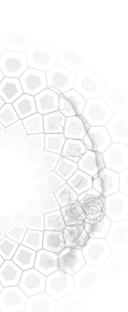
⁵²“Artículo 107...

...

XVI.- Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Si concedido el amparo, se repitiera el acto reclamado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley reglamentaria, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable, y dará vista al Ministerio Público Federal, salvo que no hubiera actuado dolosamente y deje sin efectos el acto repetido antes de que sea emitida la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

...”



de la Constitución y 267⁵³ de la Ley de Amparo todas las autoridades están constreñidas a cumplir las ejecutorias de amparo y a no repetir los actos reclamados inherentes a esas ejecutorias, *so pena* de ser destituidas, inhabilitadas y sancionadas penalmente en caso contrario.

1. Análisis crítico de los mecanismos de garantía relativos al derecho fundamental al medio ambiente sano en México y conclusiones

Los derechos humanos, una vez positivizados en los textos jurídicos fundamentales que integran el “parámetro de control de regularidad constitucional”⁵⁴, gozan de una doble cualidad, ya que por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos que se constituyen como verdaderas inmunidades oponibles (función subjetiva); y por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, en virtud de que unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas (función objetiva) ⁵⁵.

En ese sentido, el derecho a un medio ambiente sano, al estar reconocido en la Constitución y en los Tratados Internacionales tuitivos de derechos



⁵³Artículo 267. Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión, multa de cien a mil días, en su caso destitución e inhabilitación de cinco a diez años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos a la autoridad que dolosamente:

- I. Incumpla una sentencia de amparo o no la haga cumplir;
- II. Repita el acto reclamado;

⁵⁴Ver tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), de observancia obligatoria, registro 2006224, 25 de abril de 2014, emitida en la 10ª época, por contradicción de tesis, por el Pleno de la SCJN, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”.

⁵⁵Véase la tesis jurisprudencial 1a./J. 43/2016 (10a.), de observancia obligatoria, registro 2012505, 9 de septiembre de 2016, emitida en la 10ª época, por reiteración, por la Primera Sala de la SCJN, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz, de rubro “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”.



humanos (ver temas II y III *supra*), goza de la doble cualidad referida en el párrafo que antecede.

Ahora, respecto a la segunda de esas cualidades, la objetiva, al presentarse el derecho a un medio ambiente sano como una prerrogativa fundamental, las restantes normas del sistema jurídico deben ser permeadas por este derecho, y deben ser dúctiles en cuanto a su orientación hacia el mismo. Por ello, acatando la Constitución, si “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos” (ver parte *in fine* del tema I, *supra*), entonces la autoridad legislativa deberá diseñar, con sumo cuidado, un sistema normativo claro que delimite, para las autoridades y los particulares,

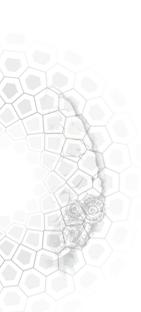
procedimientos, competencias y responsabilidades para hacer efectivo ese derecho; la autoridad judicial deberá fallar los casos que resuelve interpretando la norma de la forma que mejor potenció el derecho en comento; y la autoridad administrativa (gobierno) deberá planear e implementar políticas públicas eficaces para hacer realmente posible dicho derecho.

Respecto de la autoridad administrativa (gobierno), destaca además la directriz contenida en el párrafo segundo del apartado A del artículo 26 constitucional, que ordena: “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”. En esas condiciones, un buen gobierno debe desentrañar los fines del proyecto nacional que subyacen en el texto constitucional, y uno de esos fines es sin duda la tutela de los derechos humanos, y en el contexto de este trabajo uno de esos derechos es el derecho a un medio ambiente sano.

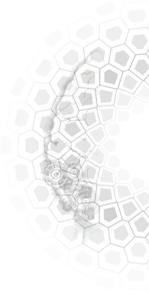
Ahora, la tutela efectiva del derecho al medio ambiente sano presenta entre sus complicaciones un problema de orden cultural. En ese sentido, cultura es identidad, pues la vida humana implica la reproducción o el cultivo de las coincidencias del grupo social, siendo la cultura el momento autocrítico de la reproducción que un grupo humano específico, en una circunstancia histórica determinada, hace de su singularidad concreta⁵⁶; en esa línea intertextual,



⁵⁶Cf.: Echeverría, Bolívar, “Definición de la cultura”, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed. 2a, México, 2010, pp. 152, 153 y 165.



creo que para acortar la distancia estructural entre la norma fundamental y la efectividad material del derecho objeto de este ensayo, es necesario que la consciencia de la necesidad de un medio ambiente sano logre ser un factor real de identificación entre los integrantes de nuestra sociedad, y es necesario para ello que primero se conozca ese derecho; y si una de las ya indicadas obligaciones de las autoridades es el “promover... los derechos humanos” (ver parte *in fine* del tema I, *supra*), los poderes del Estado deben difundir estos, y en el caso específico del derecho al medio ambiente sano, el gobierno (poder ejecutivo) es el más indicado por su naturaleza competencial, para desplegar programas de difusión, enseñanza y capacitación sobre ese derecho.



Referencias

Bibliográficas

Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Ed. Porrúa, ed. 1a, México, 2015.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, ed. 1ª, Barcelona (España), 2012.

Echeverría, Bolívar, *Definición de la cultura*, Ed. Fondo de Cultura Económica, ed. 2a, México, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 7ª, Madrid, España, 2010.

Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico*, Ed. UNAM-IIIJ, ed. 1a, México, 2003.

Normativas

Mexicanas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley de Amparo.

Comparadas

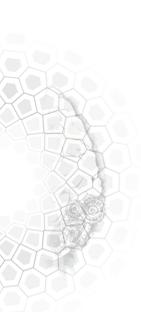
Constitución Española.

Constitución de la República Popular China
Constitución de la República del Ecuador.

Internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Tratado de la Unión Europea.

Proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra

Electrónicas

Acuña, Juan Manuel, *El caso Mini Numa. Nuevos rumbos para la protección de los derechos sociales a través del juicio de amparo en México*, pp. 33-37, en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/4.pdf> (consultado el 15 de junio de 2017).

López Ramos, Neófito, *El acceso a la justicia ambiental y la necesidad de crear un tribunal ambiental*, p. 22, visible en el siguiente sitio de internet: http://ceja.org.mx/IMG/Articulos_26_El_acceso_a_la_justicia.pdf (consultado el 15 de junio de 2017).

Ruiz Massieu, José Francisco, *Cuestiones de derecho político (México-España)*, pp. 58-59, visible en el siguiente sitio de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/898/6.pdf> (consultado el 15 de junio de 2017).

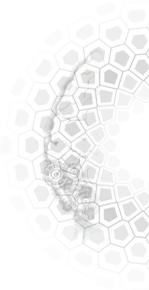
Sitio de internet de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/Que_Son_Derechos_Humanos (consultado el 15 de junio de 2017).

Sitio de internet: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx> (consultado el 15 de junio de 2017)

Sitio de internet: <http://www.rightsofmotherearth.com/declaration/derechos-madre-tierra/> (consultado el 15 de junio de 2017)

Sitio de internet: <https://cmpcc.wordpress.com/derechos-madre-tierra/> (consultado el 15 de junio de 2017)

Sitio de internet: <http://unfpip.blogspot.mx/2012/08/declaracion-universal-de-los-derechos.html> (consultado el 15 de junio de 2017)



Sitio de internet de versiones públicas de las sentencias del Poder Judicial de la Federación, en el siguiente sitio de internet: <https://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx> (consultado hasta 15 de junio de 2017).

Sitio de internet de consulta de jurisprudencia mexicana: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx> (consultado hasta el 15 de junio de 2017).

Sitio de internet de consulta de jurisprudencia costarricense: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_libre.aspx?strErr= (consultado hasta el 15 de junio de 2017).

Sitio de internet de consulta de jurisprudencia peruana: http://tc.gob.pe/portal/servicios/tc_jurisprudencia_ant.php (consultado hasta el 15 de junio de 2017).

Sitio de internet de consulta de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia> (consultado hasta el 15 de junio de 2017).



DERECHO AL AGUA Y BUEN VIVIR: DESAFÍOS PARA UN BUEN GOBIERNO

Adriana Elizabeth Mora Bernal⁵⁷

Introducción

El agua es un recurso escaso que debe ser tutelado dada la innegable importancia para la vida. Por eso hoy en día se busca su cuidado y protección, ya que a partir de este recurso natural cuidamos de la propia supervivencia humana, el medio ambiente y un desarrollo económico sustentable que vele por la plena vigencia de los derechos humanos. La Constitución de la República del Ecuador establece que el sistema económico deberá propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado en armonía con la naturaleza, constituyéndose en un objetivo estatal garantizar las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. Por ello, debemos preguntarnos ¿Qué dimensiones desarrolla la normativa jurídica internacional y ecuatoriana sobre el derecho al agua?, ¿Cómo se produce la relación entre el derecho al agua y otros



⁵⁷Máster en Derecho mención Derecho Tributario, Máster en Argumentación Jurídica (Maestrante); Docente – Investigador, Universidad de Cuenca - Departamento de Recursos Hídricos y Ciencias Ambientales; Ecuador. Contacto: adriana.mora@ucuenca.edu.ec



derechos humanos?, para finalmente evidenciar algunos desafíos respecto a la gobernabilidad que surgen de la protección del agua y el buen vivir. Intentaré centrar la discusión en la posible incidencia de la declaración del agua como un derecho humano y cómo esta declaración influye en la toma de decisiones estatales vinculadas con el desarrollo, toda vez que este derecho se constituye como un prerrequisito para el ejercicio de otros derechos humanos. Declarar al agua y al saneamiento como un derecho⁵⁸, trae como consecuencia la obligación de los Estados de consolidar un gasto público social que cree las condiciones necesarias que garanticen la satisfacción de niveles esenciales a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

Derechos Humanos - Estado Constitucional

Para tratar el tema del derecho humano al agua, primero es necesario referirnos al concepto de derechos humanos y su desarrollo en el marco del Estado Constitucional. Manuel Atienza señala que en los derechos humanos vemos aparejada la idea de justicia, puesto que existe un consenso sobre la defensa de estos derechos como un mínimo de justicia. Indica que el término “derechos humanos” posee una fuerte carga emotiva positiva que sin duda provoca cierto grado de justicia en el ordenamiento jurídico; dando a lugar una imprecisión conceptual dada su ambigüedad y vaguedad⁵⁹.

El autor indica que el concepto de derechos humanos es vaga tanto intencional como extensionalmente. Es intencionalmente porque no parece posible encontrar una serie de notas comunes a la distinción de derecho subjetivo en sentido estricto, libertad, potestad e inmunidad, puesto que en general los derechos humanos son universales, inalienables, irrenunciables. Por otra parte, es extensionalmente vago el término de derechos humanos aun cuando en la actualidad, se encuentre un consenso universal en la Declaración de la ONU y sus desarrollos posteriores; sin embargo, existen algunos casos que se encuentran en una zona de penumbra.

⁵⁸Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010.

⁵⁹Manuel Atienza, “Introducción al Derecho”, Barcanova, 1991, p. 165 y siguientes.



Atienza pone de manifiesto que existen dos fundamentaciones distintas de los derechos humanos: “una *fundamentación ética*, cuando se considera que los derechos humanos se basan en una serie de valores últimos (por ejemplo, en los valores de dignidad, libertad y autonomía de la persona humana); y una *fundamentación política*, cuando se les considera instrumentos aptos para lograr un cierto fin. En el primer caso, los derechos humanos aparecen como fines en sí mismos; en el segundo, como medios dependientes de un fin externo a ellos mismos”. Por ello, el concepto de derechos humanos debe entender al ser humano no solo como destinatario sino como el origen de los mismos.

Los derechos humanos han sufrido una constante evolución que de forma paralela han ido desarrollándose con el concepto de Derecho y Estado⁶⁰. De ahí que brevemente se formule una conceptualización del Estado de Derecho, Estado Social de Derecho y el Estado Constitucional.

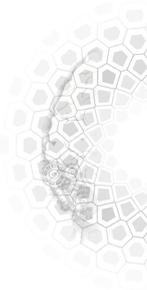
Iniciaremos el desarrollo de estos conceptos destacando la unidad existente entre Estado y Derecho como parte de la idea del Estado de Derecho. Es decir, debemos entender el Estado de Derecho como “el Estado de derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional”⁶¹, y que en su conceptualización incluye aspectos como el reconocimiento de derechos básicos como el derecho a la libertad, igualdad formal y garantía de la propiedad.

Posteriormente aparece el Estado Social de Derecho en sustitución del Estado de Derecho liberal, que permitió la incorporación de elementos sociales, la vinculación del poder del Estado a ciertos principios y valores y la aparición de los derechos sociales (igualdad material), como parte del surgimiento del concepto material del Estado de Derecho y renuncia al positivismo jurídico.



⁶⁰Al respecto Bobbio dice: “el Derecho y el Estado vienen a ser aquí dos lados de la misma medalla: el Derecho se considera desde el punto de vista del Estado como el conjunto de normas que proceden de éste; y el Estado desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (idea del Estado de Derecho en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido a Derecho.”

⁶¹Wolfgang Böckenförde, Ernst, Traducción de Rafael de Agapito Serrano, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Editorial Trotta, 2000, p. 19.



Es decir, el Derecho evoluciona, se transforma, por ello todas las instituciones han ido sufriendo varios cambios según los intereses del ser humano. La lucha a favor del respeto del derecho y de la extensión de los derechos humanos se ha formulado a través del Estado de Derecho, en donde ha existido una crisis del paradigma positivista y se ha transitado hacia un paradigma constitucionalista, que deja ver el cambio del imperio de la ley hacia el imperio de la Constitución⁶².

La crisis del paradigma positivista se ha puesto en debate con la transformación del Estado legal al Estado constitucional. Luis Prieto Sanchís al respecto menciona que “...parece también que uno de los últimos sucesos que anuncian su crisis o muerte es precisamente el triunfo del constitucionalismo o del Estado constitucional democrático”⁶³.

Zagrebelsky, citado por Prieto Sanchís, incluso llega a sostener que este nuevo Estado constitucional no es únicamente el perfeccionamiento del Estado de derecho democrático y al respecto dice lo siguiente:

En ocasiones, incluso, no sólo se adivinan contradicciones entre constitucionalismo y positivismo, sino que se pretende construir un modelo de Derecho constitucional abiertamente superador del positivismo, como es el caso del *Il Diritto mite* de Zagrebelsky: el nuevo Estado constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho democrático, sino su transformación radical y superadora, y tal transformación no puede dejar de afectar a la filosofía jurídica nacida al calor de este último (Vid. G. Zagrebelsky, 1992, p.51 y s.)⁶⁴.

Entonces, resulta necesario señalar las características de este nuevo constitucionalismo contemporáneo que deja entrever una ruptura de la visión positivista y el nacimiento de un modelo constitucional que se fundamenta en estas principales ideas: la ley aparece subordinada a la Constitución, los enunciados de la Constitución son normas de aplicación



⁶²Aguiló, Joseph, “Sobre Derecho y argumentación”,

p. 12,

<https://edwinfigueroag.files.wordpress.com/2015/04/sobre-derecho-y-argumentacion3b3n-aguiloo-regla-pdf.pdf>

⁶³Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y Positivismo”, segunda edición, México, Fontamara, 1999, p. 8.

⁶⁴*Ibidem*, p. 9.



directa, interpretación extensiva del texto constitucional; por otra parte, existe una gran cantidad de principios que dan contenido a las normas y por tanto existen casos fáciles y difíciles que debe resolver el juzgador y como consecuencia requiere de una mayor justificación.

Incluso, se ha llegado a establecer un nuevo constitucionalismo en América Latina en países como Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela que manteniendo características comunes dieron lugar a nuevas Constituciones; dentro de estos escenarios tenemos la presencia de nuevas fuerzas sociales, aplicación de políticas económicas liberales, desgaste de partidos y movimientos políticos, situaciones que dieron como resultado el nacimiento de Constituciones a través de procesos constituyentes.

Roberto Viciano y Rubén Martínez consideran que estas constituciones gozan de características particulares como su contenido innovador (originalidad), su gran extensión en el articulado (amplitud), lenguaje asequible (complejidad), y la activación del poder constituyente ante cualquier cambio constitucional (rigidez). Entre algunos rasgos del nuevo constitucionalismo Carlos Manuel Villabella⁶⁵:

1. Presencia de preámbulos que dotan a las Constituciones de espiritualidad, al conectar el texto con la historia del país.
2. Reconocimiento de la supremacía constitucional, recogida en el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador.
3. Configuración de un nuevo modelo de Estado. La Constitución de Bolivia lo define como un Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario; la de Venezuela como Estado democrático y social de derecho y de justicia, y la de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia.
4. Enunciación que no hay jerarquía en los derechos.

Por tanto, en un Estado constitucional debe llevarse a cabo el respeto de los derechos humanos, protegerlos, cumplirlos y hacerlos cumplir, y en caso de duda aplicar el principio *pro homine*.



⁶⁵Villabella, Carlos Manuel, Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano en “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N°25, ICI, 2010, p. 49-76.



Instrumentos Internacionales - Derecho humano al Agua

Si bien existe una cuestión de ambigüedad del término derechos humanos el instrumento en donde vemos plasmado cierto nivel de conceso respecto a los derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y sus posteriores desarrollos, por lo que es necesario referirnos a estos instrumentos internacionales para contextualizar la necesidad de declarar al agua como un derecho fundamental.

Conocemos que el agua es el único recurso que da vida al planeta, ayuda a regular el clima de la Tierra, alberga millones de especies, contiene sistemas con biodiversidad, entre varios factores que coadyuvan a señalar la importancia de este recurso no renovable, y que en el caso puntual del agua dulce constituye un recurso escaso en el mundo dado que los hábitats de agua dulce cubren menos del 1% de la superficie del mundo⁶⁶.

Para iniciar, es preciso hacer mención que la comunidad internacional ha tomado conciencia de que el acceso al agua potable y saneamiento debe ser desarrollado en el marco de los derechos humanos, porque se encuentra estrechamente vinculada con el derecho a la vida que es desarrollado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948.

Frente a esta realidad, en el Derecho nos resulta novedoso la existencia de un derecho al agua puesto que este derecho pertenecería al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales, y tal como se ha hecho referencia, podríamos decir que no se pensó en un derecho al agua potable y saneamiento como parte integrante de los mismos. Por ello, es necesario formular un acercamiento sobre las propuestas de gestión de los recursos hídricos, teniendo el presente trabajo un propósito modesto respecto al análisis de las directrices establecidas en los instrumentos internacionales y las posibles obligaciones generadas en los mismos.

Si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, no hace referencia explícita al derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el año 2002 aprobó su Observación General N° 15 sobre el derecho al agua



⁶⁶Bravo Velásquez, “Del big ban al antropoceno: El andar de una naturaleza con derechos”, Quito, Editorial Abya-Yala, 2013, p. 156.



dentro del marco al derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11) y el derecho a la salud (artículo 12)⁶⁷. A este derecho se definió como el derecho “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”.

La Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010 reconoció el derecho al agua potable y saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos. Al igual que el Consejo de Derechos Humanos (Resolución 15/9) de 6 de octubre de 2010 que reconoce a este como un derecho que se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y que está asociado al derecho a la salud, a la vida y la dignidad humana.

El marco normativo internacional pretende visibilizar el derecho al agua y al saneamiento como un derecho humano esencial, definiendo a este último como: “El saneamiento se puede definir como un sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene. Los Estados deben garantizar sin discriminación que toda persona tenga acceso, desde el punto de vista físico y económico, al saneamiento en todas las esferas de la vida, que sea inocuo, higiénico, seguro, aceptable desde el punto de vista social y cultural, proporcione intimidad y garantice dignidad⁶⁸”. Otros instrumentos como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2 señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales [...] y en particular le asegurarán el derecho a: h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y obliga a los estados parte a suministrar agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

Se puede observar que, los distintos instrumentos internacionales a los que se ha hecho referencia, ponen de manifiesto la necesidad de contar



⁶⁷Observación General N°15 sección 6 y 15.

⁶⁸Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionados con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque, A/HRC/12/24, párr.63, 2009.

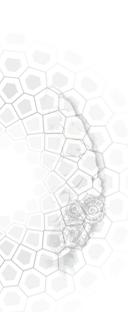


con un marco jurídico respecto al agua, estableciendo a este derecho como un pre-requisito para el desarrollo de otros derechos. Dicho de otra manera, el derecho al agua potable y saneamiento ambiental se encuentran vinculados con la realización de otros derechos como un nivel de vida adecuado, salud y dignidad humana. Es decir, existe una interdependencia entre el derecho al agua y el aseguramiento de los demás derechos económicos, sociales y culturales.

Esta afirmación nos lleva a pensar que el recurso hídrico, debe ser considerado por los Estados firmantes de estos convenios como derecho fundamental, en donde no cabe la apropiación de las fuentes de agua o su privatización, dado que le corresponde al Estado garantizar su acceso a través de una adecuada gestión. Surge una pregunta respecto a ¿Cuál es el rol de los Estados frente a la declaratoria del agua como un derecho fundamental? La Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, al reconocer este derecho como derecho fundamental, realiza una exhortación a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países en vías de desarrollo, para lograr un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible.

Por otra parte, en la Observación General N°3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales. Me permitiré señalar las obligaciones básicas respecto al agua que constan en el documento:

- a) Garantizar el *acceso a la cantidad esencial mínima de agua* que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de *acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria*, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el *acceso físico a instalaciones o servicios de agua* que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;



- e) Velar por una *distribución equitativa* de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) Adoptar y *aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población*; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de *costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables* y marginados;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos *servicios de saneamiento adecuados*.

Como respuesta a la vigencia del derecho al agua, nace la obligatoriedad de los Estados Parte de efectuar una protección de los niveles esenciales del derecho al recurso que permitan ampliar el contenido del acceso al mismo, incorporando los aspectos de disponibilidad efectiva de agua, niveles mínimos de consumo, condiciones de calidad, continuidad, aceptabilidad cultural, cercanía y asequibilidad.

Derecho al agua en la normativa ecuatoriana

El Ecuador se consolida como un Estado constitucional de derechos y justicia que tiene como deber primordial garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Respecto al agua, el texto constitucional desarrolla una triple dimensionalidad, dado que la Constitución ecuatoriana



hace referencia al agua como un derecho (art. 3 numeral 1)⁶⁹, un servicio público (art. 314) y como parte de los sectores estratégicos (art. 313).

Respecto a la primera dimensionalidad, se establece que el derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable⁷⁰ y por tanto, todas las personas tienen derecho a disponer de agua limpia, suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico en cantidad, calidad, continuidad y cobertura. Esta reflexión viene dada por la importancia que implica este elemento tanto para la naturaleza como para los seres humanos; así pues, su marco regulatorio debe girar en torno a su debida protección, uso y distribución.

Por consiguiente, las personas y colectividades deben gozar a un acceso equitativo, permanente y de calidad del recurso natural del agua. Dicho de otra manera, el ser humano tiene el derecho a disponer de agua suficiente para asegurar un nivel de vida adecuado. De lo referido, es importante destacar la existencia de derechos colectivos sobre el agua, dado que la norma constitucional permite que la gestión del agua sea exclusivamente pública o comunitaria y, por tanto, se encuentre prohibida toda forma de privatización.

En concordancia con lo indicado, la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, manifiesta que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblo afroecuatoriano y montubio desde su propia cosmovisión, gozan de derechos colectivos sobre el agua⁷¹.

Asimismo, la referida ley en su artículo 56, señala que la Autoridad Única del Agua y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, promoverán y apoyarán las iniciativas comunitarias y las alianzas entre entidades de los sectores públicos y comunitarios para la eficiente prestación de los servicios públicos. Siendo excepcional la participación de la iniciativa



⁶⁹El artículo 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece: Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

⁷⁰El artículo 12 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”.

⁷¹Es necesario recordar que la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua en su artículo 71 establece los derechos colectivos del agua que gozan las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades.



privada y la economía popular y solidaria en la prestación del servicio público, constando dichas excepciones en el artículo 7 de la referida ley⁷².

Otro elemento que destaca en la normativa ecuatoriana, versa sobre los diferentes usos en la gestión de este recurso no renovable. Conocemos que el agua es un recurso escaso y necesario para la realización de diferentes propósitos además del uso personal y doméstico; por ello se debe dar una prioridad respecto a su asignación, ya que, por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a alimentos adecuados) y asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud). En el Ecuador se establece un orden de prioridad sobre su uso, encontrándose primero el agua para el consumo humano, para posterior dar paso al riego para garantizar la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas.

Podemos concluir que, la normativa ecuatoriana, hace referencia al agua como un derecho humano fundamental y como un derecho colectivo; además, al igual que en derecho internacional, su ejercicio se encuentra relacionado con el desarrollo de otros derechos establecidos en la Constitución, como el derecho a vivir en un ambiente sano, naturaleza, salud y soberanía alimentaria.

Si bien nuestro objeto de estudio es el recurso hídrico, debemos formular una especial mención al derecho a la salud, puesto que este último comprende otros derechos conexos como el derecho al agua. Para entender de mejor manera el alcance del derecho a la salud, es necesario hacer referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el cual determina como uno de los factores determinantes de la salud el agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, alimentos aptos para el consumo, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones de trabajo y un ambiente salubre, educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud⁷³.

Lo indicado se relaciona con lo establecido en la Observación General N° 15, en la que se menciona que “Se debe dar prioridad a los recursos



⁷²Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua en su artículo 7 menciona que: La prestación del servicio público del agua es exclusivamente pública o comunitaria. Excepcionalmente podrán participar la iniciativa privada y la economía popular y solidaria, en los siguientes casos: a) Declaratoria de emergencia adoptada por la autoridad competente, de conformidad con el ordenamiento jurídico; o, b) Desarrollo de subprocesos de la administración del servicio público cuando la autoridad competente no tenga las condiciones técnicas o financieras para hacerlo. El plazo máximo será de diez años, previa auditoría.

⁷³Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la Salud”, Folleto informativo N° 31. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>



hídricos requeridos para prevenir la hambruna y la enfermedad así como también al agua necesaria para satisfacer las obligaciones esenciales de cada uno de los derechos establecidos en la Convención⁷⁴”.

Además, la Constitución de la República de 2008 reconoce el derecho humano al agua como parte integrante del concepto de buen vivir, el cual será desarrollado más adelante cuando se trate sobre la relación dinámica que debe existir entre el derecho al agua, el desarrollo sostenible y bienestar social desde la experiencia ecuatoriana. Ya que el Ecuador busca dejar atrás un viejo paradigma, en donde el ser humano es lo más importante y por tanto los recursos naturales (agua) deben estar dirigidos a su bienestar, para consolidar una idea de derechos de la naturaleza que hoy en día se encuentran en debate en el foro nacional e internacional.

Es decir, el agua es parte integral del conjunto de derechos que otorgan significado al buen vivir; por consiguiente, conforme lo señalado en la norma constitucional, así como en la jurisprudencia, se deberá garantizar la prestación del servicio público del agua potable y saneamiento ambiental por parte del Estado, conforme los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

Buen Vivir y Gobernanza

Al dotarle la calidad de derecho humano al agua, le corresponde al Estado garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento. A consecuencia, nace el deber (positivo) de prestar este servicio respetando las categorías fundamentales de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad y el deber (negativo) de abstenerse a efectuar actividades que no garanticen su correcta aplicación. En el caso ecuatoriano, la normativa legal faculta a que el Estado y los



⁷⁴http://www.laciudadviva.org/opencms/export/sites/laciudadviva/recursos/documentos/Otros_Documentos/Textos/Textos_Derechos_y_Deberes/Comite_Derechos_Sociales_Naciones_Unidas-Observacion_General_15_Adopcion_al_Derecho_al_Agua-2002.pdf



gobiernos autónomos descentralizados adopten políticas públicas que vayan encaminadas al cuidado del agua potable⁷⁵.

Al respecto, la ley faculta a los gobiernos autónomos descentralizados a desarrollar programas de uso racional del agua⁷⁶, ya que poseen competencias exclusivas respecto a la prestación de servicios públicos relacionados con el agua, y por ende deben realizar un trabajo coordinado entre los distintos niveles de gobierno y la participación plena de los sistemas comunitarios para consolidar las políticas públicas generadas en relación con el agua.

Conocemos que una de las características de los derechos económicos, sociales y culturales es su realización progresiva; es decir, en el caso objeto de estudio, el Estado debe cumplir con las obligaciones respecto al derecho al agua que han sido presentadas en el desarrollo del tema dos del presente trabajo y, por tanto, constituye una violación del derecho al agua la adopción de medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas.

Para continuar con el análisis, es necesario abordar el concepto de desarrollo sostenible, el cual se propugnó en la cooperación internacional para alcanzar el desarrollo sustentable, en la línea de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972⁷⁷ y que fue reflejado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y hoy es recogido por la Declaración de Río en diversos principios⁷⁸.



⁷⁵Por otra parte, el artículo 83 del referido cuerpo legal dice: Es obligación del Estado formular y generar políticas públicas orientadas a: a) Fortalecer el manejo sustentable de las fuentes de agua y ecosistemas relacionados con el ciclo del agua; b) Mejorar la infraestructura, la calidad del agua y la cobertura de los sistemas de agua de consumo humano y riego; c) Establecer políticas y medidas que limiten el avance de la frontera agrícola en áreas de protección hídrica; d) Fortalecer la participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades en torno a la gestión del agua; e) Adoptar y promover medidas con respecto de adaptación y mitigación al cambio climático para proteger a la población en riesgo; f) Fomentar e incentivar el uso y aprovechamiento eficientes del agua, mediante la aplicación de tecnologías adecuadas en los sistemas de riego; y, g) Promover alianzas público-comunitarias para el mejoramiento de los servicios y la optimización de los sistemas de agua.

⁷⁶La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 415 al respecto menciona que, el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados, adoptarán políticas integrales y participativas de ordenamiento territorial urbano y de uso del suelo, que permitan regular el crecimiento urbano, el manejo de la fauna urbana e incentiven el establecimiento de zonas verdes. Los gobiernos autónomos descentralizados desarrollarán programas de uso racional del agua, y de reducción, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos sólidos y líquidos. Se incentivará y facilitará el transporte terrestre no motorizado, en especial mediante el establecimiento de ciclo vías.

⁷⁷En la Conferencia de Estocolmo de 1972, se formula además la expresión ecodesarrollo que fue utilizada para designar una estrategia de desarrollo especialmente aplicable a los países de Tercer Mundo, que postulaban un estilo de desarrollo ecológicamente viable. Véase en Raúl Brañes, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, II Edición, México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental y Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 34.

⁷⁸Principio 3: El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Principio 4: Al fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no debe considerarse en forma aislada. Principio 8: Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar los sistemas de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas adecuadas.



El desarrollo sostenible está vinculado con la preocupación de las personas de preservar el patrimonio ambiental para las generaciones futuras, entendiéndole como la unión o lazo entre el Medio Ambiente y el desarrollo, cuya finalidad es buscar un nuevo modelo de desarrollo, bajo el esquema de una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades.

Al ser el agua una necesidad humana básica debe ser sostenible en el tiempo; es decir, se debe satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones para satisfacer las suyas. Esta constante preocupación por la conservación de la naturaleza y el aprovechamiento o uso de los recursos naturales, conducen a una problemática relacionada con cuestiones de desarrollo económico y social, en este contexto surge la exigencia de utilizar los recursos dentro de ciertos parámetros, como es el prevenir la contaminación y conservar el recurso, impidiendo así su uso indefinido.

El agua es un componente importante respecto al desarrollo económico de los países. El Informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos dice:

La gestión sostenible del agua, las infraestructuras del agua y el acceso a un suministro seguro, fiable y asequible de agua y servicios de saneamiento adecuados mejoran el nivel de vida, expanden las economías locales y promueven la creación de puestos de trabajo más dignos y a una mayor inclusión social. La gestión sostenible del agua es también un motor esencial para el crecimiento verde y el desarrollo sostenible (...) Una gestión insostenible del agua y otros recursos naturales puede provocar graves daños a la economía y a la sociedad, revirtiendo de esta forma muchos de los progresos realizados con gran esfuerzo en la reducción de la pobreza, la creación de empleo y el desarrollo.

Por ello, uno de los principios del Derecho Ambiental es la primacía de los intereses colectivos, en donde la tutela del medio ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el desarrollo sostenible, como legado para las futuras generaciones. Con esto se pretende generar un balance entre los usos económicos y la conservación



del medio ambiente, promoviendo modelos de desarrollo económico, social y ambientalmente justo⁷⁹.

En el caso ecuatoriano, la Constitución recoge el principio del *sumak kawsay* o buen vivir, convirtiéndose en el punto de partida para los procesos de desarrollo sustentable. El buen vivir “aparece como eje o paradigma ordenador que propone una crítica a los conceptos de desarrollo y al concepto de crecimiento económico”⁸⁰.

Este derecho viene dado desde una cosmovisión indígena en donde la naturaleza deja de ser un recurso y se convierte en un sujeto de derechos. En consecuencia, el razonamiento sobre lo que deberíamos entender sobre el buen vivir, está construido por un diálogo entre el ser humano y la naturaleza, en el cual se sostiene que tanto la producción, como el aprovechamiento y uso de los recursos naturales, deben estar ligados a la conservación ambiental.

La Constitución de la República, además de plantear el buen vivir como un nuevo paradigma, establece que las políticas públicas, servicios públicos y la participación ciudadana, deben estar orientados a hacer efectivo el *Sumak Kawsay*, cuyos ejes ordenadores constituyen el derecho al agua y a la alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud y trabajo y seguridad social.

En concordancia con lo establecido en la Constitución de la República y la ley, la Corte Constitucional en uno de sus fallos jurisprudenciales ha dicho:



⁷⁹En los últimos 50 años el desarrollo económico tuvo una visión antropocéntrica, en donde el ser humano es el eje y centro del desarrollo y no importa las consecuencias ambientales que se provoquen para la satisfacción de sus necesidades. Ante este pensamiento económico surgen varios senderos: El primero es el de la Economía Ambiental, que se fundamenta en que los recursos naturales son una fuente de materiales y su uso que producen externalidades deben ser considerados dentro de los procesos económicos; por otro lado, la Economía Ecológica se caracteriza por ser transdisciplinaria, abandonando la visión antropocéntrica en busca de una relación entre la economía, la sociedad y el ambiente. La diferenciación entre ambos términos ha servido para hacer énfasis entre impuestos ambientales e impuestos ecológicos. Véase en Rivadeneira Alava, Ana, Carrasco Vicuña, Carlos Marx y Oliva Pérez, Nicolás, “Tributación ambiental en Ecuador: ¿incentivos o desincentivos?”, en Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir. La equidad como soporte del pacto fiscal”, Quito – Ecuador, Servicio de Rentas Internas, Centro de Estudios Fiscales, 2012, pág. 339 – 341.

⁸⁰Acosta, Alberto y Martínez, Esperanza (Compiladores), “El Buen Vivir, Una vía para el desarrollo”, Ediciones Abya-Yala, Quito – Ecuador, 2009.



El *sumak kawsay* (buen-vivir) es parte de la estructura del Estado sobre el cual se asienta el proyecto del Estado que conduce a la sociedad ecuatoriana a un buen vivir. Basa su fundamento en mantener un equilibrio entre el ser humano, los recursos naturales y el desarrollo, en un marco de racionalidad y equilibrio; para tal efecto, el Estado garantiza a sus habitantes el acceso a los derechos constitucionales y en especial constituye el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, como son: el ambiente, la salud, la educación, el desarrollo, etc., no solo como mera enunciación declarativa, sino como todo un andamiaje conducente a que los mismos se viabilicen⁸¹.

Es decir, el “derecho humano al agua es indispensable para una vida digna. Es una condición necesaria para lograr la efectividad de todos los demás derechos (...) el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”⁸². Esto conlleva a la presencia de ciertos desafíos respecto a la gobernanza de los recursos hídricos, puesto que la norma constitucional ecuatoriana establece que el sistema económico deberá propender a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado en armonía con la naturaleza. Esto da como resultado que se constituya en un objetivo estatal, el deber de garantizar las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir y se asegure su acceso conforme a lo establecido en el derecho internacional y la normativa constitucional, naciendo la obligación de incorporar conceptos de ampliación del servicio para grupos de población vulnerables y marginados, participación comunitaria, rol de la mujer, entre otros aspectos que consoliden el buen vivir.

Proponemos como una posible consecuencia para efectivizar el derecho al agua y el buen vivir, que a nivel presupuestario se destine un importante rubro económico, dada la condición que goza este derecho a lo largo de la Carta Magna, instrumentos internacionales y sentencias de la Corte Constitucional.



⁸¹Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia N° 0006-10-SEE-CC, Caso N°0008-09- EE, 25 de marzo de 2010. Disponible en: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/pdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f934cf39-8379-4789-9374-4a050c34798f/0008-09-EE-dict.pdf?guest=true>

⁸²Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 15: El derecho humano al agua (art. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).



Ya que como hemos hecho referencia, los Estados Parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos que dispongan, para hacer efectivo el derecho al agua, o en su caso, hacer todo lo posible para cumplirlas. En caso contrario, los Estados violarían las obligaciones que han contraído en el Pacto.

De lo antes referido, podemos establecer que el gasto público se encuentra vinculado de forma determinante con la prestación de servicios públicos; es decir, se deben identificar las necesidades que tanto el Estado como los Gobiernos Autónomos Descentralizados las determina como básicas, dejando sentado previamente que es la norma constitucional la que otorga una prioridad en el gasto y presupuesto dependiendo las urgencias que se generen.

Por ello, resulta necesario preguntarse si existen consecuencias al menos jurídicas respecto a este planteamiento (el agua como derecho) y las posibles erogaciones que como gasto público⁸³ se puede efectuar. De ahí que tengamos la necesidad de explicar brevemente qué es el gasto público para hacer efectiva la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento ambiental.

Héctor Villegas manifiesta que “...para poner en marcha el proceso organizativo indispensable para movilizar las funciones y servicios públicos, y para que sean ejecutados ininterrumpidamente el gobierno debe realizar erogaciones que se denominan gastos públicos”⁸⁴. Esto evidencia que el gasto público en cada periodo fiscal va acrecentándose debido a que cada vez son mayores las necesidades que se van produciendo dentro de la sociedad, existiendo así algunas causas del crecimiento del gasto público.

Es pertinente hacer referencia no solo al concepto de gasto público sino a un nuevo concepto de gasto público social; para ello, debemos saber que primero es necesario encontrar necesidades sociales básicas, ya que según



⁸³Para definir al gasto público podemos citar lo que manifiesta Guillermo Ahumada al respecto sobre gasto público “Es una erogación monetaria, realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinado a fines de desarrollo nacional [...]”.

⁸⁴Villegas, Héctor, Manual de Finanzas Públicas, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 11.



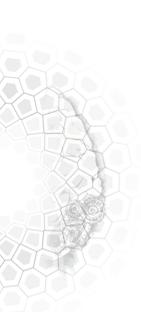
como entienda cada Estado las necesidades básicas destinará los recursos necesarios para su satisfacción, constituyéndose así, en la mayoría de los Estados, gastos públicos sociales la educación, la salud, la alimentación, la vivienda y el desarrollo productivo, que son satisfechas según ciertos principios que establecen los Estados.

Autores como Casado Ollero han analizado el rol de las finanzas públicas respecto al goce de los derechos fundamentales, estableciendo que no se puede limitar derechos por desequilibrios de la hacienda pública. Por ello, es uno de los deberes primordiales del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, más aún cuando hemos señalado que el derecho humano al agua es fundamental para el desarrollo de otros derechos.

Esto evidencia una prioridad que debe existir respecto al gasto público en lo referente al agua y las posibles consecuencias que nuestra Constitución de la República, establece sobre el gasto público social y su posible exigibilidad en el presupuesto por parte de los diferentes titulares de derechos⁸⁵. Si bien la propia norma constitucional otorga ciertos privilegios respecto al gasto, existe una interrogante sobre la exigibilidad en tiempo de crisis económica. Martínez Giner citado por Troya Jaramillo afirma que: "...en momentos de crisis económica, queda reforzado el papel del principio de justicia en materia de gasto público, es decir, resulta más conveniente escoger de manera cuidadosa las necesidades públicas que han de ser satisfechas por los poderes públicos...". Es decir, la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, sabemos que los Estados enfrentan diferentes momentos económicos y existen crisis en donde los recursos, son insuficientes para solventar los gastos que se producen, para lograr los diversos fines del Estado que han sido delineados en sus normas constitucionales.



⁸⁵Cabe señalar que esta relación jurídica del gasto público, recursos y acciones que se pueden realizar frente al gasto público y las acciones que se pueden interponer en cuanto a los derechos asociados al gasto público y la ejecución presupuestaria.



Conclusiones

Se concluye de lo referido que al menos se deberá proteger el contenido mínimo del derecho al agua, asegurando la efectiva prestación del servicio público de agua potable y saneamiento ambiental. Puesto que, como se ha manifestado, existe un vínculo entre el gasto público y el ejercicio de los diferentes derechos establecidos en la Constitución, existiendo un trato diferenciado respecto al derecho al agua toda vez que posee esta múltiple dimensionalidad, dando como resultado una posible necesidad de otorgar recursos financieros para el ejercicio efectivo de este servicio público.

Finalmente, cabe resaltar que estas condiciones serían obligatorias para todos los Estados Parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y sus posteriores desarrollos, dado que en varios de estos instrumentos internacionales se tutela el agua ya sea como derecho humano fundamental o dentro del marco al derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la salud. Teniendo como consecuencia que los estados propicien los suficientes recursos financieros para el suministro de agua potable y saneamiento ambiental.



Referencias

Bibliográficas

Atienza Manuel. 1991. *Introducción al Derecho*, Barcanova, Cuarta edición.

Bandeira de Mello, C. 2006. *Curso de Derecho Administrativo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa.

Barrachina, J. 2009. *Derecho Tributario Ambiental*, Perú, Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Bravo Velásquez, E. 2013. *Del big ban al antropoceno: El andar de una naturaleza con derechos*, Quito, Editorial Abya-Yala.

Bulit Goñi, E. 2002, *Derecho Tributario Provincial y Municipal*, Buenos Aires, Villela Editor, Primera Edición.

Ernst Wolfgang Böckenförde. 2000. *Traducción de Rafael de Agapito Serrano*, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Editorial Trotta.

Gallegos López, J. 2011. *La política comunitaria en materia de aguas y su relevancia en el ordenamiento tributario local*, Navarra, Editorial Arazandi S.A.

García Belsunce, H. 2003. *La ciencia de las Finanzas Públicas y la actividad financiera del Estado*, en Tratado de Tributación Tomo I, Derecho Tributario Volumen I, Buenos Aires, Astrea.

Valencia Carmona, S. 2003. *Derecho Municipal*, México, Editorial Porrúa México. Villegas, Héctor. 2000. *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Depalma.

Hemerográficas

Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Organización Mundial de la Salud, “El derecho a la Salud”, Folleto informativo N° 31. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>



Ramírez Granados, M (2010), “Los servicios públicos en la legislación actual” en Revista de Ciencias Jurídicas N° 122 (171-190) mayo-agosto.

El derecho al agua, Folleto Informativo N° 35, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU Hábitat, Organización Mundial de la Salud.

El derecho humano al agua potable y saneamiento, Boletín Derechos Humanos N°21, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado Guatemala, www.oacnudh.org.gt.

Informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo de los recursos hídricos en el mundo 2016

Normativas

Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Constitución de la República del Ecuador, en R.O., 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, en R.O., 305 de 06 de agosto de 2014.

Jurisprudencial

Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Sentencia N° 0006-10-SEE-CC, Caso N°0008- 09-EE, 25 de marzo de 2010.

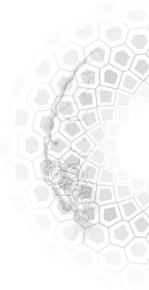
Disponible en: <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busquedapdf2.php?fc=http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f934cf39-8379-4789-9374-4a050c34798f/0008-09-EE-dict.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 003-14-SIN-CC, Caso N°0014-013-IN y acumulados N°0023-13-IN y 0028-13-IN, 17 de septiembre de 2014. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/SUBE_Y_BAJA/SUBE_Y_B_AJA3/0014-13-IN-sen.pdf



Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-418-10. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-418-10.htm>

Corte Constitucional Colombiana Sentencia T-1089/11. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-1089-12.htm>





ARRAIGO PENAL, UNA FORMA CONSTITUCIONAL DE TORTURA Y VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS

Benjamín Apolinar Valencia⁸⁶

Introducción

En el presente ensayo se estudia la complejidad del arraigo, que se estableció constitucionalmente en la reforma penal del 2008, como una medida federal preventiva para privar de libertad a personas sospechosas de pertenecer a organizaciones de la delincuencia organizada, y con esto se justifica la práctica del arraigo, pues es utilizado como un medio para investigar a presuntos delincuentes. Y esto se da porque la procuraduría general al no tener mecanismos eficaces de investigación, el mecanismo del arraigo les da el tiempo suficiente para privar de la libertad a las personas mientras se investiga y mientras que si el detenido es culpable o inocente eso se sabrá al término del arraigo. En este ensayo se trata de establecer que el arraigo penal solo ha sido una manera de implementar



⁸⁶Maestro en Ciencias Penales, por la Universidad Mexicana de Educación a Distancia, Doctorante en la Universidad de Ciencias Jurídicas de Morelos, Catedrático de licenciatura y posgrado de dicha universidad, en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica, y en la Universidad Mexicana de Educación a Distancia, Presidente de la Asociación Civil por los derechos humanos MAABHE A.C. Abogado litigante. Correo electrónico: lic.benjaminapolinarv@hotmail.com

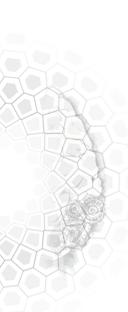


la tortura por los agentes del estado, sin que éste haya dado resultados eficaces hasta la fecha.

Antecedentes

En los tiempos que actualmente está viviendo el Estado Mexicano el cateo, la prisión preventiva y el arraigo penal, son las técnicas de investigación criminal más recurridas por los Ministerios Públicos Federales en México, desde la Reforma Constitucional en donde se establece legalmente el arraigo, en el 8º párrafo del artículo 16 Constitucional. Esto nos da una mezcla de los procedimientos de justicia penal y de seguridad pública en que el arraigo, por ejemplo, se vuelve una mera herramienta de la prisión preventiva, de ahí la conveniencia de determinar como un subsistema de excepción consistente en la aplicación de una especie de pena pre procesal, que ajusta las garantías judiciales de las personas, colocándolas en un limbo jurídico en que no son ni indiciadas ni inculpadas, y en la mayoría de los casos desconocen a la persona que los acusa, bajo la figura de los testigos anónimos, o testigos protegidos, de los cuales se han documentado diversos casos de testimonio rendido bajo tortura. La persona en situación de arraigo ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno, simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora, trastocando las reglas de la normalidad democrática.

El esquema mismo del arraigo, se iguala a una forma de debilitamiento de la personalidad y las barreras de resistencia psíquica de la víctima, típica de las características de tortura. Anteriormente al año 2008, siempre se demandó que el arraigo era totalmente anticonstitucional, puesto que no se encontraba dentro de la Constitución y las autoridades lo utilizaban de forma arbitraria y a su libre albedrío, y con este actuar de las autoridades violaban el derecho a la libertad personal, pues como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su momento en la siguiente tesis, que a la letra dice:



ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL⁸⁷.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, **viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por**



⁸⁷Véase la Tesis aislada: P. XXII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 176030 6 de 13, Pleno, Tomo XXIII, Febrero de, 2006, Pág. 1170, (Constitucional, Penal). De rubro “ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”



un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

El Tribunal Pleno, el cinco de enero en curso, aprobó, con el número XXII/2006, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cinco de enero de dos mil seis.

En este sentido, fue por demás un tema complejo y delicado, puesto que en los diversos juicios las autoridades eran exhibidas de violentar la Constitución con esta figura arbitraria, de tal manera que el legislador dio legalidad a la figura tan discutida y controvertida del arraigo penal, en la reforma de 2008, y como una solución mediática lo elevó a rango Constitucional, estableciendo de esa manera una forma diferente o un procedimiento dualista de ordenar una orden de privación de la libertad legalmente, porque en una manera en que una persona pueda ser detenida o aprendida en un sistema penal garantista como el que ya tenemos, tienen que cumplirse dos supuestos: primero, que haya flagrancia en la comisión de un delito y, segundo, que exista una orden de aprehensión liberada por un juez competente.

Para que el juez pueda liberar esta orden de aprehensión, tendrían que acreditarse varios elementos: si hubiera querrela de la parte ofendida, que se acreditaran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona indiciada o señalada por la denuncia o querrela.

Violación a los derechos humanos

En el arraigo hay un abuso que las autoridades hacen a discreción, lo cual desmiembra una serie de garantías no sólo por la forma en que es



girado, sino también por lo que respecta a su vigencia que puede ser de 40 días o duplicarse hasta 80 a solicitud del Ministerio Público Federal, pues si una persona es sospechosa de estar cometiendo delitos en delincuencia organizada, la orden de privarla de su libertad será totalmente de una forma especial aplicando la figura del arraigo, tal y como lo establece el párrafo 8º del artículo 16 Constitucional⁸⁸.

Especificando que el tema del arraigo sólo es competencia del Ministerio Público Federal, puesto que sólo se decretará en delitos que se traten de delincuencia organizada; la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación lo aclaró en la siguiente tesis:

ARRAIGO. EL ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL LOCAL EL 4 DE ENERO DE 2012, QUE PERMITÍA DECRETARLO CONTRA EL INDICIADO, SIN ESPECIFICAR RESPECTO DE QUÉ DELITOS, VULNERA EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL⁸⁹.

A partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, la figura del arraigo se reguló en el artículo 16, párrafo octavo, y se estableció su procedencia única y exclusivamente para delitos de delincuencia organizada, materia en la cual, por disposición expresa del precepto 73, fracción XXI, inciso b), constitucional, corresponde legislar sólo al Congreso de la Unión. En ese sentido, el artículo 121 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de



⁸⁸Artículo 16 constitucional párrafo 8º...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 lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días...

⁸⁹Véase Tesis aislada: VI.2o.P.21 P (10a.): Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación: Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, Décima Época Pág. 1665, 2008821, 6 de, 74, (Constitucional) bajo el rubro "ARRAIGO. EL ARTÍCULO 121 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL PERIÓDICO OFICIAL LOCAL EL 4 DE ENERO DE 2012, QUE PERMITÍA DECRETARLO CONTRA EL INDICIADO, SIN ESPECIFICAR RESPECTO DE QUÉ DELITOS, VULNERA EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL"



Puebla, en su texto anterior a la reforma publicada en el Periódico Oficial local el 4 de enero de 2012, que permitía el arraigo del indiciado, sin especificar respecto de qué delitos, por lo que se entiende que procedía en cualquiera, siempre que se actualizaran los supuestos a que alude (que atendiendo a las características del hecho imputado y a las circunstancias personales del probable responsable, permitan presumir fundadamente su intención de eludir la acción de la justicia), vulnera el mencionado artículo 16, párrafo octavo, constitucional, porque dicha medida únicamente puede decretarse respecto de delitos de delincuencia organizada; además de que una norma local ya no puede establecer y regular esta figura, en tanto que la facultad accesoria del arraigo únicamente se encuentra a cargo de las autoridades federales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 360/2013. 29 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Rafael Aragón. Secretaria: Marcela Elizabeth García Cante. Nota: Esta tesis refleja un criterio firme sustentado por un Tribunal Colegiado de Circuito al resolver un juicio de amparo directo, por lo que atendiendo a la tesis P. LX/98, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, septiembre de 1998, página 56, de rubro: “TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. AUNQUE LAS CONSIDERACIONES SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES QUE EFECTÚAN EN LOS JUICIOS DE AMPARO DIRECTO, NO SON APTAS PARA INTEGRAR JURISPRUDENCIA, RESULTA ÚTIL LA PUBLICACIÓN DE LOS CRITERIOS.”, no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia. En relación con el alcance de la presente tesis destaca la diversa aislada 1a. CCXLVII/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de junio de 2014 a las 9:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, página 442, de título y subtítulo: “ARRAIGO LOCAL. LA MEDIDA EMITIDA POR EL JUEZ ES INCONSTITUCIONAL.”

Ahora bien, es destacable que el artículo 16 Constitucional en su párrafo 8º, claramente establece que el arraigo lo solicita el Ministerio Público Federal como una manera de justificar su ineficiencia para investigar y demuestra con esta acción que no hay un verdadero profesionalismo en la investigación criminal en México, pues al no tener pruebas fehacientes de que la persona es culpable de algún delito de delincuencia organizada lo más



factible es solicitar el arraigo, porque en caso contrario si se realizara una verdadera investigación judicial y se obtuvieran pruebas de culpabilidad, se solicitaría una orden de aprehensión como lo marca el debido proceso, y no se prestaría a las formas arbitrarias de detención dando como resultado el incremento de quejas por violaciones a los derechos humanos; en el 2013, la Comisión Nacional de Derechos Humanos reportó que la Secretaría de la Defensa Nacional, la Procuraduría General de la República y la Policía Federal, fueron las dependencias federales que recibieron mayor número de quejas de violaciones a derechos humanos, tales como detenciones arbitrarias, tratos crueles, inhumanos y degradantes e intimidación y uso arbitrario de la fuerza⁹⁰. Dicho contexto enmarca la inclusión del arraigo, una medida cautelar y de excepción, en el ordenamiento jurídico mexicano desde 1996 para combatir la delincuencia organizada y que se institucionalizó al ser incluida en la Constitución en el 2008.

En 2011, un ex funcionario de la PGR aseguraba que, a nivel federal, la figura del arraigo “no solamente está vigente, sino que tiene un alto índice de eficacia ya que cerca del 90% de los casos logran ser consignados y encausados procesalmente”⁹¹. Esta afirmación contrasta enormemente con las declaraciones realizadas por el anterior Procurador General de la República, Jesús Murillo Karam, en las que afirma que desde el 2008, se ha dado un “abuso en la aplicación de dicha figura en los últimos cuatro años ya que, de un total de 4 mil órdenes de arraigo, sólo se consignaron 200”⁹².

Como puede apreciarse, se trata de dos opiniones opuestas en torno a la efectividad del arraigo para consignar casos de delincuencia organizada. No obstante, ha sido a través del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con solicitudes hechas a la Procuraduría General de la República que las organizaciones de la sociedad civil han logrado tener



⁹⁰CNDH. Informe de actividades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Del 1º de enero al 31 de diciembre de 2013. CNDH, México. 2014, p. 17.

⁹¹Lara Rivera, Jorge Alberto. “La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos en Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal”, en El arraigo y la securitización de la justicia penal, *Revista Dfensor*; Revista de derechos humanos, número 2, febrero 2012, págs. 8 y 10. Ponencia presentada en el Foro sobre la Reforma Penitenciaria y Arraigo en el Senado de la República 2011.

⁹²Navarro, Israel, Con Calderón consignaron a 200 de 4 mil arraigados. Milenio, 30 de enero de 2013. Ver el siguiente sitio de internet: <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/a66dc0016de9acaba07179bcbe91f167>. (consultado el 5 de marzo de 2017).



acceso a información oficial sobre el arraigo y los efectos para hacer frente a la delincuencia organizada.

En la visita que realizó el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias a México en 2011, se documentó la preocupación por la utilización del arraigo a la luz del aumento de casos de personas cuyo paradero se desconoce. Por ello, recomendó “eliminar la detención mediante arraigo de la legislación nacional y local para prevenir casos de desaparición forzada”⁹³.

En el año de 2014, el Pleno de la Suprema Corte declaró, por ocho votos contra dos, la invalidez de la aplicación del arraigo a nivel local, luego de analizar dos acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en las que se cuestiona la incorporación de esta figura en los Códigos penales de Aguascalientes e Hidalgo⁹⁴. Si bien el fallo de la Corte es relevante al limitar la aplicación del arraigo hacia los delitos graves, resulta insuficiente en tanto no entra al análisis profundo sobre los impactos negativos que genera en los derechos humanos.

Durante las discusiones, los Ministros de la Corte lograron determinar que las entidades federativas no tienen facultades para incorporar el arraigo en sus leyes locales ya que, de acuerdo con la reforma constitucional de 2008, dicha figura estará destinada a combatir la delincuencia organizada, un delito que es del ámbito federal. Además, lograron clarificar los alcances del artículo Transitorio Once que establecía la posibilidad de usar esta medida tratándose de los delitos graves en tanto se establecía el nuevo sistema de justicia penal en 2016. Todo ello constituye una señal alentadora de restringir la amplia aplicación del arraigo en las entidades federativas para los delitos graves. El siguiente paso sería que las discusiones de la corte abordaran los límites de figuras restrictivas, como el arraigo, y el peso que éstas pueden tener en un proceso penal cuando existen claras



⁹³Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Consejo de Derechos Humanos 19 periodo de sesiones, A/HRC/ 19/58/ Add.2, Numeral 89, p. 18.

⁹⁴Acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en contra de los Poderes Legislativo y Ejecutivo del estado de Aguascalientes. Ver el siguiente sitio de internet: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/20022014PO.pdf. (consultado el 5 de marzo de 2017)



afectaciones a la integridad de las personas y al ejercicio de sus derechos. Sin duda, esto sentaría las bases para avanzar hacia la eliminación del arraigo en el ordenamiento jurídico y como herramienta para el combate al crimen organizado⁹⁵.

El arraigo contra discapacitados o personas en estado de vulnerabilidad.

Ahora bien, algo de suma importancia que se debe destacar es por cuanto a las personas que padecen alguna discapacidad o que están en estado de vulnerabilidad y que son arraigados, pues en estos casos el procedimiento es igualmente para todos los arraigados y esta norma contraviene lo establecido por las 100 reglas de Brasilia, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una justicia que protege a los más débiles” (apartados 23 a 34). Y específicamente en sus apartados 52 y 53 establece claramente lo siguiente:

(52) Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos:

- La naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar
- Su papel dentro de dicha actuación



⁹⁵Cecilia Toledo Escobar “El uso e impactos del arraigo en México”, 1a. Edición, abril de 2014, México D.F., p.17.



- El tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo

(53) Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos:

- El tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales
- Los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso
- La forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente
- El tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo⁹⁶.

En relación a lo anteriormente previsto por las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en el marco jurídico mexicano no se prevé ninguno de los aspectos antes mencionados, en esta medida del arraigo, entendamos que es violatorio de los derechos humanos a la luz de la legalidad Constitucional, y eso nos habla que vamos en contra del principio de progresividad tal y como lo establece el artículo 1º de la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Arraigo, un método de excepción en el procedimiento penal

Por otra parte, el arraigo da un método de excepción en el procedimiento de detención de una persona, pues sólo basta que sea sospechosa de participar



⁹⁶Ver el siguiente sitio de internet: <https://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> (consultado el 08 de marzo de 2017).



en la delincuencia organizada para que se dé esta excepción, tal y como lo menciona Luigi Ferrajoli, en su obra, “Derecho y razón”, en la cual explica que la excepción, por otra parte, suele formar la fuente más o menos latente de legitimación externa de toda práctica judicial conscientemente diferenciada de las reglas ordinarias. Las prácticas, de hecho, cada vez que son obstaculizadas por impedimentos legales y garantistas, son contempladas siempre con sentimiento de excepción, es decir, con la idea de que el caso concreto, tanto más si es política o socialmente grave y alarmante, es «excepcional» respecto de la regla. *In atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi*, fue la máxima; claro que todavía puede servir de epígrafe para toda la doctrina penal de la emergencia. Derecho penal de excepción en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada⁹⁷.

En este mismo orden de ideas, los autores Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú⁹⁸ en la obra el arraigo y la securitización de la justicia penal, establecen que: “El objetivo del arraigo no es determinar si una persona es inocente o culpable, sino privarla de su libertad con el fin de obtener información que pudiera ser utilizada con posterioridad para la etapa del juicio. Es decir, la investigación no se lleva a cabo previa a la detención de una persona, sino que ésta es detenida arbitrariamente para ser investigada, contraviniendo los principios básicos de justicia en una democracia. Así, la persona afectada queda sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada. Lo que, es más, ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno; simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora. La persona arraigada vive en un universo paralelo al democrático, donde rigen las excepciones y no las reglas”⁹⁹.



⁹⁷Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, 9a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 808.

⁹⁸Los autores son, respectivamente, director general y director de Incidencia e Investigación de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C. (CMDPDH).

⁹⁹Ver el siguiente sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>, (consultado el 23 de febrero del 2017).



Ahora bien, en el caso del arraigo, es de suma importancia aclarar que no ha dado resultados en el combate contra la delincuencia organizada, pues según su legalización eso era su objetivo, puesto que en el informe de Amnistía Internacional establece las dimensiones del arraigo. El número de órdenes de arraigo concedidas al Ministerio Público Federal aumentó de 542 en 2006 a 1,896 en 2010¹⁰⁰. Entre enero 2008 y octubre 2012 fueron puestas bajo arraigo 8,595 personas, pero solamente 3.2% de ellas han recibido sentencia condenatoria¹⁰¹, lo que demuestra su ineficacia como método que facilite la investigación de la delincuencia organizada.

Algo de lo más notable, es que se enfrentan al derecho de la libertad que tienen los ciudadanos con el pretexto de la seguridad y de esta manera, se abre la puerta para legalizar la tortura en el marco jurídico normativo en México pues tal y como lo menciona Fernando Silva García en su obra “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconventionalidad”, en donde establece que el método que consiste en “primero detener a la persona para después investigarla” es una de las acciones representativas de los sistemas autoritarios, en razón a que implica que todas las personas sean tratadas eventualmente como presuntos culpables y presupone la inexistencia del derecho a la libertad personal, tomando en cuenta que el Estado estaría en posibilidad de disponer de la libertad de las personas en cualquier momento, sin investigación ni defensa alguna, bastando para ello la sola voluntad y el señalamiento unilateral proveniente de las autoridades ministeriales. Asimismo, el método consistente en “primero detener a la persona para después investigarla” pone en riesgo el derecho a la integridad personal del detenido, ya que su sola estancia en un centro de arraigo por hasta 40 u 80 días, serviría en sí mismo como instrumento de coacción y podría abrir la posibilidad de actos de intimidación y tortura para obtener una confesión artificial de los hechos respectivos. Es por ello que el arraigo penal ni siquiera podría ser definido como el método consistente en “primero detener a la persona para después



¹⁰⁰Amnistía Internacional, “Culpables conocidos, víctimas ignoradas; Tortura y Maltrato en México”, Madrid, 2012. pp. 19.

¹⁰¹Información recabada por la CMDPDH a través de solicitudes a la PGR de acceso a la información pública (oficios No. SJAI/DGAJ/06812/20011, No. SJAI/DGAJ/05398/2012 y No. SJAI/DGAJ/11715/2012)



investigarla”]; pues la propia definición, su objeto, sería contrario al Sistema Constitucional e Internacional de los derechos humanos.¹⁰²

Coligado a lo anterior, no existe un recurso adecuado para que la persona arraigada ejerza su derecho a un debido proceso, puesto que violenta derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial, tal y como lo determinó la Corte Interamericana, en el siguiente caso de Andrade Salmón VS el Estado de Bolivia, que para el siguiente trabajo se exhibirá únicamente el sucesivo extracto de la introducción de la causa y de fondo de la mencionada sentencia:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹⁰³
CASO ANDRADE SALMÓN VS. BOLIVIA SENTENCIA DE 1 DE
DICIEMBRE DE 2016
(Fondo, Reparaciones y Costas)

Introducción de la causa y objeto de la controversia

1. El caso sometido a la Corte. – El 8 de enero de 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”), el caso Andrade Salmón en contra del Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante “el Estado”, “el Estado boliviano” o “Bolivia”).
2. Según la Comisión, la controversia versa sobre la supuesta responsabilidad internacional de Bolivia por las presuntas violaciones a la Convención en el marco de tres de seis procesos penales seguidos contra María Nina Lupe del Rosario Andrade Salmón (en adelante también “la presunta víctima” o “la señora Andrade”). Los tres procesos conocidos como “Gader”, “Luminarias Chinas” y “Quaglio” tuvieron lugar por supuestas conductas ilícitas relacionadas con la administración de fondos públicos



¹⁰²Fernando Silva García, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación con forma o inconventionalidad”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 33, 2012.

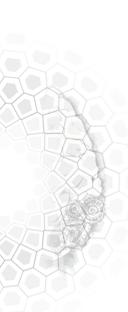
¹⁰³Caso Andrade Salmon vs. Bolivia, sentencia de 1 de diciembre de 2016. Ver el siguiente sitio de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf (consultado el 26 de marzo de 2017).



sucedidas durante el período en el que ejerció los cargos de Concejala, Presidenta del Concejo Municipal y Alcaldesa del Municipio de La Paz. **La Comisión señaló que en dos de los procesos judiciales se habría dispuesto sin motivación la prisión preventiva de la señora Andrade, quien no habría contado con un recurso sencillo y eficaz para cuestionar una de ellas. Adicionalmente, el recurso de habeas corpus se habría ejecutado cinco meses después de ser resuelto y supuestamente tras un proceso complejo. También constató que las resoluciones sobre medidas cautelares orientadas a sustituir la privación anticipada de la libertad, no habrían sido debidamente fundamentadas por cuanto supuestamente se habrían impuesto fianzas sin motivar los montos fijados, y sin tomar en cuenta los medios económicos con los que contaba para ese entonces la presunta víctima. Sostuvo que la medida de arraigo, en virtud de la cual la señora Andrade se encontraría impedida de salir del país desde hace más de diez años, no habría cumplido con los estándares interamericanos respecto a las restricciones en el ejercicio de los derechos. La Comisión consideró que la duración de los tres procesos mencionados no fue razonable, debido a la supuesta actuación deficiente de las autoridades judiciales, al no realizar actos procesales significativos para resolver la situación jurídica de la señora Andrade.**

VII. FONDO

85. A continuación, el Tribunal pasa a considerar y resolver el fondo de la controversia. Para ello, la Corte analizará las alegadas violaciones a los derechos a la libertad personal y a la protección judicial en el marco de los procesos penales internos seguidos contra la presunta víctima en relación con las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana. **Posteriormente, se pronunciará sobre las alegadas violaciones a los derechos a la propiedad, de circulación y residencia y las garantías judiciales en el marco de los procesos penales internos seguidos,** en perjuicio de la señora Andrade en relación con las obligaciones de respeto y garantías establecidas en la Convención Americana. Por último, se abordará la alegada violación a la protección de la honra y dignidad en perjuicio de la señora Andrade así como la presunta violación por parte del Estado a su obligación de adecuar el derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana.



VII.1. DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL¹⁰⁴, A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL¹⁰⁵ EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS¹⁰⁶

A. Argumentos de las partes y de la Comisión

86. La Comisión y los representantes sostuvieron que en los procesos “Gader” y “Luminarias Chinas”, el Estado violó los derechos contenidos en los artículos 7.1, 7.2 y 7.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 8.2 y 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Andrade, por ordenarse su detención preventiva y mantenerla privada de libertad por medio de órdenes de detención que no justificaron la necesidad de la privación con base en el peligro de fuga u obstaculización de la justicia en el caso concreto, y por la falta de fundamentación de los indicios de culpabilidad existentes en su contra. Asimismo, alegaron que, en el proceso “Gader”, el Estado violó el derecho de la señora Andrade a acceder a un recurso sencillo y eficaz para la protección de sus derechos fundamentales en los términos de los artículos 7.6 y 25 de la Convención y, por ello, se violó su derecho a la libertad personal contenido en el artículo 7.1 del mismo instrumento, ya que las sentencias del Tribunal Constitucional sobre habeas corpus de 31 de agosto de 2000 y de 16 de enero de 2001 no fueron efectivas¹⁰⁷...



¹⁰⁴El artículo 7 de la Convención Americana establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. [...]. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona [...]”

¹⁰⁵El artículo 8.2 de la Convención establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]”. El artículo 25.2 de la Convención establece: “Los Estados Partes se comprometen: [...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹⁰⁶El artículo 1.1 de la Convención establece: “Los Estados [...] se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]”.

¹⁰⁷Ver el siguiente sitio de internet: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf (consultado el 19 de marzo de 2017)



El arraigo penal además en su aplicación en sí misma, es una forma de tortura, ya que si acatamos el concepto de tortura que establece la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹⁰⁸, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 del mes de diciembre del año de 1984 y que su texto original de la comentada Convención, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el jueves 6 de marzo de 1986, en el artículo 1.1 establece claramente lo siguiente:

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Aunado a lo anterior, la Convención de Viena establece en su artículo 27, respecto al derecho interno y la observancia de los tratados, que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46., y el Estado Mexicano está desconociendo la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, puesto que, como ya ha sido explicado con anterioridad, el arraigo penal es una forma flagrante de tortura que se está aplicando en el



¹⁰⁸Ver el siguiente sitio de internet: <http://legislacion.sejngob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=CB4dgiYBzZhA5+ZhJducKSSTwdOPWIInvvu7KzONUOE0LDHb81ba8wj31B1trDe> (consultado el 19 de marzo de 2017)



Estado Mexicano en aras de justificar la lucha en contra de la delincuencia organizada, que como ya se ha explicado también, no está siendo efectivo puesto que la gran mayoría de los arraigados salen libres por falta de elementos para procesar.

Organismos Internacionales ya han hecho observaciones al Estado Mexicano; tal es el caso del informe que el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes hizo en su visita a México en 2010, donde relató lo que observó y recomendó lo siguiente en los párrafos 237 y 238.

237. El SPT desea recordar **al Estado mexicano que la persona privada de libertad debe ingresar al lugar de detención plenamente informada e inducida sobre sus derechos y deberes y de las condiciones de su privación de libertad y que debe ser tratada humanamente con respeto a su dignidad.**
238. El SPT considera que la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, **quienes no tienen ninguna condición jurídica claramente definida para poder ejercer su derecho de defensa. El SPT recomienda la adopción de medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra naturaleza para evitar que la práctica del arraigo genere situaciones que puedan incidir en casos de tratos crueles, inhumanos o degradantes**¹⁰⁹.

En el informe que rinde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la situación de violación a los derechos humanos en México (OEA/Ser. L/V/II. Doc. 44/15 31 de diciembre 2015)¹¹⁰, puntualizó en su numeral 314 lo siguiente:

La CIDH ha manifestado anteriormente su preocupación, sobre la existencia de la figura de arraigo, y ha exhortado al Estado a eliminarla de su normativa interna¹¹¹. Durante los últimos años, la Comisión ha recibido numerosas denuncias



¹⁰⁹Ver el siguiente sitio de internet: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=522075964>. (consultado el 12 de marzo de 2017).

¹¹⁰Ver el siguiente sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>. (consultado el 11 de marzo de 2017).

¹¹¹CIDH, Comunicado de Prensa No. 105/11, CIDH concluye visita a México, 30 de septiembre de 2015

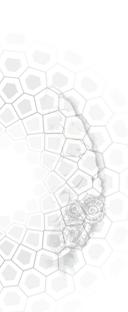


sobre la utilización del arraigo para detener a personas sospechosas en casas particulares, hoteles e instalaciones militares, sin el respeto de las garantías judiciales, y propiciando que las personas privadas de libertad se enfrenten al riesgo de ser sometidos a malos tratos, e incluso tortura. Asimismo, esta Comisión advierte que diversos órganos de Naciones Unidas, y Organizaciones de la Sociedad Civil, tanto a nivel nacional como internacional, han señalado que el arraigo fomenta el uso de la detención como medio de investigación vulnerando derechos como la libertad personal y las garantías personales, además de que propicia un clima en el que las personas privadas de libertad corren el riesgo de ser sometidos a malos tratos y tortura¹¹². En consecuencia, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura, el Comité contra la Tortura, el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, y la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados han solicitado al Estado Mexicano su eliminación¹¹³.



¹¹²Los organismos internacionales que se han pronunciado en contra de la figura el arraigo son los siguientes: Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Misión a México, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 49; Comité contra la Tortura, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, 49º período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012), párr. 11; Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Consejo de Derechos Humanos, 19 periodo de sesiones, A/HRC/19/58/Add.2, 20 de diciembre de 2011, párrs. 30 y 88; Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/17/30/Add.3., 18 de abril de 2011, párrs. 60- 64. Por su parte, tanto el Comité contra la Tortura como el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, se pronunciaron contra esta medida, incluso antes de elevarse a rango constitucional. Comité contra la Tortura. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. párr. 1G; Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México, 27 de octubre a 10 de noviembre de 2002. E/CN.4/2003/8/Add.3, 17 de diciembre de 2002, párr. 50. De igual forma, diversas organizaciones de la sociedad civil también se han pronunciado al respecto: Observatorio Ciudadano del Sistema de Justicia, El uso del arraigo a nivel federal, en el estado de Nuevo León y el Distrito Federal: Análisis de constitucionalidad, legislación y práctica, 2015; Fundar, Centro de Análisis e Investigación, El uso e impactos del arraigo en México, 2014; ASILEGAL, Documenta y otros, Informe sobre la Situación de las Personas Privadas de Libertad, Visita a México del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura, 2014; CMDPDH y OMCT, El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos. Informe ante el Comité contra la Tortura con motivo de la revisión del 5º y 6º informe periódico de México, 2012; Human Rights Watch, Ni Seguridad, Ni Derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México. 2011.

¹¹³Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, Misión a México, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 49; Comité contra la Tortura, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, 49º período de sesiones, 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012; Informe del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Consejo de Derechos Humanos, 19 periodo de sesiones, A/HRC/19/58/ Add.2, 20 de diciembre de 2011, párr. 88; Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/17/30/Add.3., 18 de abril de 2011, párr. 64.



En el mismo sentido, el organismo especialista en derechos humanos Human Rights Watch declaró que, “El arraigo contraviene algunos de los principios más fundamentales de la Constitución de México, como las garantías frente a detenciones arbitrarias, ofrece a los Agentes del Ministerio Público un incentivo perverso para privar a personas de su libertad sin antes haber efectuado una investigación exhaustiva, y vulnera garantías básicas contra la tortura”, aseveró José Miguel Vivanco, director para las Américas de Human Rights Watch. “La única forma de asegurar que se realicen investigaciones eficientes y profesionales, y de contrarrestar la negligencia y los abusos que ha fomentado esta modalidad de prisión preventiva, es eliminar el arraigo completamente de la Constitución”¹¹⁴.

El director para las Américas de Human Rights Watch (HRW) José Miguel Vivanco, aseguró que México debe eliminar del texto Constitucional la figura del arraigo, porque es una herramienta con la que han contado Servidores Públicos, especialmente del Ejército y la Marina, para actuar sin límites.

Y el mismo organismo en el año 2013, al participar en el foro Ante la Visita del Presidente de Estados Unidos de América, Barack Obama: Derechos Humanos, Armas y Drogas en la Relación México/Estados Unidos, que se llevó a cabo en el Senado, subrayó que la mejor opción para evitar detenciones arbitrarias con el pretexto del arraigo, sería su eliminación completa de la Constitución. Esta figura afirmó: No es compatible con el Estado de Derecho porque genera negligencia y falta de profesionalismo de las fuerzas de inteligencia para investigar adecuadamente¹¹⁵.



¹¹⁴Ver el siguiente sitio de internet: <https://www.hrw.org/es/news/2013/04/25/mexico-debe-eliminar-el-arraigo-de-laconstitucion> . (consultado el 13 de Marzo de 2017).

¹¹⁵Ver el siguiente sitio de internet: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/6780-boletin-1507-pide-human-rights-watch-eliminar-arraigo-para-evitar-impunidad-y-detenciones-arbitrarias.html>. (consultado el 13 de Marzo de 2017).

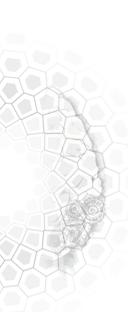


Arraigo: forma de tortura

El arraigo es una forma de tortura para hacer declarar a la persona arraigada, o inculparlo a través de los métodos ilegales de tortura, tal y como lo demuestra uno de los casos que están en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un informe de admisibilidad de una petición de una víctima para que esta comisión intervenga y que fue admitida con el informe número 7/15 con el número de petición 547-04 y que fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 29 de Enero de 2015. En los numerales 8 y 9 del informe que realiza la CIDDH, se demuestra una práctica general por parte de los agentes estatales para generar tortura en contra de las personas arraigadas, ya que en dicho informe se relata lo siguiente:

8. A raíz de las lesiones producidas, el peticionario señala que habría sido trasladado al Hospital Gea González de Tlalpan, en la Ciudad de México, donde le habrían indicado que debido a las agresiones recibidas, le fue destruido totalmente su recto. Indica que fue operado de urgencia y que permaneció un mes en el hospital hasta nivelar la sangre que perdió. Pese a ello, debido a la complejidad de la operación, aduce haber sido intervenido nuevamente.
9. Posteriormente, el peticionario habría sido llevado a una casa de arraigo (no especifica fecha), en la cual habría permanecido por dos meses, y en la que su estado de salud habría empeorado por la lesión en sus órganos internos. Indica que durante todo este tiempo, no le habría sido informada la razón de su detención.

Y pese a los diferentes reclamos de Organismos Internacionales de derechos humanos, que junto con la ONU coinciden en que el Estado Mexicano retire el arraigo de la Constitución Mexicana, puesto que es una flagrante forma de tortura y una herramienta para inculpar a las personas arraigadas, el Estado Mexicano se opone rotundamente argumentando que es necesario por la violencia generalizada que vive el país, sin aceptar que es justificable por la falta de preparación de las policías investigadoras, las



cuales no hacen una verdadera investigación profesional y así realizar o pedir órdenes de aprehensión conforme a la legalidad que establece el debido proceso. La tensión entre “seguridad y derechos humanos” se manifiesta en el arraigo en forma agravada, pues la naturaleza y la práctica misma de esta medida cautelar, desmienten la compleja composición de valores y principios que informan y limitan al derecho penal; como potestad punitiva, el derecho penal de los Estados democráticos impone límites a la actividad persecutora de delitos, tanto por lo que se refiere a la conducta punible como a la responsabilidad del autor. El arraigo como figura procesal constituye una regresión peligrosa a estadios pre garantistas, en donde el procedimiento estaba basado en la detención de la persona para realizar la investigación.

No obstante a las claras muestras de las terribles implicaciones del uso del arraigo, la práctica jurídica mexicana usa y abusa de la medida cautelar con especial predilección por las justificaciones de corte coyuntural y alarmista, como la violencia generalizada o los altos índices delictivos; para más tarde, en muchos casos, durante la consignación o el proceso, descubrir que se trata de conductas no graves o fuera de los supuestos previstos y autorizados por la previsión constitucional y legal correspondientes¹¹⁶.

Como se puede apreciar, el arraigo es una forma de tortura puesto que no hay una acusación o una imputación directa hacia la persona arraigada; por el contrario, el Ministerio Público Federal solicita una orden de arraigo con puras sospechas u/o indicios, para que le den un término perentorio para investigar y después, si tiene suerte, poder fundar una acusación, eso en caso de que encuentre elementos, ya que en la mayoría de los casos son detenciones que no terminan con órdenes de aprehensión, como ya ha quedado explicado en líneas anteriores; esto da como resultado que se vulneren los derechos humanos a la luz de la legalidad constitucional y contraviniendo ordenamientos internacionales, como por ejemplo el artículo 2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, que a la letra dice:



¹¹⁶Mercedes Peláez Ferrusca, “Criterios jurisprudenciales de la corte interamericana de derechos humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: la detención y el arraigo”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra edición, p. 248.



Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. En ningún caso podrán invocarse **circunstancias excepcionales** tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o **cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.**
2. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura¹¹⁷.

En el presente artículo, claramente se deja establecido que no habrá circunstancias excepcionales y en este caso el Estado Mexicano, argumentando que es prioridad la seguridad pública, y dada la gravedad que se vive en el país, se sigue aplicando una circunstancia de excepción tal y como la Cámara de Diputados da contestación a la iniciativa de ley presentada por la Diputada Federal por el partido Acción Nacional, Emma Margarita Alemán Olvera, cuando presentó una iniciativa de reforma para la eliminación del arraigo el día 19 de Abril de 2016 y a la cual la Cámara de Diputados le contestó lo siguiente:

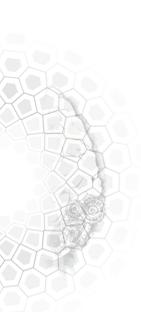
Palacio Legislativo de San Lázaro, a 13 de mayo 2016.

NO RECOMENDABLE POR CUESTIONES DE IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO Y RAZONES DE POLÍTICA CRIMINAL la

“Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se deroga el párrafo 8º del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.



¹¹⁷Ver el siguiente sitio de internet:<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>. (consultado el 02 de enero de 2017).



Observaciones.

La Fundación comparte en principio la preocupación de la proponente al querer eliminar la figura de arraigo en razón de los argumentos que aduce, sobre todo los relativos a derechos humanos. No obstante, por los motivos que más adelante se expresan, la opinión institucional es que debe permanecer en el derecho positivo tal medida cautelar, sobre todo en el presente momento histórico de implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio...

En relación con el artículo antes mencionado, el arraigo debe entenderse como una medida cautelar dirigida a restringir la libertad de una persona siempre y cuando cumpla con diversos requisitos entre los cuales pueden ser que existe una **investigación que reporta indicios razonables sobre la participación en la comisión de algún delito grave o de delincuencia organizada**; cuando es necesaria la restricción contemplada, pero por **circunstancias excepcionales** resulta imposible aplicar una de las figuras ordinarias para realizar una detención. Con base en el propio concepto de arraigo se desprenden las condiciones esenciales del arraigo en materia penal: la existencia del delito grave o de delincuencia organizada y la investigación e indicios razonables sobre la participación del sujeto en la comisión del ilícito, cabe mencionar que dicha figura no debe basarse en una situación delictiva hipotética, futura e incierta; de lo contrario la privación de la libertad sería una actuación arbitraria e injustificada por no actualizarse la existencia del delito.

El Estado Mexicano aun cuando reconozca que es violatorio a derechos humanos, y que sí se lleva una excepción en las órdenes de arraigo, como lo señalan las Convenciones aquí mencionadas, y aun cuando argumente que la figura del arraigo no se quiere quitar de la Constitución por una política criminal que impera en el Estado, es plenamente obligatorio que el Estado mexicano adecue la norma jurídica a los estándares Internacionales de Derechos Humanos, dado que México es parte de diversos instrumentos internacionales que protegen a estos, como lo es la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, convención publicada en el diario oficial de la federación, el viernes 11 de septiembre de 1987, y que de la misma manera establece en su también artículo 2 lo siguiente:



Artículo 2

Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, **con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.** Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica¹¹⁸.

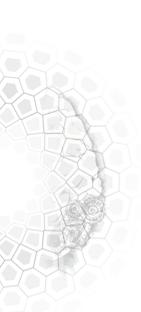
Conclusiones

Dado lo anterior, tenemos que arraigo: Es la medida cautelar, que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la integración de la averiguación previa o durante el proceso penal y con ello evitar que se sustraiga de la acción de la justicia¹¹⁹. De lo anterior se desprende que el arraigo se establece con el único fin de investigar, dado que la policía sólo tiene sospecha mas no pruebas de la culpabilidad del arraigado, y que a través de esa investigación se establecen métodos intimidatorios como medidas para arrancar una confesión o una incriminación, sin que el arraigo haya dado resultados para abatir la criminalidad en México. Como ya ha quedado debidamente establecido, el párrafo 8° del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un total retroceso en la progresividad de los derechos humanos, y no se adecua con las convenciones antes mencionadas ni con los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es parte, aunado a las recomendaciones por parte de Naciones Unidas y diferentes organismos internacionales en derechos humanos, en donde insisten que se debe de



¹¹⁸Ver el siguiente sitio de internet: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html> (consultado el 05 de febrero de 2017).

¹¹⁹Vidal Díaz Leal Ochoa, “Policía Federal Ministerial, Memoria documental 2006-2012”, Procuraduría General de la República, Gobierno Federal, p. 29.



eliminar el arraigo penal en México. Por lo anterior, es de suma importancia adecuar la normatividad nacional y eliminar el arraigo Constitucional, puesto que es una clara involución de los derechos humanos y va en contra de todo lo manifestado por el artículo primero Constitucional y demás reformas al debido proceso.



Referencias

Bibliográficas

Lara Rivera, Jorge Alberto. *La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos en Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, en *El arraigo y la securitización de la justicia penal*, Revista Dfensor, Revista de derechos humanos, número 2, febrero 2012, págs. 8 y 10. Ponencia presentada en el Foro sobre la Reforma Penitenciaria y Arraigo en el Senado de la República 2011.

Cecilia Toledo Escobar *El uso e impactos del arraigo en México*, 1a. Edición, abril de 2014, México D.F. P. 17.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 808.

Amnistía Internacional, *Culpables conocidos, víctimas ignoradas; Tortura y Maltrato en México*, Madrid, 2012. pp. 19.

Fernando Silva García, *El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación con forma o inconventionalidad*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, No. 33, 2012.

Mercedes Peláez Ferrusca, *Criterios jurisprudenciales de la corte interamericana de derechos humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad: la detención y el arraigo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra edición, pág. 248.

Vidal Diazleal Ochoa, *Policía Federal Ministerial, Memoria Documental 2006-2012*, Procuraduría General de la República, p. 29.



Normativas

Mexicanas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Internacionales

100 Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención Contra la Tortura y Otros Tratos O Penas Crueles, Inhumanos O Degradantes.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Electrónicas

Sitio de internet de consulta de tesis mexicana: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx> (consultado el 5 de febrero de 2017).

Sitio de internet de la Comisión Nacional de Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/anuales/2013_I.pdf (consultado el 2 de marzo de 2017).

Sitio de internet: <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/a66dc0016de9acaba07179bcbe91f167>. (consultado el 5 de marzo de 2017)

Sitio de internet: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Add2_sp.pdf (consultado el 5 de marzo de 2017).

Sitio de internet del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/20022014PO.pdf (consultado el 5 de marzo de 2017).

Sitio de internet de la revista de derechos humanos Dfensor: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf>. (consultado el 23 de febrero de 2017)



Sitio de internet: Caso Andrade Salmon vs. Bolivia, sentencia de 1 de diciembre de 2016. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf (consultado el 26 de marzo de 2017)

sitio de internet: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=522075964>. (consultado el 12 de Marzo de 2017).

sitio de internet: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>. (consultado el 11 de Marzo de 2017)

Sitio de internet: <https://www.hrw.org/es/news/2013/04/25/mexico-debe-eliminar-el-arraigo-de-laconstitucion>. (consultado el 13 de Marzo de 2017).

Sitio de internet: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/6780-boletin-1507-pide-human-rights-watch-eliminar-arraigo-para-evitar-impunidad-y-detenciones-arbitrarias.html>. (consultado el 13 de Marzo de 2017).



MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y BUEN GOBIERNO

Rubén Toledo Orihuela¹²⁰

Conceptos de Mediación, a manera de introducción

La Real Academia de la Lengua Española conceptualiza que la mediación es la acción y efecto de mediar y la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio¹²¹

Es evidente que con la mediación se busca un término medio en un conflicto, procurando la reconciliación en todo momento, además de evitar un proceso de litigio que regularmente se torna largo y costoso.



¹²⁰Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Catedrático en licenciatura y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad, y Director de la mencionada Facultad. Correo electrónico: rubentoledo_o@hotmail.com

¹²¹Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la lengua española, en: <http://dle.rae.es/?id=OjnsTUN> (consultada el 7 de junio de 2017).



González Calvillo¹²² sostiene que la mediación, es un procedimiento autocompositivo que consiste fundamentalmente en que un tercero llamado mediador, quien debe contar con una experiencia debidamente acreditada en la negociación o conciliación de controversias, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento necesarios a fin de que las partes lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades, mismo que comúnmente queda plasmado en un convenio de transacción.

En ese tenor, consideramos que la mediación es un procedimiento autocompositivo¹²³, pues, no existe un tercero supra partes, no hay imposición de la solución por parte de un tercero, sino que son las propias partes las que por sí mismas acuerdan los puntos de encuentro y una solución consensuada.

Asimismo, se dice que la mediación es un sistema alternativo de resolución de conflictos, una posibilidad extrajudicial de resolución de conflictos. Una de las instituciones o procesos que forman parte del movimiento de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Es decir, se pone el acento en el término alternativo como elemento diferenciador de la mediación respecto de la justicia formal, incorporándose en muchas de las definiciones de aquella, así como elemento aglutinador de la mediación respecto a otros procedimientos de resolución de conflictos, llamados en consecuencia ADR¹²⁴.

Se advierte que la mediación se constituye en una alternativa extrajudicial de solución de conflictos, como la negociación y el arbitraje:

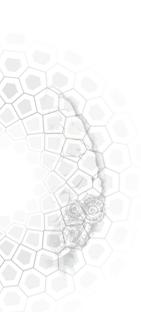
Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas, asegura que la mediación es un proceso voluntario que se lleva a cabo con carácter confidencial, en el que una persona sin intereses creados y que ha recibido la formación necesaria, a la que se le denomina mediador, presta ayuda a las partes para llegar a un acuerdo negociado en relación con una controversia o diferencia ,y en el que las propias



¹²²González Calvillo, Enrique, “La mediación en México”, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/ent/ent8.pdf> (consultada el 7 de junio de 2017).

¹²³Aunque sabemos que hay autores que la clasifican dentro de los mecanismos heterocompositivos (verbigracia, véase Cornelio Landero, Eglá, Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano, en Barataria, revista castellano-manchega de ciencias sociales, No. 17, 2014, p. 85, en <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf> consultada el 14 de junio de 2014).

¹²⁴Sánchez F., Flora E., “La Mediación; Instrumento de Solución de Conflictos”, en: <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/23a.htm> (consultada el 14 de junio de 2017).



partes están en control de la decisión de zanjar la cuestión y los términos de cualquier solución¹²⁵.

Se destaca del anterior concepto de mediación, que necesariamente debe ser un proceso voluntario y confidencial, en el cual interviene una persona con la capacidad y formación necesarias, denominado “mediador”, que solamente auxilia a las partes para que ellas mismas encuentren la solución a sus controversias:

Pinkas Flint afirma que la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica estas mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol el mediador calma los estados de ánimo exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias¹²⁶

Del anterior concepto, se advierte que la mediación es una variante del proceso de negociación, con la particularidad de la intervención de un tercero denominado mediador, quien asume el rol de facilitador.

Para Gorjón Gómez, la mediación es un proceso de alto sentido humano. Los razonamientos y sentimientos de las personas, así como el equilibrio de los intereses y la armonía que se puede lograr en cualquier tipo de relación jurídica, nos acercan a la equidad, y por ende, a la justicia¹²⁷.



¹²⁵Oficina del Ombudsman de las Naciones Unidas en: <http://www.un.org/es/ombudsman/medservices.shtml> (consultada el 14 de junio de 2017).

¹²⁶Peña González, Oscar, “Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos: teoría y práctica”, Flores, México, 2010, p. 47.

¹²⁷Gorjón Gómez, Francisco Javier, “Métodos alternos de solución de controversias, enfoque educativo por competencias”, Editorial Patria, México, 2011, p. 97.



Es evidente que, con el medio alternativo de solución de controversias, particularmente, la mediación, se puede lograr el equilibrio de los intereses de las partes involucradas en conflictos, acercándonos al valor de la justicia.

Desde una perspectiva humanista, Cabrera Dircio refiere que:

En la cultura de la paz, la mediación, como un medio alternativo, siempre será de suma importancia, pues será mejor y mucho más satisfactorio un acuerdo entre las partes que un litigio largo, prolongado y costoso que resulte en una sentencia que satisface sólo a uno y que se entiende que es quien gana, por eso la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas y civilizadas, pues la gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos, al no abandonarlos en manos de un tercero como es el juez¹²⁸.

Se coincide en la perspectiva de mediación anteriormente citada, pues, en sociedades civilizadas, las partes involucradas en conflictos, tienen que resolverlos de común acuerdo y sin intervenir en procesos judiciales.

Buscando una definición más sencilla, podríamos decir que, la mediación significa intervenir entre dos partes hostiles y ayudarles a llegar a una solución¹²⁹.

En efecto, la mediación se constituye en un medio alternativo simple de solución de controversias, en el que interviene un tercero independiente del problema para auxiliarles a ambas partes a buscar soluciones que puedan satisfacerlos.



¹²⁸Cabrera Dircio, Julio, "Estado y Justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional", Coyoacán, México, 2012. p.95.

¹²⁹Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), "Panorama Internacional de derecho de familia, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados", Universidad Autónoma de México, Tomo I, Matrimonio, Divorcio y Medios Alternativos de Solución de Conflictos, México, 2006, p. 269.



Clasificación de la Mediación

Son varias las clasificaciones que se cuentan por los doctrinarios y que las han realizado de acuerdo a los ámbitos jurídicos o destinatarios de la implementación, a saber:

A. Por su naturaleza

Se clasifica la mediación por su naturaleza en tres tipos:

- 1) Mediación obligatoria u oficial: Que se utiliza en el evento en que ésta se encuentre regulada de manera impositiva por la ley en determinadas circunstancias previstas en la norma.
- 2) Mediación voluntaria o privada: A ella se llegan a someter en forma voluntaria las partes, sin que las normas les obliguen.
- 3) Mediación optativa: Se utiliza de manera opcional por parte de aquel que dentro de un proceso judicial sería el agraviado, demandante, actor o pretendiente, y que una vez elegido como medio de solución es obligatorio para la otra parte. Ejemplo de esta variación es el procedimiento que en Argentina se sigue para los juicios de desalojo y en procesos de ejecución.

B. Por la materia objeto del conflicto

Esta clasificación que emerge de la doctrina es importante por cuanto a que en ella se tipifica la mediación por su materia o área jurídica de implementación. Así hay:

- 1) Mediación familiar, que será objeto de estudio detallado por ser objeto principal de esta investigación, y que se formula con el objeto de zanjar discusiones y restablecer el orden, de manera similar a otros medios alternativos pero con mayor énfasis por la naturaleza misma de la relación personalísima



de sus actores “aquí se destaca la importancia de conservar la relación interpersonal”¹³⁰.

- 2) Mediación civil y comercial, aplicable en las materias enunciadas y dirigida a particulares en general y comerciantes en particular.
- 3) Mediación penal, de posible implementación en casos de delitos menores, sirve en el proceso de reflexión y concientización de las partes, sus roles y derechos.
- 4) Mediación laboral, que un primer momento, previo a la labor de conciliación y/o arbitraje, se constituye en el núcleo de actuación de las juntas y centros de conciliación y arbitraje, para asuntos en materia laboral.
- 5) Medición ecológica, que no se limita a recursos particulares o estatales puesto que representa un medio de defensa contra daños al medio ambiente, visto éste último como el derecho humano de tercera generación que representa y que en las últimas décadas ha cobrado tanto interés e importancia global.

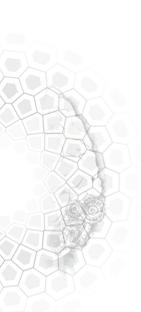
C. Propósitos de la Mediación

En sus diversos ámbitos de aplicación y por ende en las diversas áreas del derecho, la mediación ha demostrado ser una herramienta eficaz, económica y rápida para la solución de controversias. Su principal propósito como todos los medios alternos, es la de solucionar los conflictos de manera sencilla, directa, ágil, flexible o ajustable a las necesidades y situaciones particulares de las partes.

La operatividad de este medio le permite lograr soluciones voluntarias y negociadas a los conflictos interpersonales o grupales, mediante la intervención de un tercero neutral que les conduce pacíficamente hacia



¹³⁰Cabrera Dircio, Julio, *ob. cit.*, p. 65.



los acuerdos en medio de las diferencias de posiciones de sus actores, propiciando un óptimo clima de confianza y justicia.

En todo caso, según Peña González, el propósito u objeto de la mediación:

Consiste en ayudar a las partes a generar sus propias soluciones para resolver el conflicto. El mediador dirige el proceso pero no sugiere fórmulas de solución. Las partes deciden completamente el contenido del acuerdo. El mediador ayuda a las partes, que asisten voluntariamente, a aislar los problemas, a entender los puntos de vista de ambos y a explorar posibles soluciones. El mediador hace posible que cada uno sea escuchado completamente y crea una atmósfera propicia para que las partes se sientan cómodas hablando entre sí¹³¹.

La Mediación familiar

¿Por qué es necesaria una Mediación Familiar?, porque durante el Siglo XX se ha dado una transformación en las instituciones las cuales han sufrido grandes variantes, como la familia; esta institución se definía como la unión de un hombre con una mujer, en donde además se procreaban hijos; pero hoy la unión puede ser de dos hombres o dos mujeres, su novedad, recae en su diversidad¹³²; y entonces se presentan variantes en las familias, con o sin hijos, divorcios, familias compuestas donde se reúnen hijos de dos matrimonios, familias con una madre como jefa de la misma, etc. Algo que hace muy complejas las relaciones familiares y donde el Derecho se ha quedado atrás.

Con este panorama de diversidad familiar, el Derecho tiene que actualizarse, y mientras eso ocurre, una de las formas más importantes de resolver la variedad de los conflictos que surgen en estas nuevas familias, es la Mediación Familiar, la cual es el objeto de estudio de este trabajo.



¹³¹Peña González, Óscar, *ob. cit.*, pp. 46-47.

¹³²Orozco Pardo, Guillermo *et al.*, "Tratado de Mediación en la resolución de los Conflictos", ed. Tecnos, Madrid, 2015, pp. 175-176.



El uso de medios alternos de solución de conflictos, llena el vacío jurídico y jurisdiccional de las sociedades actuales en todas partes de este mundo globalizado, porque parte de las propias necesidades de los mediados para entablar la comunicación y resolver el conflicto que los aqueja, de su propio interés y sus propias necesidades de justicia, una justicia pronta y expedita.

En el ámbito familiar, se recomienda a todas luces el medio alternativo de la mediación familiar, en razón de que los miembros de dicha unidad son los idóneos para encontrar soluciones a sus propios conflictos.

Principios rectores de la Mediación Familiar

El proceso de mediación se caracteriza por una serie de principios de aceptación casi universal, entre los que se destacan, la naturaleza autocompositiva, siendo las partes en conflicto las que, auxiliadas por un especialista, buscan encontrar soluciones satisfactorias para ambos.

1. Sistema extrajudicial (autocompositivo)

“Se trata de solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance”¹³³.

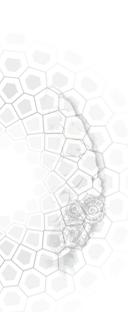
La solución al conflicto familiar no es impuesta por terceros como en los procesos judiciales o arbitrales, sino que es negociada y de común acuerdo tomada por las partes, sin que el mediador tenga poder de decisión alguno.

2. Sistema cooperativo (no adversarial)

La mediación familiar es un sistema cooperativo, en el que se persigue la necesidad de, ante la ruptura de pareja, mantener “puentes abiertos” de comunicación suficientes, para pacificar el conflicto y salvaguardar intereses



¹³³*Ibidem*, p. 248.



superiores a los propios de la pareja, como son el interés de los hijos y del resto de parientes implicados en las relaciones emocionales (abuelos, tíos...) y en ausencia de hijos, el propio interés de la dignidad de cada uno de los miembros de la pareja. Frente a la solución tradicional heterocompositiva, donde la estructura del debate es de defensa a ultranza de las posiciones e intereses de cada parte, la mediación familiar estructura el proceso a través del sistema cooperativo, empatizador, y no adversarial. La máxima es “yo gano”, “tú ganas” y, sobre todo, “nuestros hijos ganan”¹³⁴.

Es evidente que, ante un conflicto familiar, con el proceso de mediación familiar, se debe buscar la protección de los intereses de los hijos y del resto de parientes implicados en las relaciones familiares.

3. Carácter personalísimo

Este principio supone que la asistencia a la mediación no puede delegarse, ha de llevarse a cabo por el profesional y es necesario que las partes asistan personalmente a las reuniones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios¹³⁵.

Naturalmente que en el proceso de mediación no pueden existir representantes ni intermediarios, en razón de que garantiza plenamente la satisfacción de las partes.

4. Flexibilidad y antiformalismo

Hablamos de un proceso circular no preclusivo. El proceso judicial está sometido a plazos, prescripciones y caducidades que responden a un principio constitutivo del proceso cual es el de la seguridad jurídica. No se puede estar eternamente debatiendo los conflictos¹³⁶.

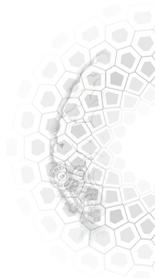
Es claro que el proceso de mediación se debe desarrollar de la forma que mejor se adapte a la solución de la controversia planteada, pudiendo ser circular, pues, se pueden volver a tratar los asuntos cuantas veces sean necesarias.



¹³⁴*Ibidem*, p. 249.

¹³⁵Cfr: García, Lucía, “Mediación familiar; Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, Dykinson, Madrid, 2003, p. 146.

¹³⁶Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *ob. cit.*, p. 250.



5. Voluntariedad

Es uno de los principios que históricamente ha sido más debatido, en el sentido de que hay sistemas legales que lo establecen como obligatorio y previo al proceso judicial, como requisito de procedibilidad, y otros que son bastante generalizados de que la mediación preceptiva no es recomendable¹³⁷.

Uno de los principales atributos de la mediación es su carácter voluntario, en caso contrario no tendría sentido, ya que lo que pretende, es establecer acuerdos surgidos de la libre voluntad de las partes y respetarlos.

6. Neutralidad

La neutralidad requiere que la persona mediadora no oriente y menos imponga a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando pues, plantear alternativas dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores del mediador¹³⁸.

Con el principio de neutralidad se pretende que los principios y valores propios del mediador, queden fuera y se abstenga de exteriorizarlos en el proceso de mediación. El mediador debe abstenerse de dar opiniones personales sobre los temas que se estén mediando, en razón de que su función será la de facilitar la comunicación entre las partes, quienes son las únicas legitimadas para acordar soluciones.

7. Imparcialidad

Podemos definir la imparcialidad, dentro del ámbito de la mediación familiar, como la cualidad de no tomar partido por alguien, siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso o implícito en cualquier proceso¹³⁹.

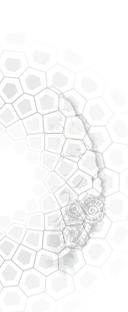
En la mediación familiar debe existir imparcialidad, no debe favorecerse a una u otra de las dos personas, o a uno o a otro grupo. El mediador debe respetar los intereses de cada parte y conducirse por criterios de verdad y la equidad.



¹³⁷ *Ídem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 251.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 253.



La imparcialidad es definida por García Tomé¹⁴⁰, como la posición de la persona mediadora que permite ayudar a ambos sin tomar partido por ninguno de ellos, respetando los intereses de cada parte, aunque es de la opinión de que la persona a cabo desequilibrios de capacidad negociadora apoyando unas veces a uno y otras al otro. Hay elementos objetivos que rompen la imparcialidad del mediador: tener relación personal o de amistad o parentesco, o bien tener enemistad manifiesta o intereses contrapuestos o relación de dependencia personal o profesional con las partes.

Es claro que en la mediación familiar debe existir imparcialidad, el mediador debe abstenerse de realizar actuaciones que comprometan dicha condición y en caso de que pudiese verse afectado dicho principio, el mediador deberá rechazar el caso o en su caso ser inhabilitado para ejercer dicho proceso.

8. Confidencialidad

Para Martí Sole¹⁴¹, al comentar la Recomendación número R (98) 1¹⁴², establece que la mediación familiar deberá llevarse a cabo en privado y lo que en ella se trate debe ser considerado confidencial.

El principio de confidencialidad es esencial en el proceso de mediación familiar, ya que permite generar un ambiente de confianza entre las partes y el mediador. El mediador está obligado a guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante la mediación, por lo cual las partes tienen la seguridad de que los asuntos tratados no serán expuestos por el mediador.

9. Profesionalismo

Para que la mediación familiar tenga éxito, se requiere que quienes la lleven a cabo tengan la formación adecuada. En ese sentido se suele hablar del principio de la profesionalización, aunque no es homogéneo el criterio de cómo debe llevarse a cabo¹⁴³.

El principio de profesionalización se refiere a la necesidad de que los mediadores familiares tengan una cualificación profesional y una experiencia previa en relación con los temas a tratar, además de tener



¹⁴⁰Citada por Belloso Marín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso, “¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía, y resolución de conflictos”, Dykinson, Madrid, 2008, p. 286.

¹⁴¹Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *ob. cit.*, p. 253.

¹⁴²Recomendación de fecha 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros de la Unión Europea a los Estados miembros en mediación familiar, tomada en la 616ª sesión de los Delegados de los Ministros.

¹⁴³Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *ob. cit.*, p. 254.



una formación especial, a través de cursos teóricos y prácticos en mediación familiar, sociología de la familia, psicología de la pareja, estructuras familiares, derechos de la familia y menores.

Características de la mediación familiar

Como en todos los ámbitos de aplicación de la mediación, ésta se encuentra revestida de características que de manera básica le estandariza y distingue frente a otros medios alternos de solución de controversias.

Las principales características de la mediación son las siguientes:

- **Flexibilidad:** Su ajuste es continuo, de tal manera que los procesos se siguen sin encuadrarse de manera rígida a formatos de actuación previstos, desarrollándose de la forma en que mejor se adapte a la situación que ha llevado a las partes a acudir a la mediación¹⁴⁴.
- **Informalidad:** Se observa como fruto de su anteriormente vista procedimental adaptación a las condiciones del conflicto y de las partes.
- **Voluntariedad:** El procedimiento de la mediación sólo puede iniciarse a instancia de las partes en conflicto, y una vez iniciado pueden de común acuerdo apartarse del procedimiento o desistir del mismo en cualquier momento¹⁴⁵. De esa manera, las partes optan libremente por la mediación, y deciden así mismo aportar u ocultar la información que consideren pertinente y/o necesaria.
- **Personalismo:** El tipo de actos que se desarrollan en virtud de la mediación son de carácter personal y su rol, capacidad de decisión y responsabilidad, son por tanto intransferibles a terceros bien sean estos intermediarios o apoderados. Por lo anterior es directa



¹⁴⁴Alzate Sáez de Heredia, R., Soletto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (Coords.), “Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente”, Tecnos, España, 2007, p. 364.

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 362.



y personal la decisión de asistir o no a las sesiones y de entregar información o no.

- **Confidencialidad:** El tercero neutral escucha a las partes en conjunto y por separado, propendiendo por la sana escucha de las necesidades e intereses de los atores, para crear un cálido ambiente de confianza, sin temor a que la información suministrada o vertida en el proceso de mediación pudiera ser empleada en contra de sus intereses en otro medio de solución de controversias o en un juicio posterior¹⁴⁶. Lo anterior no obsta para que en medio del proceso, las partes puedan conocer toda la información suministrada en las diferentes sesiones, en que pueda ser divulgada a terceros ajenos al proceso.
- **Transparencia e Imparcialidad:** Es propio de la naturaleza de la mediación y por ende del mediador, el no juzgar posiciones o razones, ni tomar partido en el asunto, esto es, no asumir como propia la posición de alguna de las partes inmersas en el conflicto, garantizando así el desarrollo pacífico de las sesiones en el mejor clima de confianza posible.

No se pretende con este medio el juzgar o asumir la posición de un juez, ni se trata de asumir la defensa de las partes o de sus intereses, lo que distingue el papel del mediador frente al rol o papel de los abogados¹⁴⁷.

Algunos autores como Peña González¹⁴⁸, describen otras características de la mediación, como son:

1. Que el mediador es elegido por las partes o por tercero, y debe ser una persona que posea los dotes necesarios para hallar soluciones a problemas que las partes, por iniciativa propia, no están en capacidad de brindar.
2. Es sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y el arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas



¹⁴⁶ *Ídem*.

¹⁴⁷ García Villalunga, Leticia, "Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia", Reus, España, 2006, p. 396.

¹⁴⁸ Cfr. Peña González, *ob. cit.*, p. 48.



hallar “en familia” y de manera directa, la solución que no ha sido posible aún materializarse.

3. Trata de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que sólo tiene fuerza de recomendación. El mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí mismas la solución directa del conflicto.
4. El tercero, pese a no tener autoridad sobre la decisión en sí, sin embargo, ayuda a las partes en el proceso de adoptarlas, actúa como catalizador de ellas.

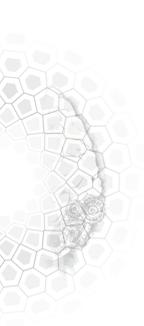
Al identificar claramente el concepto, objeto y características de la institución jurídica de la mediación, es posible comprender integralmente y con mayor claridad, la proyección de este medio de solución que cada vez cobra más fuerza en el mundo del derecho como en la cotidianidad.

Conclusiones

Expuesto lo anterior, en conclusión, se expone que la Mediación es un instrumento jurídico de paz; y un buen gobierno tiene en la Mediación una posibilidad valiosísima para el mantenimiento de esa paz en célula de su sociedad, que es la familia. En esa tesitura, se piensa que la implementación de la mediación en el plano familiar debe emerger de instancias cercanas a cualquier individuo, por ende, las instituciones educativas, así como los centros o instituciones de todos los niveles, principalmente del nivel superior, se deben convertir en laboratorios sociales que propicien la especialización de los educandos, así como el desarrollo y promoción de una cultura nueva hacia la paz, y en consecuencia la Mediación familiar se debe convertir en herramienta interdisciplinaria del cambio social.

La proyección social que se espera de las instituciones de educación debe orientarse a los fines del Estado, esto es, hacia la búsqueda de la consolidación del cambio de mentalidad y formas de actuar requeridos, partiendo de la esfera local, y para ello se requiere el compromiso de los actores de todos los sectores.

Se enfatiza que la Mediación es la vía pacífica de solución de conflictos que, en términos humanos, de tiempo, recursos y costos, ha



mostrado ser eficiente, porque además de privilegiar la libre decisión de las partes, la cooperación y el compromiso mutuo, facilita la pacífica continuidad de las relaciones reduciendo así la posibilidad de futuros litigios, que tanto laceran a la familia.



Referencias

Bibliográficas

Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *Panorama Internacional de derecho de familia, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Autónoma de México, Tomo I, Matrimonio, Divorcio y Medios Alternativos de Solución de Conflictos, México, 2006.

Alzate Sáez de Heredia, R., Soletto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (Coords.), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Tecnos, España, 2007. Belloso Marín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso, *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía, y resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2008.

Cabrera Dircio, Julio, *Estado y Justicia alternativa, reforma al artículo 17 constitucional*, Coyoacán, México, 2012.

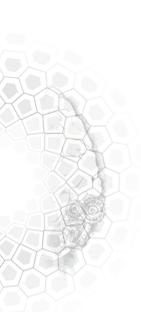
García, Lucía, *Mediación familiar; Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Dykinson, Madrid, 2003.

García Presas, Inmaculada. *La mediación Familiar desde el Ámbito Jurídico*, Juruá Internacional, Lisboa, 2010.

García Villaluenga, Leticia, *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*, Reus, España, 2006, p. 396.

García Villaluenga, Leticia y Bolaños Cartujo, Iñaki, *La Mediación familiar: una aproximación interdisciplinar*, Ediciones Trea, S.L., España, 2006.

Gorjón Gómez, Francisco Javier, *Métodos alternos de solución de controversias, enfoque educativo por competencias*, Editorial Patria, México, 2011.



Orozco Pardo, Guillermo y/os; *Tratado de Mediación en la resolución de los Conflictos*, ed.

Tecnos, Madrid, 2015.

Peña González, Óscar, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos: teoría y práctica*, Flores, México, 2010.

Hemerográficas

Pérez Contreras, María de Montserrat, *Mediación familiar en el Distrito Federal, Un acercamiento al procedimiento y su regulación*, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Electrónicas

Cornelio Landero, Eglá, *Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano*, en Barataria, revista castellano-manchea de ciencias sociales, No. 17, 2014, en <http://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf> consultada el 14 de junio de 2017).

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la lengua española, en: <http://dle.rae.es/?id=OjnsTUN> (consultada el 7 de junio de 2017).

González Calvillo, Enrique, *La mediación en México*, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt8.pdf> (consultada el 7 de junio de 2017).

Oficina del Ombudsman de las Naciones Unidas en: <http://www.un.org/es/ombudsman/medservices.shtml> (consultada el 14 de junio de 2017)

Sánchez F., Flora E., *La Mediación; Instrumento de Solución de Conflictos*, en: http://www.legalinfo-panama.com/articulos_23a.htm (consultada el 14 de junio de 2017)



LA JURISPRUDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA, LA GOBERNANZA COMPLEJA ABIERTA PARA EL GOBIERNO

Dr. Juan de Dios González Ibarra¹⁴⁹

Introducción

Las reflexiones que intentaremos llevar a cabo dirigidas hacia el buen gobierno serán desde una posición habërleana¹⁵⁰, pues consideramos el Derecho como una ciencia cultural en continuo cambio y perfeccionamiento que nos permite dirigirnos hacia una vida mejor y también, –lo que está contemplado en varias constituciones–, hacia la felicidad del ser humano, tomándola como un producto de la sociedad en su momento histórico determinado, estando de lado de Häberle –quien desde hace un cuarto de siglo, precisamente desde su obra *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* de 1982 defiende esta teoría–, desde la acción de que “el método utilizado en el presente trabajo se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos”¹⁵¹.



¹⁴⁹PITC. FDCS. UAEM. SNI II. CONACYT. PROMEP. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Autónoma del Estado de Morelos. drdiosgi@hotmail.com

¹⁵⁰Häberle, Peter, “El Estado constitucional”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, p. 79.

¹⁵¹Häberle, Peter, Habermas, Jürgen, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale, “La constitucionalización de Europa”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2004, pp. 23-25.



Nuestra reflexión se enriquecerá con una mirada desde la epistemología jurídica con objeto de poder, desde la teoría del conocimiento, ejercer la crítica constructiva que corresponda al metaconcepto de la jurisprudencia; esto implica integrar la parte dogmática con la teorética; unión necesaria para el avance de la jurisprudencia, y la ciencia y los saberes jurídicos. Nos adscribimos a la postura de Paolo Grossi, quien sostiene que “se impone una recuperación del derecho...liberado de creencias indiscutibles y de liturgias culturales que desembocan en aquellos lugares comunes que son el pantano asfixiante de todo hombre de cultura.

En otras palabras, si se realizara aquel lavado epistémico que el jurista más despierto sin duda ya empezó a realizar...Y consideramos necesario retomar la saludable intuición de quien, en el curso del siglo XX, supo zafar el derecho del abrazo constringente del Estado y lo reubicó en el seno materno de la sociedad”¹⁵² y que en sus obras enfrenta contra la validez formal legalista la efectividad como observancia ciudadana convencida de los valores del derecho que permiten la armonía social, gracias al consenso. Este autor sostiene en otra obra¹⁵³ que “una de las funciones, y desde luego no la última, del historiador del derecho es la de ser la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral puede parecerle simple, resquebrajando sus convicciones acrílicas, relativizando certezas demasiado absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación cultural...esta visión, reforzada recientemente al arreciar la ráfaga kelseniana, tiene un costo altísimo: la pérdida de la dimensión sapiencial del derecho”.

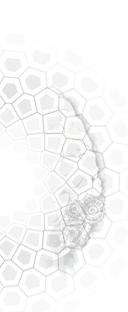
En la elaboración de nuestra respuesta utilizamos diversas lógicas, entre ellas la difusa¹⁵⁴, al sostener la tesis de que el Derecho es un sistema complejo que exige una particular forma de razonamiento deóntico, que



¹⁵²Grossi, P., “La recuperación del derecho”, en *Metapolítica*, Vol. II, No. 55, 2007, pp. 42-43.

¹⁵³Grossi, P., “Mitología jurídica de la modernidad”, Trotta, Madrid, 2003, pp. 15-16.

¹⁵⁴Al respecto consúltese a Moles, A. “Las ciencias de lo impreciso”. Miguel Ángel Porrúa. UAM. México, 1994, p. 99. También véase a quien es considerado en Estados Unidos como el padre de la lógica difusa el iraní Lofti A. Zadeh, así en su última participación en noviembre de 2007 en Taiwán en el 14º Congreso Internacional de Aplicaciones de Sistemas Inteligentes a Sistemas de Fuerza, mencionó que “la lógica difusa está inspirada en las capacidades humanas de razonar y tomar decisiones en un ambiente de imprecisión, incertidumbre, información



en el estado actual de la ciencia jurídica se conceptúa por algunos autores, como Manuel Atienza, desde la perspectiva de la argumentación jurídica¹⁵⁵, visión que es sumamente importante para la jurisprudencia. Conforme con lo mencionado anteriormente habremos de señalar desde diversas perspectivas, como es la citada del Derecho como argumentación de Atienza, la de ciencia cultural de Häberle, la de la ciudadanización o recuperación de la historia¹⁵⁶ del Derecho de Paolo Grossi, la garantista¹⁵⁷ de Luigi Ferrajoli con su ley del más débil, así como del razonamiento deóntico¹⁵⁸.

La epistemología arquitectónica y la dogmática jurídica

El papel del derecho jurisprudencial es encauzar al Estado en sus funciones dentro de un sistema normativo constitucional democrático y social. En otros términos, la jurisprudencia constitucional delimita el poder tanto del Estado como de los grupos de presión políticos y económicos, por cuanto regula las instituciones de aquel y las demandas de las mismas, sobre la base de la sapiencia jurisprudencial.

Cabe destacar que desde la epistemología arquitectónica¹⁵⁹ la jurisprudencia implica para nosotros contener *prudencia* y *sapientia*. Apoyamos nuestra posición aduciendo que desde la Roma republicana, para describir la noción de prudencia, Cicerón se refirió a ella de la siguiente manera: *rerum expetendarum fugiendarum scientia*, es decir, es



incompleta y parte de la verdad y, la capacidad de desarrollar una amplia variedad de tareas físicas y mentales sin ningún tipo de mediciones y cálculos, sobre la base de percepciones de distancia, velocidad, dirección, intención, probabilidad y otros atributos de los objetos físicos y mentales”.

¹⁵⁵*Opus cit.*, p. 241.

¹⁵⁶Grossi, Paolo, *Mitología...*, p. 15. “Una de las funciones, y desde luego, no la última, del historiador del derecho es la de ser conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral parece simple, resquebrajándole sus convicciones acrílicas, relativizando certezas absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación”.

¹⁵⁷Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Madrid, Trotta, 1999, p. 32.

¹⁵⁸Juan Palomar de Miguel la menciona como “ciencia que estudia y analiza los problemas sobre valoración jurídica”. Risieri Frondizi es un autor clásico al respecto con su obra *¿Qué son los valores?*, FCE, México, 1994.

¹⁵⁹Para nosotros la epistemología arquitectónica es el saber que permite construir la innovación en cualquier campo de la sapiencia.



el arte que nos lleva a alcanzar unas cosas y huir de otras, traducida en otras lenguas como: *jurisprudencia* en portugués, *jurisprudence* en inglés y francés, *giurisprudenza* en italiano y *jurisprudenz* en alemán; en esta lengua también se le traduce como *Rechtswissenschaft*, *judikatur*, *Rechtsprechung*. El concepto siguiente proviene de la jurisprudencia analítica inglesa (*jurisprudence* o *theory of law*) creada por John Austin, quien la desarrolló a partir de las ideas de Jeremy Bentham. Para Austin existe una diferencia nítida entre lo que es y debe ser el Derecho, es esto de lo que se ocupa la jurisprudencia (como estudio profundo de los diversos temas jurídicos) y lo primero que es objeto de la ley o ciencia de la legislación. De donde afirmo que la legislación presupone la existencia de la jurisprudencia.

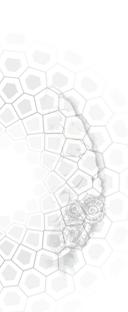
De lo apuntado en los párrafos anteriores, puede desprenderse la concepción general de la jurisprudencia como el estudio reflexivo y profundo del Derecho, y a este amplio concepto se le ha denominado *jurisprudencia dogmática*. Tamayo y Salmorán describe con claridad este concepto amplio de jurisprudencia, en los siguientes términos:

La expresión ‘dogmática jurídica’ (expresión equivalente a ciencia del derecho o a jurisprudencia, en su sentido clásico) designa la actividad que realizan los juristas cuando, *quae juristas*, describen el derecho. Actividad que los juristas habitualmente denominamos: doctrina. En lo que sigue haré uso preferentemente del término jurisprudencia (*jurisprudencia*), el cual significa *quod litteris extat*: conocimiento del derecho; éste es su significado originario. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, puedo caracterizar la jurisprudencia como la disciplina conocida comúnmente como doctrina que describe y explica el material tenido por derecho, sin cuestionar su validez. Normalmente la jurisprudencia dogmática se encuentra en los escritos de los juristas. Cuando los juristas hacen jurisprudencia su propósito es describir un determinado derecho.”¹⁶⁰

En el mismo orden de ideas, Ronald Dworkin, en su obra *Taking Rights Seriously*, describe a la jurisprudencia como las cuestiones recalcitrantes



¹⁶⁰SCJN, “Estudio Sistemático de la Jurisprudencia”, México, 2005, p. 48.



donde no está claro de qué manera han de resolverse los problemas conceptuales que van más allá de las técnicas ordinarias de la práctica jurídica, y a las que se ha denominado en el derecho inglés como “cuestiones de jurisprudencia” y que, por ello, los jueces no están de acuerdo en si se trata de temas que convenga resolverlos por estar referidos a temas tan esenciales, que por ello son dogmáticos y provienen de cuestiones que son motivo de análisis a la luz de la teoría del derecho¹⁶¹.

La jurisprudencia, desde nuestro enfoque, implica el estudio del derecho y sus relaciones con la filosofía, la moral, la religión, la retórica, la medicina, la historia, la filología, etcétera. Por todos esos campos de la realidad ha de reflexionar el jurista, porque sólo así logrará adentrarse en la ancha realidad de la vida. Sin embargo, no a través de un conocimiento técnico o científico, pues la prudencia del derecho aquí deviene además en sapiencia que no erudición del derecho.

En el derecho procesal, también podemos considerar a la jurisprudencia como una actividad sapiencial que podemos lograr de la extracción de las decisiones o fallos de las autoridades encargadas de resolver los procesos jurisdiccionales. El metaconcepto en esta área del derecho, puede comprender la razón de la razón de los principios y doctrinas establecidas en las sentencias y actuaciones de los tribunales. Aunque la definición de jurisprudencia varíe de un autor a otro es constante la remisión a una *labor interpretativa*.

Antecedentes del razonamiento jurídico e interpretación judicial

El estudio del razonamiento, entendido como la serie de conceptos encaminados a demostrar una cosa o a persuadir a oyentes o lectores, encuentra su primer antecedente en los escritos de lógica de Aristóteles, y después en el gran recorrido a través de las diferentes teorías tendientes



¹⁶¹ *Ídem*.



a explicar la interpretación del derecho, como lo fueron entre otras, la filosofía hobbesiana; el movimiento codificador que habla del silogismo perfecto de Beccaria; la dogmática jurídica; la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia por intereses; la *teoría de la concretización del derecho* sostenida por Alf Ross, que dentro de su flexibilidad se mueve dentro del terreno del neopositivismo jurídico; la teoría de la interpretación jurídica dentro de una teoría general de la interpretación de Emilio Betti; y una gran cantidad de otras teorías más recientes que sostuvieron autores como Theodor Viehweg, Gianbattista Vico, Stephen E. Toulmin, Karl English, Luis Recaséns Siches, Hans Georg Gadamer, M. Heidegger, T. Neil MacCormick, Robert Alexy y por último Aulis Aarnio.

La interpretación judicial, también conocida como interpretación usual, es aquella que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales como actividad siempre necesaria y previa para la correcta aplicación del derecho. En palabras de Savigny: “es un conocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecernos como verdadera”¹⁶² El objeto–fin de la interpretación judicial, es una cuestión clara que no presenta duda alguna en la doctrina: la labor interpretativa que realizan los órganos jurisdiccionales deja de ofrecerse como una tarea de arqueología jurídica y se brinda como un intento arduo de proyección del derecho hacia la casuística de cada día. El resultado de la interpretación, a decir de Ascarelli, no es otro que la norma lista para ser aplicada.

Sintetizando lo anteriormente expuesto, podemos decir que la interpretación judicial, como actividad intelectual, queda hermenéuticamente plasmada en la sentencia decisoria que dictan los órganos jurisdiccionales, resultado final de dicha actividad. Dentro de la sentencia, se encuentran incluidos los siguientes elementos que el juez toma en consideración para elaborarla: las palabras de la legislación aplicable al caso denunciado, las interpretaciones proporcionadas para cada una de las partes, las reglas procesales que deben observarse, las orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, las expectativas de justicia de la conciencia social y, finalmente, el convencimiento del propio Juez, que debe ser libre.



¹⁶²Von Savigny, F., citado por SCJN, *La Jurisprudencia...* p. 182.



Epistemología: la jurisprudencia de la jurisprudencia

El análisis de los conceptos de la jurisprudencia a la luz de la axiología y epistemología, nos permitirá con mayor solidez metódica aproximarnos a la identificación de la jurisprudencia de la jurisprudencia, esto es, a reconocer la tesis de la tesis de esta investigación; para ello, primero es necesario desprender de los diversos conceptos formulados por la doctrina especializada y por los órganos jurisdiccionales facultados para emitirla, su estricto alcance y contenido, es decir, advertir que el estudio de la jurisprudencia tiene por objeto tres vertientes, a saber: la de ser confirmatoria del sentido de la norma, la de intérprete de la norma o integradora de ésta. El operador jurídico al tener que resolver un problema sometido a su conocimiento, en primer lugar deberá identificar el tipo de problema, sea de relevancia, de interpretación, de prueba y de calificación, según la teoría de MacCormick, con el uso de las corrientes jurídico-metodológicas.

Ante un problema de interpretación, precisará de qué tipo de asunto interpretativo se trata y con qué herramientas hermenéuticas lo resolverá, partiendo no sólo del conocimiento positivo que la ley le proporciona, sino de la identificación de los valores que el marco normativo tutela, para que de la conjunción de los conocimientos y valores realice un estudio exhaustivo sobre las constancias que integran el expediente, a efecto de que mediante la reflexión epistémica, presente un proyecto de solución con contenido axiológico y con valor epistémico no sólo jurídico, producto de la conjunción del estudio reflexivo y metódico para que con aplicación reflexiva de la norma, se alcancen los valores que persigue el Derecho y aproximarse a la verdad histórica y jurídica, conforme al Derecho, razón y valores.

El operador jurídico deberá ser capaz de distinguir entre las herramientas jurídico- metodológicas que la ciencia jurídica le ofrece, cuál de ellas se aproxima al valor fundamental que busca el Derecho, o sea, la realización de la justicia, entendida como la búsqueda constante, permanente e incesante de dar a cada quien lo que le corresponde. Porque de lo contrario, la aplicación forzada de la jurisprudencia pervierte su propia esencia y se

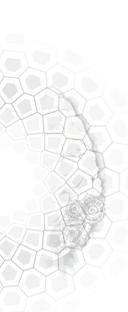


convierte en un fraude al espíritu, porque no sólo aparenta el respeto al cauce formal, sino que, al utilizarla sin valor, ética y respeto a los cánones metodológicos, lesiona a todo el sistema jurídico.

Así pues, el juzgador tiene que romper la inercia que actualmente lo lleva a la aplicación automática de criterios jurisprudenciales en sus fallos, con la idea de que la fuerza del precedente lo respalda; porque en la mayoría de los casos, ese uso excesivo e innecesario del precedente sustituye sus propios motivos y argumentos justificatorios que soportan su decisión, cediendo con ello parte de su independencia judicial, al abstenerse de emitir criterios propios y efectuar verdaderas normas individualizadas en cada sentencia.

También reconocerá que no es suficiente la invocación de ese respaldo formal; es decir, al aplicar la jurisprudencia tiene que ser necesariamente un auténtico jurisprudente, pues la *natura rei* de ésta le exige esa virtud, esto es, debe rechazar al memorista irreflexivo; pues, la institución de la jurisprudencia exige un saber del conflicto y un hacer reflexivo. Con el desarrollo epistémico de la jurisprudencia o el metaconcepto nos dará la razón de la razón y en esta lógica se enuncian los siguientes metaconceptos derivados de tal reflexión.

- a) El juzgador que aplica reflexivamente la jurisprudencia, necesariamente debe ser un jurisprudente, ya que no basta ser un conocedor de la ciencia jurídica, sino se requiere ser un garante fiel de los valores que la axiología le impone para alcanzar los postulados de la norma y la realización constante y perpetua de aproximarse a los cánones de la justicia, es decir, que la jurisprudencia de la jurisprudencia o razón de la razón de ésta debe permitir que el Derecho avance, que vaya de acuerdo con la realidad histórica cambiante.
- b) Las claves epistémicas están dadas por el cambio, que el Derecho en una lucha entre permanencia y cambio nos exige y esa lucha entre permanencia y cambio se logra sólo a través de la aplicación reflexiva, metódica y valorativa de la jurisprudencia como camino correcto para modernizar al Derecho.



Así, del análisis del marco teórico, metodológico, axiológico y epistémico, la jurisprudencia se explica a sí misma como la mejor forma de alcanzar la finalidad del Derecho; sólo través de la identificación del tipo de problema jurídico a resolver, la adecuada elección del método y la directriz que la axiología le proporciona al operador jurídico, podrá proponer una resolución apegada a Derecho, con valores y razón, por consecuencia que satisfaga no sólo las exigencias que el *ius* positivismo establece a través de la norma, mediante el cumplimiento de requisitos mínimos de legalidad, como los de fundamentación y motivación, sino actualiza el cumplimiento de la axiología al hacer efectivos los valores que la norma implícitamente procura; y, con el quehacer reflexivo logra los rompimientos epistémicos para crear un Derecho superior, legítimo, justificado en sí mismo.

En efecto, no basta el uso de los conocimientos ónticos y ontológicos en la aplicación del Derecho para aproximarnos a la justicia, sino que es requisito *sine qua non* el empleo del conocimiento epistémico, porque sólo a través de la reflexión en la aplicación de los saberes jurídicos se consigue la certeza que el Derecho busca prudentemente.

Aunque lo afirmado parece formar parte del conocimiento común, lo cierto es que no es así, pues la realidad jurídica presenta con frecuencia casos prácticos donde los órganos de decisión terminal en materia de legalidad (Tribunales Colegiados de Circuito) legitiman perversiones del Derecho, abusos de poder y se fomenta la impunidad. De ello se da cuenta al final de la presente investigación, con un ejemplo de un juicio de naturaleza laboral patrocinado por uno de los autores cuando fungió como abogado postulante y que defendió en última instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esto tiene la única finalidad de ejemplificar que la falta de identificación de los problemas jurídicos, la ausencia de aplicación de métodos, directrices interpretativas, argumentos y reflexión, al resolver los conflictos sometidos a la decisión de los órganos de decisión terminal en muchos de los casos provoca el pronunciamiento de resoluciones dogmáticas, en perjuicio de los justiciables.



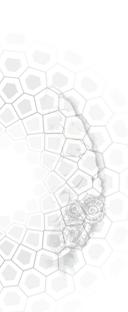
Problemas de interpretación del lenguaje y silencio de la ley

Dentro de los problemas de interpretación y aplicación del lenguaje y literaturas jurídicas se encuentran muchos, uno de ellos es el que inciden sobre la ambigüedad o vaguedad, entendiendo por la primera a aquella oración que puede expresar más de una proposición o significado, aquí la lógica difusa antes mencionada nos es muy útil al manejar la incertidumbre, las fronteras que se interpenetran dialécticamente de la moral y el derecho. Debido a que:

- a) las palabras y proposiciones que integran la literatura jurídica tienen más de un significado;
- b) la oración tiene una equívocidad sintáctica.

La vaguedad, se refiere a aquello que en un mundo social construido por sociedades cambiantes tiene existencia, como lo reconoció lúcidamente desde inicios del siglo pasado Bertrand Russel y lo han desarrollado recientemente pensadores como L. Zadeh, buscando el mejor manejo lógico de lo difuso en cada frontera, situación, valoración u oración imprecisa o indeterminada. La jurisprudencia como forma de integración de la ley ante la indeterminación de la norma o de enunciados jurídicos que muestran vaguedad, debe elaborarse y ser difundida cuando su contenido se refiera a la aplicación sapiencial e integración de la ley.

Esto se presenta cuando el legislador por lo general de la ley, no puede prever y lógicamente ha omitido un supuesto normativo necesario en el sistema de normas, o al establecerlo resulta imposible averiguar su sentido o significado por la vaguedad, generalidad e imprecisión de los enunciados, provocándose así un silencio o nebulosidad respecto de un punto que necesariamente debía ser regulado, o bien cuando se genera un rechazo o diferentes interpretaciones de las premisas. A esta forma de omisión legislativa comúnmente se le ha denominado laguna de la ley y, las autoridades jurisdiccionales, al resolver un asunto que es sometido a su potestad, pueden enfrentarse con una norma donde el sentido de la decisión que deben asumir haya sido abierto por la generalidad de la propia ley por el legislador.



En ciertas ocasiones el silencio de la ley se resuelve mediante la utilización de la supletoriedad; sin embargo, es un principio general de derecho que el silencio, oscuridad o deficiencia de la ley no autoriza a los Jueces a dejar de resolver una controversia, además de que el *non liquet* o práctica de absolver de la instancia está prohibida por el artículo 23 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

Uno de los temas más importantes, es contemplar a la víctima del delito no como el sujeto “pasivo” cuando es el que recibe el daño ya sean lesiones, homicidio, robo, etc., por lo que procede la metáfora de que es el sujeto activo del delito, “es la rosa destrozada por un patán insensible”, en materia criminal nos falta incorporar el principio del interés superior de la víctima, como orientador de la acción jurídica para estar acordes con el nuevo paradigma del Estado Constitucional, esta carencia provoca hoy que la violación de derechos se presente cotidianamente en México hacia quien recibe el daño, cabe aquí la metáfora de que el Estado está más preocupado por el delincuente que por quien es el ofendido “el agua es más importante que el contenido de la sopa”.

Gobernanza multinivel y rendición de cuentas

La gobernanza multinivel es un término que se refiere a un arreglo institucional en el que hay responsabilidad compartida entre dos o más autoridades por el ejercicio de alguna tarea de gobierno. Detrás de este proceso en que se ha delegado a estados y municipios la implementación de ciertos programas federales, está el supuesto de que hay ganancias en eficiencia. Y, de la misma forma, se ha buscado construir relaciones de cooperación entre distintos ámbitos de gobierno, por el principio de que la acción coordinada de más de un ámbito de gobierno, aumenta la efectividad de las políticas públicas. Pero estos principios, supuestos y premisas, operan sólo en presencia de una rendición de cuentas efectiva. De lo contrario, descentralizar políticas, delegar responsabilidades y promover la coordinación puede generar espacios de decisión fuera del control democrático; puede, asimismo, diluir la responsabilidad pública



(pues ante múltiples actores responsables, el ciudadano no sabrá a quién exigir cuentas, y cada uno de esos actores puede construir alegatos para no asumir la responsabilidad por los resultados de la acción coordinada); puede, finalmente, generar ineficacias y dispendios, pues la falta de exigencia, vigilancia y sanción por las responsabilidades compartidas, genera incentivos contrarios al uso efectivo de recursos y al ejercicio eficaz de las atribuciones.

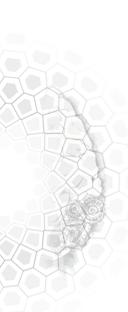
En pocas palabras: múltiples actores responsables significan, a un tiempo, varios centros de decisión, diversos mecanismos de ejecución y múltiples flujos de información. Pero esto se traduce, por un lado, en la fragmentación de la autoridad, pues ninguno de los gobiernos participantes puede hacerse cargo por sí solo del conjunto de la acción pública, pero, por el otro, a la dispersión de la responsabilidad, pues cada uno de estos actores puede, en el mejor de los casos, rendir cuentas de una porción del trabajo compartido, pero ninguno de ellos asumirá la responsabilidad por el trabajo común. Esta dispersión de la responsabilidad es un problema central en la rendición de cuentas intergubernamental: en tanto que no sea posible identificar qué porción del trabajo común está asignada a cada autoridad, y en tanto que cada autoridad no asuma su compromiso con el trabajo común (y entienda que la contribución de cada uno es mayor al simple cumplimiento de reglas y procesos), no será posible exigir cuentas por la acción colectiva.

Cuando nos referimos al concepto de rendición de cuentas en la gestión pública, normalmente pensamos en la forma de cómo contribuye a la consolidación de un Estado democrático. Sin embargo, muy pocas veces analizamos las dificultades que la rendición de cuentas implica al interior de las instituciones públicas, como resultado de los distintos mecanismos o instrumentos administrativos que cada dependencia y entidad adopta como parte intrínseca de su gestión institucional¹⁶³.

Este ensayo contribuye a entender la vinculación de los conceptos de gestión pública y rendición de cuentas a partir de una revisión del



¹⁶³Velasco Sánchez, Ernesto, "Gestión pública y rendición de cuentas ¿un enfoque basado en cumplimiento o uno basado en resultados?", Secretaría de la Función Pública, México, 2011.



proceso histórico de conformación del Estado moderno; al ubicar la noción de rendición de cuentas como un factor indispensable en la mejora del desempeño de las instituciones del gobierno; así como al identificar cuáles son las nuevas y antiguas formas de rendición de cuentas que están presentes en la administración pública con lógicas y exigencias diferentes y, en no muy pocos casos, contradictorias.

La rendición de cuentas, en inglés *accountability*, es un elemento central de las democracias que se refiere a la obligación de los actores públicos (funcionarios electos y designados) de ofrecer información, explicaciones y justificaciones respecto de sus actos, de manera que los ciudadanos puedan discernir si el gobierno está actuando en línea con el interés general o el bien común y sancionar las posibles desviaciones identificadas¹⁶⁴.

Aún más, las nuevas formas de interacción entre gobierno y sociedad, sumadas al desgaste de los modelos estado-céntricos de desarrollo, implican una reconfiguración de la acción pública en la que se privilegia cada vez más el establecimiento de redes de cooperación intersectorial (Estado-sector privado-sociedad civil) en la implementación de políticas, la regulación de comportamientos y la provisión de bienes y servicios públicos, donde las formas tradicionales de rendición de cuentas no son ya suficientes.

La rendición de cuentas está compuesta por los siguientes elementos básicos, que pueden entenderse como interrelacionados o que se refuerzan mutuamente: *La obligación de presentar información suficiente respecto al comportamiento o desempeño personal u organizativo.*- Esto puede incluir la presentación de informes o reportes de manera regular, pero también dar respuesta a los requerimientos de información que se hagan.

El derecho de los ciudadanos y sus representantes de hacer una valoración o formarse una opinión sobre la información presentada.- Esto requiere que el sujeto de la rendición de cuentas presente argumentos o justificaciones que expliquen su comportamiento pasado. El componente público de la rendición de cuentas democrática implica que esta discusión debe ocurrir a la luz o frente al público ciudadano, de manera abierta a la



¹⁶⁴Ver Luis Carlos Ugalde, "Rendición de cuentas y democracia: El caso de México", México, IFE, 2002.



participación libre de diferentes grupos y de los ciudadanos en general, que deben poder expresar sus puntos de vista sin restricciones.

Que existan consecuencias como resultado de la valoración realizada de las cuentas entregadas.- Es decir, que las dependencias del gobierno, por un lado, reconozcan los comportamientos sobresalientes e identifiquen y sancionen aquellos otros que incurrieron en faltas y, por el otro, se generen cambios que prevengan la recurrencia de los actos perniciosos.

Respecto a la pregunta de ante quién se rinde cuentas, existe una enorme variedad de alternativas. La primera forma de rendición de cuentas, y que es la forma cotidiana de hacerlo por parte de los gerentes públicos, es aquella que se realiza ante una autoridad superior. En segundo lugar, se puede rendir cuentas ante un ciudadano individual, normalmente con relación a asuntos que le afectan de manera directa.

Otra forma de rendición de cuentas es la denominada “rendición social de cuentas”, referida a aquella que se hace ante actores de la sociedad en general, ya sean grupos comunitarios, organizaciones de la sociedad civil o ante los medios de comunicación. Muchas veces, estos mecanismos de rendición social de cuentas, que dependen de una ciudadanía activa y capaz de movilizarse, pueden ser mecanismos más flexibles, creativos y capaces de despertar un grado mayor de interés en la sociedad, aunque comúnmente resultan débiles en términos de generar consecuencias, es decir, con frecuencia no logran generar cambios en las formas de actuación de las autoridades públicas.

El tema de frente a quién se rinde cuentas ha dado lugar a varios modelos “espaciales” de *accountability*, destacando el propuesto por O’Donell, que distingue entre rendición de cuentas vertical, referida a la rendición de cuentas a lo largo de la cadena de mando, desde el funcionario de ventanilla hasta el Presidente de la República, quien responde ante los ciudadanos; y la horizontal, que se refiere al sistema de pesos y contrapesos entre diferentes poderes del Estado.



Gobierno abierto y corrupción

Hoy en día, el término “Gobierno Abierto”¹⁶⁵ es una expresión de moda; sin embargo, el concepto no es nuevo. A fines de 1970 apareció por primera vez de manera oficial en el espacio político británico, al referirse a la ineludible necesidad de proporcionar a la ciudadanía información de las diversas gestiones de gobierno, con la finalidad de reducir la opacidad.

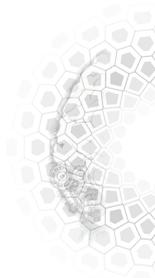
Con el transcurso de los años, dicho concepto fue perfeccionándose a fin de concretarse en el derecho que tienen los ciudadanos a la información que poseen las instituciones de gobierno en la gestión del servicio público, por lo que en las últimas dos décadas hablar de Gobiernos Abiertos significó “debatir acerca del acceso y la libertad de información, la protección de datos, la reforma de la leyes sobre secretos oficiales y la necesidad de poder obtener información sobre las actividades de los gobiernos y sobre su disponibilidad para la opinión pública y el ciudadano común”.

El Gobierno Abierto se convierte en la actualidad en el nuevo paradigma del actuar público, mediante el cual se establece de manera más estrecha la relación gobernado-gobierno-gobernado, integrándolos en un vínculo de sana complicidad, permitiendo la participación y colaboración de la sociedad en las acciones de gobierno, produciendo con ello esquemas de transparencia que abren espacios de credibilidad, confianza y corresponsabilidad en ambas partes. Este nuevo ejercicio de gobernar otorga a la población mayor confianza en su gobierno y la compromete a prácticas éticas de convivencia recíproca.

Este cambio, se apoya de la tecnología aprovechando los beneficios de las redes sociales – Facebook, Twitter, páginas de internet, etc.– como medios para comunicar, en ocasiones en tiempo real, experiencias, noticias, situaciones de seguridad o de apoyo a los ciudadanos. El fenómeno 2.0 de la web ha comprometido el cambio de modelos en el estilo de gobernar, teniendo como personaje central al ciudadano, quien se involucra cada



¹⁶⁵<http://www.opengovpartnership.org/countries/mexico>, consulta del 30-07-2012.



vez más participando activamente, y produciendo en estos un cambio de mentalidad más demandante, crítico y participativo en las constantes sociales en las que se ven involucrados.

El Lic. Marcos Malamud¹⁶⁶ sostiene que el Gobierno Abierto es un cambio de mentalidad en la forma de gobernar, es implementar uno de los pilares fundamentales del gobierno electrónico: la transparencia a través de una apertura a la información pública (datos abiertos, estándares abiertos, interoperabilidad, fuente abierta, etc.) fomentando así una de las etapas finales de toda estrategia de e-gob, democracia digital, en donde administración pública se encuentra en una constante conversación con los ciudadanos, brindándoles un empoderamiento de información que permitan facilitar la colaboración, transparencia y la participación.

La semilla inicial de un Gobierno Abierto es la disposición pública de sus datos, –los que no estén limitados por impedimento de seguridad o de protección de la información– en un formato electrónico adecuado para que sean utilizados por la ciudadanía. En el fondo, el objetivo último de un Gobierno Abierto es posibilitar el objetivo máximo de una democracia: un gobierno hecho por todos y para todos¹⁶⁷.

En palabras de John F. Moore, “un gobierno abierto es una filosofía centrada en el ciudadano y la estrategia que cree que los mejores resultados suelen ser impulsados por asociaciones entre los ciudadanos y el gobierno, en todos los niveles”¹⁶⁸. El especialista español en Gobierno Abierto, César Calderón, describe varias etapas para que un gobierno pueda integrarse a lo que el gobierno de los Estados Unidos, Gran Bretaña y el Gobierno de España ya están realizando. Los cambios que debería realizar una administración para integrarse en la idea de gobierno abierto son los siguientes:

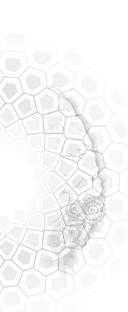
a) Cambio cultural. Es imprescindible entender cuál es el objetivo de la administración y de todos los que trabajan en ella. El verdadero



¹⁶⁶Malamud, Marcos, citado por Parvanoff, Gisele, “Informador digital sobre innovación tecnológica en la gestión pública de Latinoamérica Europa”, en <http://politicacomunicada.blogspot.mx/2011/04/definicion-de-gobierno-abierto.html>, 2011, p. 1. (Consulta del 25-07-2012).

¹⁶⁷Moore, John F., citado por Gisele Parvanoff..., *op. cit.*, p. 2.

¹⁶⁸*Ibidem*.



objetivo de la Administración es servir a los ciudadanos y el ciudadano debe estar en el centro de la gestión. Conseguir esto en la Administración Pública significa una revolución cultural en la forma de hacer las cosas y en las actitudes de los trabajadores de lo público.

b) Cambio en los procesos. Los procesos en la administración pública no han sido diseñados para servir a los ciudadanos y por lo tanto deben reestructurarse todos los procesos para conseguir que así sea. Si los procedimientos no son cómodos para el ciudadano o no le ayudan en nada, hay que eliminarlos o cambiarlos.

c) Cambio en la organización. Las organizaciones públicas están diseñadas bajo modelos jerárquicos que nada tienen que ver con la eficiencia. Es imprescindible reorganizar las administraciones, las plantillas y la definición de los puestos de trabajo para poder actuar bajo un modelo en red, orientado a proyectos y a la consecución de resultados.

d) Cambio en las formas de relación. Del mostrador a la mesa redonda, del correo certificado a la comunicación *on-line*, de la obligación a la presencia física a las facilidades de relación, etc. Para Barack Obama, el concepto de Gobierno Abierto se sustenta en tres pilares básicos: la Transparencia, la Colaboración y la Participación¹⁶⁹.

1. Transparencia: un gobierno transparente fomenta y promueve la rendición de cuentas de la Administración ante la ciudadanía y proporciona información sobre lo que está realizando y sobre sus planes de actuación. El Ayuntamiento (y cualquier otra Administración) debería permitir el acceso a esta información pública de manera sencilla y clara, permitiendo de esta manera que los ciudadanos puedan realizar un control de la acción de gobierno, así como crear valor económico o social a partir de los datos públicos ofrecidos libremente por la Administración.

2. Colaboración: Un gobierno colaborativo implica y compromete a los ciudadanos y demás agentes en el propio trabajo de la Administración.



¹⁶⁹Obama, Barack, “Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto”, EE.UU., 2009, p. 32.



La colaboración supone la cooperación no sólo con la ciudadanía, sino también con las empresas, las asociaciones y demás agentes, y permite el trabajo conjunto dentro de la propia Administración entre sus empleados y con otras Administraciones.

3. Participación: Un gobierno participativo favorece el derecho de la ciudadanía a participar activamente en la conformación de políticas públicas y anima a la Administración a beneficiarse del conocimiento y experiencia de los ciudadanos. Por tanto, impulsa acciones y orienta actuaciones que aumentan el protagonismo e implicación de los ciudadanos en asuntos públicos y compromete con mayor intensidad a las fuerzas políticas con sus conciudadanos.

Para María Marván Laborde¹⁷⁰, un gobierno abierto es una nueva relación entre gobernantes y gobernados que ofrece una nueva relación entre gobierno y ciudadano; entre gobierno y sociedad civil organizada y entre gobierno y empresas. Busca la integración de empresas, ciudadanos y sociedad organizada en una relación de corresponsabilidad y cooperación con los gobiernos. No se trata de que algunos dejen de hacer o tengan que hacer más de lo que les toca, más bien se trata de que entre todos seamos más eficientes.

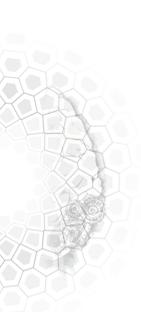
Los cuatro objetivos últimos del gobierno abierto son: Mejora de los servicios públicos, aumento en la integridad pública, manejo de recursos públicos con mayor eficiencia y eficacia, aumento de la rendición de cuentas, incluidas las empresas, se trata de llegar a estos objetivos a través de la integración de tres principios torales: transparencia; participación ciudadana; rendición de cuentas.

Para Ganado Guevara¹⁷¹, en primer lugar, es necesario establecer que los Gobiernos Abiertos son sólo característicos de un gobierno democrático, no se puede concebir éste en un gobierno donde no exista la participación



¹⁷⁰Marván Laborde, María, "La experiencia de gobierno abierto como herramienta en la rendición de cuentas", conferencia, México, 2011, p. 1.

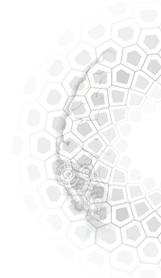
¹⁷¹Ganado Guevara, Teresa Libertad, "Pluralidad y Consenso", No. 18, Instituto Belisario Domínguez, México, 2012, pp. 63-65.



de la ciudadanía en la toma de decisiones. “El rol de los ciudadanos es que diferencia a unos sistemas de gobierno de otros y el que hace que sólo sea compatible un Gobierno Abierto con un sistema democrático” (Calderón y Lorenzo, 2010).

Conclusiones

Conforme a lo investigado, un Gobierno Abierto fortalece y mejora la calidad democrática, al aumentar el control de las instituciones públicas y el acercamiento con sus gobernados, logrando una ciudadanía que es muy sana para el mejor manejo de los recursos públicos y del ejercicio de las políticas públicas. La jurisprudencia, epistémicamente, logra establecer en los casos concretos la equidad que la sociedad requiere para su desarrollo continuo hacia un México mejor, valga la metáfora, la jurisprudencia es la flor de la justicia en su momento y circunstancia precisos.



Referencias

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1999.

Ganado Guevara, Teresa Libertad, *Pluralidad y Consenso*, No. 18, Instituto Belisario

Domínguez, México, 2012.

Grossi, P., “La recuperación del derecho”, en *Metapolítica*, Vol. II, No. 55, 2007. Grossi, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2003

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. Häberle, Peter, Habermas, Jürgen, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale, *La constitucionalización de*

Europa, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2004. <http://www.opengovpartnership.org/countries/mexico>.

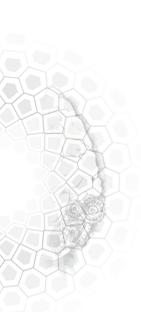
Juan Palomar de Miguel la menciona como “ciencia que estudia y analiza los problemas sobre valoración jurídica”. Risieri Frondizi es un autor clásico al respecto con su obra *¿Qué son los valores?*, FCE, México, 1994.

Luis Carlos Ugalde, *Rendición de cuentas y democracia: El caso de México*, México, IFE, 2002.

Malamud, Marcos, citado por Parvanoff, Gisele, “Informador digital sobre innovación tecnológica en la gestión pública de Latinoamérica Europa”, en <http://politicacomunicada.blogspot.mx/2011/04/definicion-de-gobierno-abierto.html>, 2011.

Marván Laborde, María, “La experiencia de gobierno abierto como herramienta en la rendición de cuentas”, conferencia, México, 2011.

Moles, A. *Las ciencias de lo impreciso*. Miguel Ángel Porrúa. UAM. México, 1994.



Obama, Barack, *Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto*, EE.UU., 2009.

SCJN, *Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*, México, 2005.

Velasco Sánchez, Ernesto, *Gestión pública y rendición de cuentas ¿un enfoque basado en cumplimiento o uno basado en resultados?*, Secretaría de la Función Pública, México, 2011.

An abstract graphic featuring a hand holding a gear, with other gears and a complex geometric pattern in the background. The design is in shades of gray and white.

POSTPOSITIVISMO COMO HERRAMIENTA DEL BUEN GOBIERNO Y RESPUESTA A LA DESIGUALDAD ECONÓMICO-JURÍDICA

Barbara Edith Orihuela Rosas. UAEM¹⁷²

Edgar Athzel Carmona Arias. UAEM¹⁷³

Introducción

Partimos del problema de la desigualdad económico-jurídica, sus repercusiones al estado, al gobierno y al imperio de la ley. En el centro de nuestra argumentación surge como respuesta práctica a dicha problemática el postpositivismo, mismo que se encuentra estrechamente ligado al estado constitucional de derecho y que, a través del giro justificativo y el sometimiento total del poder al derecho, a la razón y a la justicia como el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y

A decorative graphic consisting of several interlocking gears of different sizes, arranged in a horizontal line.

¹⁷²Abogada y Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México (UAEM-CONACYT-PNPC). Máster en Argumentación jurídica por la Universidad de Alicante, España y Palermo, Italia. Doctoranda en Derecho y Globalización en la UAEM y catedrático de la misma. Correo electrónico: bonafidesbeor@gmail.com

¹⁷³Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Doctorando en Derecho y Globalización por la misma Universidad. UAEM-CONACYT-PNPC. Director Ejecutivo de Vinculación para América Latina del Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos y Litigio Estratégico CIIDHLEX A.C. Miembro de los Grupos de Investigación Escuela de Derecho Penal “NULLUM CRIMEN SINE LEGE” de la Universidad Nacional de Colombia, “MANDELA” en Derechos Humanos y en Derecho Penal “ROMAGNOSI” de la Universidad INCCA de Colombia. Correo electrónico: edgar.carmonaari@uaem.edu.mx



compensaciones, en su conjunto sirve como herramienta para generar un buen gobierno y dirimir la desigualdad económico-jurídica.

Globalización y economía

Tanto la globalización del comercio que hace referencia a la circulación de bienes y servicios como la globalización de los mercados de capitales que analizan la integración internacional de los mercados financieros, han contribuido al aumento de la desigualdad claro está, de formas distintas. Así, los efectos de la globalización del comercio no han sido tan dramáticos como los de las crisis asociadas a la liberalización de los mercados de capital y financieros, pero aun así han ido actuando lenta y sostenidamente¹⁷⁴. En este punto Stiglitz se pregunta por qué los defensores de la globalización alegan que la globalización del comercio hará que todo el mundo salga ganando, es decir, los ganadores podrían compensar a los perdedores, pero no dice que vayan a hacerlo. De hecho, los defensores de la globalización a menudo alegan que los ganadores no pueden ni deberían hacerlo. Los impuestos que habría que recaudar para ayudar a los perdedores — según ellos—, harían que el país fuera menos competitivo, y en nuestro mundo globalizado, altamente competitivo, los países sencillamente no pueden permitirse ese lujo¹⁷⁵. Lastimosamente vemos que la globalización perjudica a la clase trabajadora de forma directa e indirecta, debido a que induce a recortar el gasto social y la fiscalidad progresiva. La consecuencia de todo esto es que, en muchos países, incluidos México y Estados Unidos, la globalización está contribuyendo, casi con total seguridad, a nuestra creciente desigualdad.

Piketty en su libro la economía de las desigualdades, analiza la cuestión de la desigualdad y la redistribución desde el centro del conflicto político. A grandes rasgos, el conflicto central opone dos vertientes, por un lado, la posición liberal de derecha nos dice que sólo las fuerzas de mercado,



¹⁷⁴Stiglitz, Joseph E., “El precio de la desigualdad,” Taurus, México, 2012, pp.108-109.

¹⁷⁵*Idem*.



la iniciativa individual y el crecimiento de la productividad permiten mejorar a largo plazo las rentas y las condiciones de vida (en especial, de los menos favorecidos), y que por lo tanto la acción pública de redistribución, además de ser moderada, debe limitarse a herramientas que interfieran lo menos posible en ese mecanismo virtuoso¹⁷⁶.

Por otra parte, la posición tradicional de izquierda, heredada de los teóricos socialistas decimonónicos y de la práctica sindical, nos dice que sólo las luchas sociales y políticas pueden aliviar la indigencia de los más necesitados producida por el sistema capitalista, y que la política pública de redistribución, por el contrario, debe llegar hasta la médula del proceso de producción para cuestionar la manera en que las fuerzas de mercado determinan tanto las ganancias apropiadas por los poseedores del capital, como las desigualdades entre asalariados¹⁷⁷.

Para Piketty, el conflicto entre la derecha y la izquierda muestra que los desacuerdos sobre la forma concreta y la oportunidad de una política pública de redistribución, no se deben necesariamente a principios contradictorios de justicia social, sino antes bien a análisis contradictorios acerca de los mecanismos económicos y sociales que producen las desigualdades. De igual forma existe cierto consenso en cuanto a varios principios fundamentales de justicia social: si la desigualdad se debe, al menos en parte, a factores que los individuos no controlan, como la desigualdad de las dotaciones iniciales legadas por la familia o la buena fortuna, acerca de lo cual los individuos no son responsables, entonces es justo que el estado trate de mejorar de la manera más eficaz la suerte de las personas menos favorecidas; es decir, de aquellas que tuvieron que lidiar con los factores no controlables menos propicios. Las teorías modernas de la justicia social expresan esta idea de acuerdo con Piketty como “regla maximin” que consiste en que la sociedad justa debe maximizar las mínimas oportunidades y condiciones de vida ofrecidas por el sistema social¹⁷⁸.



¹⁷⁶Piketty, Thomas, “La economía de las desigualdades”, Siglo XXI editores, México, 2015, p.9.

¹⁷⁷*Ibidem*, p.10.

¹⁷⁸*Idem*.



Concluye el autor que sólo un análisis minucioso de los mecanismos socioeconómicos que producen la desigualdad podría otorgar su cuota de verdad a estas dos visiones extremas de la redistribución, y así tal vez sumar una cotización para implementar una redistribución más justa y eficaz.

Desigualdad: el nuevo negocio en la globalización

La desigualdad económica en nuestro tiempo se ve potencializada por la globalización, al respecto Stiglitz menciona que los mercados, por sí solos, incluso cuando son eficientes y estables, a menudo dan lugar a altos niveles de desigualdad, unos resultados que generalmente se consideran injustos. Las últimas investigaciones en materia de teoría económica y de psicología han revelado la importancia que los individuos conceden a la equidad. Lo que ha motivado las protestas en todo el mundo, más que ninguna otra causa, es la sensación de que los sistemas económico y político eran injustos¹⁷⁹.

De acuerdo con Stiglitz algunos defensores del actual nivel de desigualdad alegan que aunque no es inevitable, hacer algo al respecto sencillamente saldría demasiado caro. Piensan que para que el capitalismo obre sus milagros, una elevada desigualdad es un rasgo inevitable, incluso necesario, de la economía. Al fin y al cabo, quienes trabajan duro deberían ser recompensados, y es preciso que lo sean, si queremos que realicen los esfuerzos y las inversiones de las que nos beneficiamos todos. Efectivamente, un cierto grado de desigualdad es inevitable¹⁸⁰.

Los apologistas de la desigualdad, menciona Stiglitz, rebaten con el argumento de que dar más dinero a los de arriba beneficia a todo el mundo, en parte porque da lugar a un mayor crecimiento. Se trata de acuerdo con el autor de una idea denominada teoría económica del goteo que tiene un largo tiempo que está desacreditada. Así, una mayor desigualdad no ha dado lugar a más crecimiento y, de hecho, en palabras de Stiglitz, la



¹⁷⁹*Ibidem*, p. 28.

¹⁸⁰*Ibidem*, p. 52.



mayoría de los estadounidenses han visto cómo sus ingresos disminuían o se estancaban. Lo que Estados Unidos ha venido experimentando durante los últimos años es lo contrario de la teoría económica del goteo: las riquezas que se han acumulado en lo más alto se han producido a expensas de los de más abajo¹⁸¹.

Por su parte, Juan Hernández Viguera¹⁸² carga contra los especuladores, que al calor de la

crisis y de los recortes sociales, obtienen grandes beneficios con la deuda pública de países en apuros y, con los activos inmobiliarios que la banca rescatada vende a precio de saldo. Aunque cada vez se oye hablar más de los fondos buitres, Hernández Viguera cree, sin embargo, que hay poca preocupación por el asunto, ya que no nos encontramos ante entidades que tengan un perfil muy definido.

En realidad, son fondos de inversiones de alto riesgo o de capital riesgo que siguen una estrategia muy determinada: el punto de partida es que actúan en los mercados de deuda. La deuda es un producto financiero que se puede comprar o vender, y desde ese momento se convierte en un negocio. Los fondos buitres son aquellos que se han especializado en hacer negocio con la deuda de los demás comprada a precios leoninos, ya sea pública o privada¹⁸³.

Se debe destacar, además, que en el futuro vamos a oír hablar más de los fondos buitres. Existe una gran preocupación en toda Europa por el alto nivel de deuda pública. Hay inquietud porque muchos piensan que no se podrá pagar. Ahora, Europa está en un círculo vicioso, te endeudas y resulta que no puedes pagar tus deudas, porque no puedes cubrir los intereses ni hacer frente a las amortizaciones del capital; entonces debes hacer una reestructuración, una quita, alargas los plazos de pago... pero al final tu capacidad de funcionamiento financiero disminuye y la deuda no se acaba nunca.



¹⁸¹ *Ibidem*, pp.52-53.

¹⁸² Hernández Viguera, Juan, "Los fondos buitres", clave intelectual, Madrid, 2015, p. 34.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 38.



Por otro lado la pobreza, como expresión de la desigualdad socioeconómica, y como consecuencia de un medio ambiente desfavorable, se convierte en uno de los más importantes determinantes de la salud, ya que crea tales diferencias en la salud y enfermedad de la población, según sus clases sociales, que no se pueden explicar por ningún otro factor de riesgo conocido, ni por los ya mencionados condicionantes de la salud (biología, estilo de vida y sistema de atención sanitaria)¹⁸⁴.

Pero enfermedad y pobreza son dos términos cuya causalidad adquiere una doble dirección. Si bien la pobreza es causa de enfermedad, también la enfermedad “genera miseria”, como ya apuntaba Concepción Arenal en el siglo XIX¹⁸⁵. Al analizar los efectos de la enfermedad en el pobre es fácil deducir que la pérdida de la salud ocasiona una disminución en los ingresos de éste y su familia, ya que incapacita a la persona para el trabajo. Por otra parte, el pobre tiene menos oportunidades, y en muchos casos un acceso más complicado a la asistencia sanitaria, cuyos gastos tiene más impacto en él que en las personas con recursos. Al final se ven inmersos en un círculo cerrado, que Ortún llama “la trampa de la pobreza”, de mayor desigualdad y empobrecimiento.

La desigualdad socioeconómica, además de la clara repercusión a nivel individual, también tiene una traducción en la vertiente social. La salud de las sociedades está condicionada por la pobreza que éstas albergan y por cómo se enfrentan a ella. Una sociedad más desigual en sus rentas implicará mayor inestabilidad política y menor inversión de capital, por tanto, una sociedad de desarrollo más lento. Wilkinson explica cómo las sociedades con mayor cohesión social tienen menores desigualdades y mejor salud, y cómo esta cohesión social es el camino hacia la equidad¹⁸⁶.

Las desigualdades en salud se refieren, por tanto, a las distintas oportunidades y recursos relacionados con la salud que tienen las personas,



¹⁸⁴Ortún, Rubio, Vicente, “Desigualdad y salud”, *Revista Política y Sociedad*, Número, 35, 2000, España, pp. 65-71.

¹⁸⁵Arenal, Concepción, “El pauperismo”, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, pp.15 y 16, Consultado en biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, [www.cervantesvirtual.com/obra/el-pauperismo-- 0/](http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-pauperismo--0/), fecha de consulta 03 de mayo de 2015.

¹⁸⁶Wilkinson Richard, *Unhealthy societies: The afflictions of inequality*, Routledge, London, 1996, pp. 137- 53.



en función de su clase social, género, territorio o etnia, lo que indica la peor salud de los colectivos menos favorecidos y con mayor vulnerabilidad social. Así, un trabajo aparte merecería el análisis de las desigualdades socioeconómicas desde la perspectiva de género, ya que indican una distribución diferente de los roles desarrollados por hombres y mujeres con respecto al trabajo doméstico, el medio laboral, la segregación existente en el mercado laboral, etc.

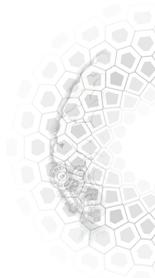
Las desigualdades socioeconómicas en salud están aumentando. El mundo globalizado en el que vivimos ha extendido los factores negativos de la salud: las enfermedades y los riesgos están en ascenso, los servicios de salud se están debilitando, los recortes presupuestarios para las políticas sanitarias se han generalizado a nivel internacional, lo cual se acentúa en una época de crisis como la actual. Las consecuencias no han tardado en aparecer, en forma de enfermedades infecciosas emergentes y con la aparición de enfermedades nuevas. Las desigualdades son cada vez más profundas a todos los niveles, y entre grupos sociales no sólo persiste, sino que tiende a ampliarse.

Capitalismo y corrupción insostenible

La investigación en las ciencias sociales es y será siempre balbuceante e imperfecta; no tiene la pretensión de transformar la economía, la sociología o la historia en ciencias exactas, sino que, al establecer con paciencia hechos y regularidades, y al analizar con serenidad los mecanismos económicos, sociales y políticos que sean capaces de dar cuenta de éstos, puede procurar que el debate democrático esté mejor informado y se centre en las preguntas correctas; además puede contribuir a redefinir siempre los términos del debate, revelar las certezas estereotipadas y las imposturas, acusar y cuestionarlo todo siempre¹⁸⁷.



¹⁸⁷Piketty, Thomas, "El capital en el siglo XXI", Fondo de cultura económica, México, 2014, pp.16-17.



Pero ¿cómo relacionamos al binomio capitalismo-corrupción? ¿Qué es la corrupción? Aristóteles es el primero en utilizar la palabra corrupción, invoca para referirse a la degeneración que alcanzan las formas de gobierno monárquico, aristocrático y democrático¹⁸⁸. Sus formas corruptas son respectivamente tiranía, oligarquía y demagogia. Cicerón, muy a tono con lo que vivía en Roma, la utiliza tanto para describir el soborno como el relajamiento de las costumbres¹⁸⁹. A partir de estos dos grandes autores se bifurca el análisis para abordar la cuestión, posiciones por lo demás muy características de las escuelas filosóficas griega y romana. Aristóteles preocupado por las estructuras políticas, Cicerón por la perspectiva jurídica y moral.

El secreto de las cosas está en la palabra que desde su origen las designa, afirmaba Sócrates, así que empecemos por ahí. *Corruptio, corruptiones* son vocablos latinos. De aquí provienen *corruption* en inglés, *corruzione* del italiano, *korrruption* en alemán y que pasan a nosotros como corrupción y corromper. Nuestra palabra castellana proviene de la palabra latina *corromperé* que significa “romper algo entro dos, destruir conjuntamente su integridad”.

Carlos Monsiváis la definió como una forma de vida del mexicano¹⁹⁰. Norberto Bobbio define a la corrupción como: “Un modo particular de ejercer influencia: influencia ilícita, ilegal e ilegítima. Esta se encuadra con referencia al funcionamiento de un sistema y, en particular, a su modo de tomar decisiones¹⁹¹. Por lo que se refiere a los intereses particulares, estos pueden ser estrictamente personales o bien, personales y externos. Por su parte Max Weber establece que la dominación patriarcal y patrimonial ejerce sus efectos perversos de corrupción al convertirse en gobierno del poder y de la acumulación de riquezas¹⁹². Es aquí donde encontramos



¹⁸⁸Aristóteles, “Acerca de la generación y la corrupción: tratados breves de la historia natural”, Gredos, España, 1998, p. 124.

¹⁸⁹Marco Tulio Cicerón, en Freeman, Philip, “Como gobernar un país, consejos de la antigüedad para líderes de hoy”, Crítica, España, 2013, p. 15.

¹⁹⁰Monsiváis, Carlos, “A ustedes les consta. Antología de la crónica en México”, Era, México, 1989, p. 55.

¹⁹¹Pasquino, Gianfranco, “Corrupción política” en Bobbio, Norberto, Diccionario de Política, Siglo XXI editores, México, 2005, pp. 377-379.

¹⁹²Weber, Max, “Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva”, FCE, México, 2008, pp. 753- 799.



precisamente ese binomio, cuando la acumulación de riqueza se transforma en desigualdad y el bueno gobierno se transforma en corrupción.

Aunque la corrupción en México es más notoria en la actividad política, no se circunscribe únicamente a ella, sino que muestra un fuerte arraigo en otros ámbitos como el empresarial, las organizaciones sociales, el gobierno, la jerarquía social e incluso la familia. Las causas de la corrupción pueden agruparse como culturales o institucionales. En el primer caso, la corrupción es manifestación de un problema moral y de costumbre, que apela a los instintos y a las tradiciones de los mexicanos, tejidas y heredadas durante varios siglos. En consecuencia, su combate se da en procesos sociales y culturales, que escapan al manejo de las instituciones políticas y cuya gestación lleva varias generaciones, implicando un proceso de educación cívica, concientización, castigos morales y religiosos, entre otros.

En el segundo caso, se puede definir a la corrupción como un problema institucional derivado de la ausencia de controles y vigilancia sobre los responsables de tomar decisiones y de asignar recursos públicos y privados. Esta visión circunscribe las causas del fenómeno a una esfera administrativa, pero permite darle solución en un plazo menor, al combatirla por medios institucionales; es decir, creando instituciones jurídicas, administrativas y políticas que la restrinjan¹⁹³. Hablamos de instituciones que respeten y resguarden el imperio de la ley.

El capitalismo produce mecánicamente desigualdades insostenibles, arbitrarias, que cuestionan de modo radical los valores meritocráticos en lo que se fundamentan nuestras sociedades democráticas. Existen medios para que la democracia y el interés general logren retomar el control del capitalismo y de los intereses privados.¹⁹⁴ Las novelas de Jane Austen y Balzac, en particular, presentan cuadros pasmosos de la distribución de la riqueza en el Reino Unido y en Francia en los años de 1790 a 1830. En efecto, el asunto de la distribución de la riqueza es demasiado importante para dejarlo sólo en manos de los economistas, los sociólogos, los historiadores



¹⁹³Ugalde, Luis Carlos, "Corrupción y democracia" en *Revista Nexos*, No. 217, enero de 1996, p. 18.

¹⁹⁴Piketty, Thomas, "El capital en el siglo XXI", Fondo de cultura económica, México, 2014, p.15.



y demás filósofos. Atañe a todo el mundo, y más vale que así sea¹⁹⁵. Por ello, el asunto de la distribución también merece ser estudiado de modos sistemático y metódico.

Neoconstitucionalismo y buen gobierno

La forma predominante de organización política del Estado, que se ha ido extendiendo alrededor del mundo, es el modelo de democracia occidental. En él, se armoniza la centralidad y el derecho a la libertad del individuo con el ejercicio de la autoridad del poder público¹⁹⁶. Así, para hablar del gobierno, necesariamente tenemos que hacer referencia a lo que es un Estado constitucional y democrático, y a los derechos humanos reconocidos no sólo en el ordenamiento jurídico interno de éste, sino también, en el sistema internacional de derechos humanos para que de esta manera sus habitantes vivan en plenitud y dignidad. El garantizar el respeto a los derechos humanos conlleva necesariamente al fortalecimiento del propio Estado, para ello, la puesta en práctica del buen gobierno es fundamental y tiene su base fundamental en el derecho al acceso a la información, la libertad de expresión, la transparencia y la rendición de cuentas.

Alrededor de la conjunción de los elementos democráticos y del constitucionalismo moderno –neoconstitucionalismo- se han desarrollado diversas teorías doctrinarias, como lo son: la del Estado social y democrático de derecho, la de democracia constitucional y la teoría del garantismo o neiuspositivismo. La teoría de esta forma de organización ha ido evolucionando a partir de la segunda guerra mundial a lo que hoy se conoce como neoconstitucionalismo. Con esta teoría, la organización del Estado no es ni lo único ni lo esencial, y así nos lo señala el maestro Sergio García Ramírez al sostener que:



¹⁹⁵ *Ibidem*, p.16.

¹⁹⁶ Ávila Santamaría, Ramiro. “El neoconstitucionalismo transformador”. México: Ediciones Abya Yala, 2011.



“La organización del Estado no es, por cierto, la cuestión fundamental de aquella Carta: el Estado se debe organizar como mejor convenga al ejercicio pleno de los derechos humanos. Para eso existe y con eso se justifica. Por ende, la reforma del Estado adquiere sentido y grandeza en la medida en que atienda los derechos y las libertades, las necesidades y las expectativas de los individuos...”¹⁹⁷

Si bien es cierto que, en nuestro país, se han puesto en marcha una serie de medidas para el fortalecimiento y consolidación del Estado de derecho a través de reformas tan importantes como lo es la reforma en materia de derechos humanos, y reformas en materia de transparencia y rendición de cuentas, no han sido suficientes para consolidar el buen gobierno en este país. Las principales falencias que se viven en esta materia, son una buena y sólida regulación y sobre todo el combate a la corrupción, la impunidad y la falta de participación ciudadana.

Ya desde los escritos de la antigüedad grecorromana se enfatizaba la importancia de participar en la vida pública, y en consecuencia, procurar formarse bien como ciudadano, pero también como posible dirigente. Algunos desprecian la política, optan por la apatía y prefieren aislarse en sus actividades individuales como lo son sus negocios o empleos, sin olvidar el ocioso fanatismo tanto religioso como de entretenimiento... “No todos estamos obligados moralmente a intervenir de forma directa, pero sí todos a interesarnos y formarnos, aunque sea para poder influir más de modo mediato”¹⁹⁸.

Hoy en día, la participación activa de la sociedad resulta útil para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, siendo además indispensable para la construcción y consolidación de un Estado Democrático y de Derecho. Así, la transparencia se vuelve el medio idóneo a través del cual los gobernados se informan del desempeño y acciones que realizan sus gobernantes, éstos a su vez sirve como “termómetro” de evaluación que utilizan los ciudadanos frente al desempeño de sus autoridades.



¹⁹⁷García Ramírez, Sergio, y Julieta Morales Sánchez. “La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)”, México: Porrúa UNAM, 2011.

¹⁹⁸Rovira, Ricardo. “Buen gobierno.” *IEEM Revista De Negocios*, abril, 2005, pp. 76-79.



La corrupción como factor de ingobernabilidad en México

El combate a la corrupción es otro tema fundamental para el fortalecimiento de la democracia constitucional, la corrupción es el abuso de la confianza depositada por una sociedad, un colectivo o un grupo para obtener un beneficio privado indebido¹⁹⁹. Combate que se debe dar desde la sociedad, ya que es ésta la que resulta más afectada por el fenómeno de la corrupción. Tal situación cobra relevancia en un país como México, con un pasado y presente plagados de escándalos de esta índole.

Es evidente que la corrupción ha tenido un aumento considerable, al grado de que la encuesta global de fraude en su versión número 12 que realiza la firma internacional “Ernest & Young”, pone a México como el país más corrupto de Latinoamérica “debido principalmente al mayor pago de sobornos que realizan empresas y gobiernos para la realización de negocios y proyectos de obra pública”²⁰⁰. De igual forma, en 2010, un 194 servidor público fueron “destituidos e inhabilitados por 10 años para ejercer cargos públicos y sancionados en conjunto por más de 210,000 pesos”²⁰¹, de acuerdo con la Secretaría de la Función Pública, ello debido a delitos relacionados con la corrupción.

Por parte de la sociedad, la corrupción les cuesta a los hogares mexicanos \$27, 500 millones de pesos al año. Quienes participan de ella son ciudadanos de todas las edades y niveles socioeconómicos. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, los más propensos a pagar sobornos fueron los hogares jóvenes y los de mayor nivel educativo²⁰², asimismo, el Foro Económico Mundial (FEM) dio a conocer en 2010 que el costo de la corrupción



¹⁹⁹Bohórquez, Eduardo. “Corrupción: la epidemia silenciosa que afecta a los mexicanos.” *Contenido*, n° 573, 2011, pp. 60-68.

²⁰⁰Rivera Trejo Arturo, “Administración Pública y corrupción en México”, *NTR periodismo crítico*, 15 de julio de 2013, <http://ntrzacatecas.com/2013/07/15/administracion-publica-y-corrupcion-en-mexico/> (Consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁰¹CNN, “El gobierno de México denuncia por corrupción a 194 funcionarios”, CNN México, 31 de agosto de 2010, <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/31/el-gobierno-de-mexico-denuncia-por-corrupcion-a-194-funcionarios-publicos> (Consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁰²Bohórquez, Eduardo. “Corrupción: la epidemia, ... *Op. cit.*, pp. 60-68.



en el país equivale a 9% del Producto Interno Bruto (PIB), mientras que las empresas distribuyen hasta 10% de sus ingresos en sobornos²⁰³.

Mientras que la percepción de la corrupción en México en el año 2011 se ubicó en la posición 98 con una puntuación de 3.1 sobre 100, para el 2014 si bien es cierto que su puntuación mejoró, siendo de 35, también lo es que su posición cayó a la 103 de 175 países y es considerado como el país más corrupto de la OCDE (34/34)²⁰⁴. Sin olvidar que México en las últimas décadas se ha caracterizado por vivir en constantes conflictos entre el gobierno y la sociedad civil y entre grupos pertenecientes a esta última²⁰⁵. Se ha caracterizado por ser un Estado en el que se vive en un clima de inseguridad y constantes violaciones graves a los derechos humanos.

Así, es claro que entre algunos de los factores que favorecen los actos de corrupción dentro del gobierno de nuestro país, podemos mencionar a la falta de transparencia, rendición de cuentas y el acceso a la información de los ciudadanos mexicanos, como lo señala el Centro Internacional de Estudios de Transparencia y Acceso a la Información, al concluir en una de sus investigaciones que, “para combatir la corrupción debe hacerse énfasis en la rendición de cuentas (21% de las primeras menciones), el acceso a la información (11%), la creación o modificación de normas, (7%) y la generación de una cultura de transparencia”²⁰⁶ de acuerdo a entrevistas realizadas dentro de dicha investigación.



²⁰³Baca, Pedro C. y Alberto Cirigo. “Los jóvenes mexicanos y la corrupción.” Contenido, n° 573 2011, pp. 69-74.

²⁰⁴Transparencia Mexicana. “¿Dónde se encuentra México en el índice de percepción de la corrupción?” Transparencia Mexicana. 2 de diciembre de 2014.

<http://www.tm.org.mx/ipc2014/>, (Consultado el 20 de febrero de 2017).

²⁰⁵Huertas, Omar., Edgar. Carmona, K. Salazar, y R. & Martínez, L. Pulido. “El caso Ayotzinapa y la resistencia civil en México: un análisis a partir de los crímenes de Estado.” *Revista Científica UNINCCA* 20, n° 2, año, 2015, pp. 133-148.

²⁰⁶http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/estudio_CulturaTransparencia.pdf (Consultado el 22 de febrero de 2017).



El buen gobierno en la filosofía de Santos

Por otro lado, en términos de lo que es y debe ser el buen gobierno, desde un punto de vista filosófico tenemos que “En la historia de la epistemología occidental, es raro encontrar un vínculo entre la verdad y la política, o encontrar la justicia adoptada como una preocupación primordial. Por el contrario, en la tradición del subjetivismo europeo dominante de René Descartes e Immanuel Kant a Edmund Husserl -y en la filosofía analítica- la investigación de las relaciones entre el sujeto y el objeto está motivada por romper los apegos de conciencia al mundo y buscando la objetividad.” Para mencionar epistemologías alineadas por situaciones económicas y políticas, resulta obligado considerar el materialismo histórico de Marx al igual que el ejemplo de mayor actualidad como es el neopragmatismo²⁰⁷ de Richard Rorty²⁰⁸ y su prioridad de solidaridad. De igual manera, las epistemologías de Santos buscan un conocimiento moderno que permita alcanzar la justicia global, esto es, llevar a cabo una conjunción entre la ciencia jurídica y la ciencia social de forma integral en la sociedad y el gobierno.

Con lo que respecta a la obra de Boaventura de Sousa Santos, resulta obligado hacer un análisis profundo en ciertos conceptos que, aunque resultan conocidos para muchas de las teorías jurídicas en la actualidad □principalmente para quienes nos dedicamos al estudio del derecho y las ciencias sociales□, “adquieren una definición propia dentro de la sociología jurídica crítica que defiende el autor. Conceptos como globalización,



²⁰⁷El neopragmatismo de Richard Rorty aspira a ser la continuidad de la tradición pragmatista de James y Dewey. Algunos lo consideran integrante de la llamada filosofía analítica angloamericana. En todos sus planteamientos muestra una radical postura antimetafísica. Benjamín Rodríguez-Iturbe, José. “Rorty, el inmanentismo absoluto y los derechos humanos.” *Dikaion*, Vol. 21, no. 1, junio de 2012, pp. 53-78.

²⁰⁸A Richard Rorty se le considera hoy en día como uno de los filósofos más importantes de Norteamérica. González, Javier Roberto Suárez. “José Olimpo Suárez Molano: Richard Rorty: El neopragmatismo norteamericano.” *Eidos* no. 5, octubre, año 2006, pp. 147-151.



posmodernidad, multiculturalismo y derechos humanos”²⁰⁹ resultan fundamentales dentro de la obra de este autor.

Estas epistemologías, desde el punto de vista de la sociedad latina, gravitan en primer lugar con las cuestiones de la producción del conocimiento y, en particular, con las formas en que podemos pensar y transformar las ciencias sociales y la teoría jurídica. Sin embargo, esta reflexión no sólo es epistemológica, sino que también tiene importantes orígenes políticos y consecuencias. Para los que piensan desde la perspectiva del Sur, el problema que hoy enfrentan las ciencias sociales, el derecho y los derechos humanos es el de avanzar en la búsqueda de la justicia global en los tiempos de globalización neoliberal y neocolonialismo²¹⁰.

Asimismo, desde la filosofía de Santos se establece que la injusticia que al día de hoy tenemos básicamente en todo el mundo, injusticia económica y política, se encuentra fundamentada en la injusticia de la distribución del conocimiento desde el comienzo mismo de la “colonización moderna del mundo”. Es dentro de este horizonte que Santos afirma que la lucha por la justicia global incluye la búsqueda de la justicia epistémica. En otras palabras, “la resistencia política tiene que estar basada en la resistencia epistemológica”²¹¹. Ya que debemos recordar que la resistencia se justifica para restablecer los principios constitucionales que son violados de forma permanente y generalizada, dentro de un Estado que aún se considera “fundamentalmente legítimo” para el restablecimiento del Estado de Derecho²¹².



²⁰⁹Sociólogo portugués que desde sus primeros escritos se ha dedicado a elaborar una propuesta teórica en la cual convergen la sociología y el derecho para dar lugar a la construcción de una teoría crítica que reacciona ante la realidad material de la modernidad y, consecuentemente, plantea un nuevo enfoque que permite contemplar el orden político existente desde una visión progresista a través de la cual las categorías que constituyen dicho paradigma pueden ser entendidas por fuera de los límites liberales en los cuales se han encontrado enmarcadas. Gutiérrez, Daniela Ursola. “Boaventura De Sousa Santos y la reconstrucción intercultural de los derechos humanos.” *Revista Jurídicas*, vol. 9, no. 2, julio de 2012, pp. 175-188.

²¹⁰Barreto, José-Manuel. “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 21, no. 2 (Summer2014 2014): 395- 422.

²¹¹Barreto, José-Manuel. “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, no. 2, año 2014, pp. 395-422.

²¹²Huertas, Omar, Edgar. Carmona, K. Salazar, y R. & Martínez, L. Pulido. “El caso Ayotzinapa,...”, Op. cit., 133-148.



Marx mostró claramente cómo la micro racionalidad de las decisiones individuales de los capitalistas conduce a las más trágicas irracionalidades colectivas y que para evitar esto es necesario un elemento de planificación que introduzca las concepciones de bien común y de interés público que las haga efectivas. Para eso es necesario que las luchas populares hayan logrado algunas conquistas en el poder del Estado. Hoy, hay que radicalizar la democracia como mecanismo de control democrático del Estado, a través de la democracia representativa es fundamental, aunque sólo con ella no será suficiente²¹³.

Democracia directa y participación ciudadana

A través de varios países latinoamericanos, se han establecido a nivel constitucional herramientas de participación ciudadana, como lo son: la consulta popular, el plebiscito, el referéndum, la revocación del mandato, la iniciativa popular entre otros. Estas herramientas de participación ciudadana y “democracia directa”, si bien es cierto, algunos señalan su origen a partir de 1991 en Latinoamérica, también lo es que en México no es sino hasta recién en el año de 2014 (17 de enero) que fue publicada la Ley Federal de Consulta Popular y entró en vigor a partir del 15 de marzo del mismo año.

En México, pese a la reciente posibilidad de participación ciudadana en la vida política del país, se han llevado a cabo cuatro intentos de manifestación de democracia directa, a través de la consulta popular. Se ha intentado consultar al pueblo, sobre temas tales como: la reforma energética (en dos ocasiones, una por parte del partido encabezado por Andrés Manuel López obrador, morena, y el otro por parte del Partido de la Revolución Democrática); el aumento al salario mínimo (por parte del Partido Acción Nacional); y la reducción del número de diputados y senadores plurinominales (por parte del Partido Revolucionario Institucional).



²¹³Márquez-Fernández, Álvaro B. “Boaventura De Sousa Santos: hacia una política emancipadora de las ciencias sociales en América Latina.” *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, no. 54 julio 2011, pp. 139- 143.



Lastimosamente, los cuatro intentos terminaron en fracaso, para algunos, como lo es Luis Carlos Ugalde, el fracaso de las consultas populares se debe a tres principales razones: debido a la deficiencia de la propia legislación, la mala redacción de las preguntas realizadas a la ciudadanía y la falta de iniciativa ciudadana. En lo único que estamos de acuerdo con este autor se da en el caso de la consulta impulsada por el PRI, en el sentido de que esta consulta únicamente fue un acto de simulación y populismo ya que se hacía referencia a la materia electoral, materia explícitamente prohibida por la constitución para ser objeto de consulta popular²¹⁴.

Nosotros consideramos que, respecto al fracaso de las consultas populares, específicamente de las realizadas en materia energética, más que por cuestiones de forma o de fondo tiene que ver con cuestiones políticas; por falta de voluntad de la autoridad e independencia de los Poderes de la Unión, en este caso, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se encuentra sometida al ejecutivo Federal, siendo este último quien impulsó la llamada reforma energética. No se materializaron dichas consultas y con ello la voluntad popular, debido a la “política” entreguista que han seguido los gobiernos de nuestro país desde que empezamos a practicar el modelo económico neoliberal y nuestras autoridades se han venido sometiendo a los intereses de la oligarquía tanto nacional como internacional y de gobiernos extranjeros.

Esto es así, ya que como la constitución mexicana lo señala; la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, y si bien es cierto, son los órganos de poder los que materialmente ejercen el poder soberano, también lo es que el pueblo en ningún momento sede dicho poder, únicamente faculta a los representantes de los órganos del Estado para que materialicen la voluntad del soberano, es decir, del pueblo. Pese a los ya mencionados instrumentos de participación, la realidad en América Latina y particularmente en México, es que la participación ciudadana está lejos de ser una realidad y sobre todo una práctica común.



²¹⁴Ugalde, Luis Carlos. ¿Por qué fracasó la consulta popular? El Financiero. 04 de noviembre de 2014. Véase <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/por-que-fracaso-la-consulta-popular.html>, consultada el 05 de marzo de 2017.



Así lo indica Daniel Zovatto al establecer que de 11 países latinoamericanos -entre los cuales no se encuentra México- que cuentan con instrumentos de participación ciudadana, en casi 30 años (1978-2007) se ha llevado a cabo una consulta al pueblo casi cada 10 años²¹⁵. La situación de la participación ciudadana en Europa no es mejor, ya que en todo el siglo XX se llevaron a cabo en los países europeos occidentales democráticos únicamente 326 consultas a la ciudadanía. Sin incluir a Suiza ya que debemos destacar que este país es uno de los que más practica la participación de sus ciudadanos en los asuntos políticos; sólo este país ha empleado sus herramientas participativas en más ocasiones que el resto de países europeos juntos. En el caso europeo se tiene un promedio de dos elementos de participación empleados cada década, y en su mayoría, en la realidad son países como Liechtenstein, Irlanda e Italia los que realmente practican la democracia participativa²¹⁶.

Antropodiversidad y pluriculturalismo del Estado

Volviendo a la filosofía de Santos, tenemos que el objetivo político consistente en que verdaderamente se alcance una significativa democratización del poder en una sociedad culturalmente más diversa, consolida una “pluralidad de ciudadanías” que inciden y fungen como gestoras de la concepción de un Estado pluricultural; en la actualidad, uno de los ejemplos más claros de este tipo de Estados es el de Canadá. “El Estado moderno fue concebido como monocultural y mononacional. En las colonias de los países occidentales significó “genocidio yepistemicidio”, colonialismo interno, racismo”. En América Latina e incluso alrededor del mundo, los proyectos de integración regional son hoy muy importantes



²¹⁵Zovatto, Daniel. “Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina. Balance comparado: 1978-2007”, en *Democracia directa en Latinoamérica*. Alicia Lissidini, Yanina Welp & Daniel Zovatto, coords. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2008, pp. 253-296, 265-267.

²¹⁶Matt Qvortrup, “Referendums in Western Europe”, en *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke, New York, 2014, pp. 43-64.



como una respuesta al intento de subordinar todos los países del sur global a la lógica neoliberal²¹⁷.

Su concepción teórica, en resumen, se puede entender como un intento de proponer una interpretación de la realidad tendiente a evitar reduccionismos y etnocentrismos; reduccionismos centrados en una sola percepción de la realidad considerada la verdadera y niega “la consideración positiva de una de las características esenciales de la especie humana: la antropodiversidad, la diversidad cultural y humana”²¹⁸.

La política concebida en un punto de vista positivo, basado en una mayor participación política como acercamiento al ideal normativo, de conformar al Estado y formar parte activa y central de éste. Por último, algunas de las principales reflexiones que se destacan sobre estos temas son las que consisten en la consolidación de instrumentos tendientes al combate a la corrupción, “de una sólida infraestructura ética”, de un andamiaje jurídico tendiente al fortalecimiento y materialización de la transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información por parte de la ciudadanía, lo que en última instancia nos regresa, aunque desde otra perspectiva, al fortalecimiento de un Estado democrático de derecho que tienda a reducir las desigualdades económicas y sociales²¹⁹, y en última instancia, al pleno goce y ejercicio de los derechos humanos para que los ciudadanos verdaderamente puedan vivir con dignidad.



²¹⁷Márquez-Fernández, Álvaro B. “Boaventura De Sousa Santos: hacia una política emancipadora de las ciencias sociales en América Latina.” *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, no. 54 julio, año 2011, pp. 139-143.

²¹⁸Bonet, Antoni Jesús Aguiló. “Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos.” *Universitas Humanística*, no. 68, julio, año 2009, pp. 179-205.

²¹⁹Abellán López, María Ángeles. “El buen gobierno desde una perspectiva iberoamericana. Un especial análisis del caso ecuatoriano.” *Íconos. Revista De Ciencias Sociales*, no. 54, enero, año 2016, pp. 231-233.



¿Postpositivismo e imperio de la ley como respuesta a la desigualdad económico-jurídica?

La teoría del derecho del constitucionalismo es aceptable en la medida en que nos da cuenta del positivismo tradicional, nos aporta ciertos rasgos que claramente caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídico contemporáneos. Referirnos al constitucionalismo en un sentido fuerte o estricto y además a un concepto sustantivo valorativo de constitución que lleva la idea de que la ciencia jurídica, esto es la dogmática y la teoría del derecho²²⁰.

El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. La pregunta de Hart -para resolver los problemas de adjudicación- se dirige a plantear cuáles son las convenciones del pasado, y el papel preponderante que deben tener estas convenciones para resolver las decisiones futuras, mientras que la pregunta a la que los postpositivistas quieren responder no hace referencia al pasado sino al futuro²²¹.

Otro aspecto muy importante de este cambio de agenda es el cambio de enfoque del centro del análisis del derecho. Los positivistas y en cierta medida también los iusnaturalistas, tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo ha desplazado el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis. Este enfoque general es coherente con la idea anterior que hacía referencia al interés por el derecho indeterminado y por la resolución de casos difíciles²²².



²²⁰Atienza, Manuel, "Argumentación y constitución" ... pp. 199-200.

²²¹Calsamiglia, Albert, "Postpositivismo", *Revista Doxa*, vol. 21, España, 1998 p. 211.

²²²*Ibidem*. p. 215.



Por su parte, el imperio de la ley se refiere a un nuevo estado constitucional de derecho que se encuentra estrechamente relacionado con la cuestión postpositivista ya que ésta constituye el núcleo del mismo. La primera diferencia se da primero que nada en que a diferencia del estado legislativo –así denominado por Atienza²²³ en el estado constitucional el poder legislativo y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene además que justificarse en forma más exigente. Esto es, no basta con hacer la referencia a la autoridad, esto es, al órgano competente, sino también a ciertos procedimientos, es decir, que se requiere también un control en cuanto al contenido. Así, el imperio de la ley toma un giro justificativo y necesario en el estado de derecho en cuanto se refiere a los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica que la antes requerida por el denominado estado legislativo. En palabras de Atienza el estado constitucional supone entonces un sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza²²⁴. Esta última frase del filósofo español, nos muestra el puente entre la justicia como corrección de Alexy necesaria en el estado constitucional (basado en la teoría del postpositivismo) y el imperio de la ley con ese carácter argumentativo o giro justificativo.

La justicia de corrección de la que nos habla Alexy es aquella que precisamente tienen una relación con distribuciones y compensaciones²²⁵, definiendo a la justicia el autor alemán como: “la justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación”²²⁶. Pero este concepto, menciona Alexy, nos lleva a ver que la definición de justicia como corrección, pertenece a una más amplia familia de conceptos y cuyo más importante análogo de dicho concepto es el de verdad, puesto que ésta es el más alto criterio de valoración de la corrección de proposiciones que vierten en torno a aquello que ocurre, del mismo modo la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones²²⁷.



²²³Atienza, Manuel, “Argumentación y constitución”..., p.212.

²²⁴*Ibidem*, p.213.

²²⁵Alexy, Robert, “Justicia como corrección”, *Doxa cuadernos de filosofía*, Número 26, año, 1989, Universidad de Alicante, España, p. 8.

²²⁶*Ibidem*, p. 9.

²²⁷*Idem*.



Ahora bien, la circunstancia de que la justicia sea un particular tipo de corrección, ya que cuando alguien afirma que algo es justo siempre a la vez afirma de alguna forma al mismo tiempo, que es correcto. En consecuencia quién afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado y justificado mediante razones. De tal suerte que la tesis de Alexy de que la justicia es corrección, conduce de forma directa a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones²²⁸.

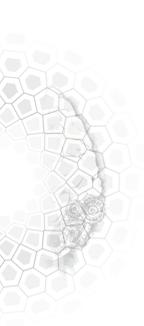
A manera de conclusión

El Estado constitucional supone entonces un sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza, lo que nos muestra el puente entre la justicia como corrección necesaria en el Estado constitucional y el imperio de la ley con ese carácter argumentativo o giro justificativo. La justicia con su carácter correctivo lleva incluido o sobre entendido que es susceptible de ser fundamentada y justificada mediante razones, lo que nos conduce de forma directa a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, donde la justicia toma el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones. Lo anterior constituye y forma parte de la teoría postpositivista que sirve de respuesta a la problemática de desigualdad económico jurídica y sus repercusiones en el estado y el imperio de la ley, que ha sido analizada a lo largo del presente ensayo.

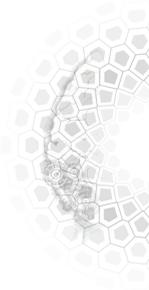
Ello, para alcanzar esa finalidad esencial del Estado, el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos por todas y cada una de las personas que en él habitan. Todo esto, sobre la base fundamental de las herramientas con las que se constituye el buen gobierno, como lo son: la democracia participativa y democracia directa, la transparencia, rendición de cuentas, acceso a la información y libertad de expresión. A través de un moderno



²²⁸ *Ibidem*, p 10.



enfoque epistemológico que nos lleve al acceso a la justicia global, desde una perspectiva interdisciplinaria que conjugue a las ciencias jurídicas y sociales, en la época del fallido modelo económico neoliberal global, mismo que ha funcionado como yugo neocolonizador.



Referencias

González, Javier Roberto Suárez. *José Olimpo Suárez Molano: Richard Rorty: El neopragmatismo norteamericano*. Eidos no. 5, octubre, año 2006.

Abellán López, María Ángeles. “El buen gobierno desde una perspectiva iberoamericana. Un especial análisis del caso ecuatoriano.” *Íconos. Revista De Ciencias Sociales*, no. 54, enero, año 2016.

Alexy, Robert, “Justicia como corrección, *Doxa cuadernos de filosofía*, Número 26, año, 1989, Universidad de Alicante, España.

Arenal, Concepción, *El pauperismo*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, pp.15 y 16, Consultado en biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, www.cervantesvirtual.com/obra/el-pauperismo--0/, fecha de consulta 03 de mayo de 2015.

Aristóteles, *Acerca de la generación y la corrupción: tratados breves de la historia natural*, Gredos, España, 1998.

Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 2007, Alicante, España.

Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador*. México: Ediciones Abya Yala, 2011.

Baca, Pedro C, y Alberto Círiga. “Los jóvenes mexicanos y la corrupción.” *Contenido*, nº 573, 2011.

Barreto, José-Manuel. “Epistemologies of the South and Human Rights: Santos and the Quest for Global and Cognitive Justice.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 21, no. 2, año 2014.

Bohórquez, Eduardo. “Corrupción: la epidemia silenciosa que afecta a los mexicanos.”

Contenido, nº 573, 2011.



Bonet, Antoni Jesús Aguiló. *Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Boaventura de Sousa Santos*. Universitas Humanística, no. 68, julio, año 2009.

Calsamiglia, Albert, “Postpositivismo”, *Revista Doxa*, vol. 21, España

CNN, *El gobierno de México denuncia por corrupción a 194 funcionarios*. CNN México, 31 de agosto de 2010, <http://mexico.cnn.com/nacional/2010/08/31/el-gobierno-de-mexico-denuncia-por-corrupcion-a-194-funcionarios-publicos>.

Benjamín Rodríguez-Iturbe, José. “Rorty, el inmanentismo absoluto y los derechos humanos.” *Dikaion*, Vol. 21, no. 1, junio de 2012.

García Ramírez, Sergio, y Julieta Morales Sánchez. *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*. México: Porrúa UNAM, 2011.

Gutiérrez, Daniela Ursola. “Boaventura De Sousa Santos y la reconstrucción intercultural de los derechos humanos.” *Revista Juridicas*, vol. 9, no. 2, julio de 2012.

Hernández Viguera, Juan, *Los fondos buitres*, clave intelectual, Madrid, 2015. http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/estudio_CulturaTransparencia.pdf, consultado el 22 de

febrero de 2017.

Huertas, Omar., Edgar. Carmona, K. Salazar, y R. & Martínez, L. Pulido. “El caso Ayotzinapa y la resistencia civil en México: un análisis a partir de los crímenes de Estado.” *Revista Científica UNINCCA* 20, nº 2, año, 2015.

Marco Tulio Cicerón, en Freeman, Philip, *Cómo gobernar un país, consejos de la antigüedad para líderes de hoy*, Crítica, España, 2013.

Márquez-Fernández, Álvaro B. “Boaventura De Sousa Santos: hacia una política emancipadora de las ciencias sociales en América Latina.” *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, no. 54 julio, año 2011.



Matt Qvortrup, “Referendums in Western Europe”, en *Referendums around the World: The Continued Growth of Direct Democracy*, Palgrave-MacMillan, Basingstoke, New York, 2014.

Monsiváis, Carlos, *A ustedes les consta. Antología de la crónica en México*, Era, México, 1989.

Ortún, Rubio, Vicente, “Desigualdad y salud”, *Revista Política y Sociedad*, Número, 35, España, 2000.

Pasquino, Gianfranco, “Corrupción política” en Bobbio, Norberto, *Diccionario de Política*, Siglo XXI editores, México, 2005.

Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, Fondo de cultura económica, México, 2014.

Piketty, Thomas, *La economía de las desigualdades*, Siglo XXI editores, México, 2015.

Rivera Trejo Arturo, “Administración Pública y corrupción en México”, *NTR periodismo crítico*, 15 de julio de 2013, <http://ntrzacatecas.com/2013/07/15/administracion-publica-y-corrupcion-en-mexico/>, consultado el 20 de febrero de 2017.

Rovira, Ricardo. “Buen gobierno.” *IEEM Revista De Negocios*, abril, 2005.

Stiglitz, Joseph E., *El precio de la desigualdad*, Taurus, México, 2012.

Transparencia Mexicana. ¿Dónde se encuentra México en el índice de percepción de la corrupción? Transparencia Mexicana. 2 de diciembre de 2014. <http://www.tm.org.mx/ipc2014/> consultado el 20 de febrero de 2017.

Ugalde, Luis Carlos, “Corrupción y democracia” en *Revista Nexos*, No. 217, enero de 1996.

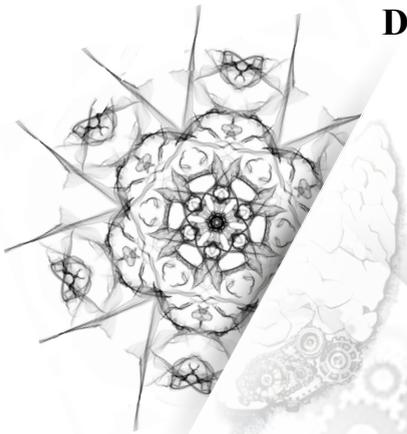
Ugalde, Luis Carlos. ¿Por qué fracasó la consulta popular? *El Financiero*. 04 de noviembre de 2014. Véase <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/por-que-fracaso-la-consulta-popular.html>, consultada el 05 de marzo de 2017.



Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, FCE, México, 2008.

Wilkinson Richard, *Unhealthy societies: The afflictions of inequality*, Routledge, London, 1996.

Zovatto, Daniel. “Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina. Balance comparado: 1978-2007”, en *Democracia directa en Latinoamérica*. Alicia Lissidini, Yanina Welp & Daniel Zovatto, coords. Prometeo Libros. Buenos Aires, 2008.



DE LA TEORÍA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO ABORDADAS POR NORBERTO BOBBIO: APUNTES HISTÓRICOS PARA UNA REFLEXIÓN CRÍTICA



Lizeth Juliana García Atra²²⁹

Introducción

Inicialmente, debe precisarse que Bobbio comprende la filosofía política como una disciplina que se encarga del estudio de los aspectos integrantes de la teoría general de la política. En efecto “Bobbio redescubre y alienta la vuelta a los clásicos, pero sobre todo subyace su interés por entender y explicar a las sociedades modernas el por qué debe revalorarse el papel y significado de la democracia y el papel que deben jugar los individuos en tanto integrantes de la sociedad y como entes encargados del ejercicio del poder público...recupera el estudio de los clásicos como una forma de tener los mejores elementos interpretativos de la política”.²³⁰



²²⁹Licenciada en Derecho por la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia, Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Articulista en diversos libros y revistas jurídicos. Correo electrónico: lizethjuliana_523@hotmail.com

²³⁰Victoria Marín, Alfredo, *La teoría general de la política y del derecho de Norberto Bobbio, apuntes para una teoría de la publicidad del gobierno*; consultado en: http://www.contraloriadelpoderlegislativo.gob.mx/Revista_Rc_et_Ratio/Rc_et_Ratio_4/RC4%205.pdf



No obstante lo anterior, ¿Por qué la “teoría de las formas de gobierno” expuesta por Bobbio debe ser estudiada por quienes pretenden un acercamiento a la teoría política y, con esto a un adecuado sistema político y democrático? Responder a esta pregunta no requiere mayores elucubraciones, si se tiene en cuenta que este tratadista del arte jurídico introduce a quien lo lee a la comprensión de las buenas, malas, mejores, peores, óptimas o incorrectas formas del gobierno (que pueden ser comprendidas en estadios o momentos diferentes), de sus tipologías en el contexto de los usos axiológico, sistemático e histórico (este último útil en la delineación de la propia y verdadera filosofía de la historia que se traduce en un movimiento “cíclico” en el que una forma de gobierno se disuelve para dar paso a otra novísima, verbigracia, cuando la monarquía decae en tiranía, nace como reacción la aristocracia que coetáneamente, al decaer en oligarquía, da paso a la democracia).

Interesa aquí señalar la apreciación que hace Bobbio respecto al modelo óptimo de Estado que debe comprender, a) la idealización de una forma histórica, b) la combinación (en una síntesis ideal) de los diversos elementos positivos que comprende todas las buenas formas de gobernar, para propiciar la eliminación de los vicios y c) la conservación de las virtudes y la elaboración intelectual pura, abstraída completamente de la realidad histórica. Igualmente se destaca la clasificación a la que acertadamente hace alusión Bobbio y que comprende la forma de quién gobierna y cómo lo hace.

		¿Cómo?	
		Bien	Mal
¿Quién?	Uno	Monarquía	Tiranía
	Pocos	Aristocracia	Oligarquía
	Muchos	Democracia	Oclocracia



Ahora bien, Bobbio se refiere primigeniamente a Platón,²³¹ quien no sólo se aproxima a las diversas formas de la Constitución, sino que mediante su “diálogo” en la obra “La Republica” la describe como una *ideal* en la que se hace más próxima la realización plena de la justicia (aunque esta quimera no ha sido posible aún en la realidad fáctica del Estado). Es de obligatoria mención el examen que hace este filósofo con relación a las nominadas constituciones corruptas y a formas puntuales de gobierno, a saber: timocracia, oligarquía, democracia y tiranía.

En este sentido particular, debe recordarse que la monarquía y aristocracia son atribuidas indiferentemente a la constitución ideal, por su parte, la oligarquía se constituye como la forma corrupta de la aristocracia, la timocracia se caracteriza esencialmente porque al margen de la corrupción, honra más a los guerreros que a los sabios (aunque puede aparecer como una forma intermedia, esto es, entre la perfección y la imperfección); finalmente la tiranía posibilita un escenario en el que la degradación *toca fondo*. En tratándose de la mutación de una Constitución a otra, sugiere este filósofo su cambio en el contexto del acercamiento de las generaciones; señala que la corrupción del Estado se manifiesta en los términos de la discordia – de la clase dirigente o de la clase dirigida - que propicia su disolución; de ella se derivan los males del desmembramiento del cuerpo social. Debe señalarse aquí que la filosofía platónica permite la concepción de la sociedad como un organismo a “imagen y semejanza” del cuerpo humano. Concluyendo, puede aseverarse aquí que la República se constituye como la descripción óptima de la constitución y el político se traduce como un “óptimo gobernante”, una especie de rey filósofo que posee la ciencia del buen gobierno.

Ahora bien, con relación a Aristóteles,²³² se destaca la introducción que éste hace al término “politeia” y su relación con la constitución, considerada a su vez, como la ley fundamental de un Estado (en la que se especifica además sus órganos, funciones y relaciones recíprocas). Este filósofo expone, de manera puntual, seis formas de gobierno, a saber: monarquía -que puede ser



²³¹Camarero, A., Platón. *La República*, Trad., estudio preliminar y notas de L. Farré, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

²³²Aristóteles, *Política*, edición de Patricio de Azcárate, Madrid, 1873.



hereditaria, espartana, del régimen de los tiranos o de los tiempos barbaros; se caracteriza porque el poder se ejerce tiránicamente, aunque es legítimo, en la medida en que es “aceptado”- aristocracia, politia -que fusiona la oligarquía y la democracia, esto, es un régimen de ricos y pobres que pretende equilibrar la tensión social, asegurando, en estas condiciones, la paz social-, democracia, oligarquía y tiranía, todas estas pueden diferenciarse conforme al interés común o individual. Finalmente, Aristóteles hace especial énfasis en que la estabilidad se constituye como un pilar en la reflexión sobre el buen y mal gobierno.

Debe reconocerse que esta reflexión resulta necesaria para el cabal entendimiento de la forma en que se está ejerciendo el poder gubernamental al interior de los pueblos latinoamericanos, especialmente, si se tiene en cuenta que éstos se han visto en la imperiosa necesidad de adaptarse a los cambios y fenómenos sociales que se han suscitado en el contexto de la globalización y el neoliberalismo imperantes en la actualidad.

Siguiendo con el análisis que aquí se pretende, se destaca que para Polibio,²³³ la constitución de los pueblos se constituye como la primer causa o fracaso de cualquier acción del fracaso de toda acción, de manera que de una excelente constitución, depende el éxito político. Asimismo, hace una introducción al término olocracia (símil a multitud, masa, plebe), considerándolo como un gobierno popular corrupto y señala que las constituciones sufren del *vicio* de la falta de estabilidad, y que las constituciones simples son, por su naturaleza, malas.

El remedio para las precitadas constituciones se ciñe al parámetro del denominado “gobierno mixto” por él defendido, en el que confluyen tres formas de gobierno y se hacen partícipes al rey, al pueblo y al senado; también requiere de un control recíproco de poderes que le da “equilibrio”. Asevera igualmente que existe una relación entre la nominada constitución mixta y la estabilidad (de forma que cuando al interior gobierno, cada quien cumple su función, no hay posibilidades de que este se degenera).



²³³Martinez Lacy, Ricardo, *La Constitución mixta de Polibio como Modelo Político*, UNAM, México, 2005.



No obstante lo anterior, y con relación a la tesis planteada por Maquiavelo²³⁴, se destaca la conformación del nominado Estado Moderno con la transformación de grandes Estados territoriales, su reflexión en torno a la república romana para la demostración de que los Estados eran precisamente una “especie” de repúblicas o principados, la afirmación de que el Estado no puede vivir de forma ordenada sino con la consolidación de una verdadera monarquía o república, atendiendo a que cualquier régimen intermedio es, por naturaleza, defectuoso; indica que no basta con fusionar una forma de gobierno con la otra para la obtención de un gobierno mixto; hace especial énfasis en su libro “El Príncipe” a los nuevos principados y los clasifica en cuatro especies conforme al modo de conquista del poder: a) por virtud; b) por fortuna; c) por maldad; y d) por el consenso de los ciudadanos; distingue en el contexto del “éxito” al tirano bueno (que aun cuando conquista el Estado, mediante terribles delitos, logra conservarlo) o malo (el que logra mantener al Estado sólo por un año); desarrolla en su tesis la tipología clásica de las seis formas de gobierno, la teoría de los ciclos (en la que se confirma la concepción naturalista de Maquiavelo), el “gobierno mixto; estima igualmente que las constituciones buenas en sí mismas pueden estar expuestas a la corrupción, razón por la cual deberán considerarse como perniciosas; asevera que no es posible que un Estado que cae en decadencia pueda, con suficiencia, remontarse a su punto de partida.

Finalmente, precisa que no es la armonía, sino el conflicto, el antagonismo, el que permite el establecimiento de las condiciones de la salud de los Estados y se constituye como el primer requisito de la libertad y que todas las leyes que propician la libertad nacen del desacuerdo entre los nobles y el pueblo.

En tratándose de Bodino²³⁵, acérrimo defensor de la soberanía (esto es, del poder supremo), se destaca el estudio que él hace en su obra *De la República* respecto a los problemas generales del Estado, las formas de gobierno y la comprensión del Estado “óptimo”; considera que del poder soberano (consistente en el establecimiento de normas generales que involucran a la



²³⁴Gramsci Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, Ediciones Nueva visión, Madrid, 1980.

²³⁵Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, cuarta edición, 2006.



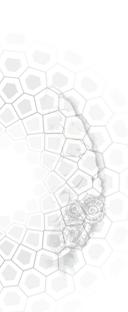
comunidad) depende la existencia del Estado y que dentro de los atributos de la soberanía del Estado se destacan su carácter perpetuo -inexistente si se asigna a una sola persona o cuerpo determinado- y absoluto -desligado al obedecimiento de las leyes— precisa que el poder absoluto no se traduce en que este sea ilimitado y que las leyes fundamentales del Estado (o constitucionales) se imponen como límites al poder del soberano, alude a las tres clásicas forma de Estado, esto es, aristocracia, monarquía y democracia que se deriva de la suma entre el poder real, el aristocrático y el popular; reitera que el Estado dividido puede ser considerado como un “pésimo” Estado.

El autor reconoce la existencia de Estados combinados que no se traducen necesariamente en mixtos; sostiene que la soberanía puede residir en el pueblo, en el príncipe o en la clase de los notables; indica igualmente que las formas degeneradas del Estado se posibilitan no por vicios de la soberanía, sino de su ejercicio; distingue entre las formas rectas y corruptas del Estado; concluyendo, habla de la monarquía despótica y considera que es legítima -a pesar de que sea dura, en contraposición a la tiranía- cuando el déspota se ha hecho señor de sus súbditos a través del derecho de armas y la guerra justa. Desde el punto de vista personal, se considera que esta tesis de soberanía adquiere relevancia para las constituciones contemporáneas, en esencia, si se tiene en cuenta que en la actualidad permanece incólume el concepto en estos textos cuando hay consagración expresa de la soberanía popular y nacional.

Respecto a la teoría de Hobbes, sea del caso señalar que el poder soberano es más absoluto que el expuesto por Bodino; esgrime que con los conceptos democracia,²³⁶ anarquía, aristocracia, oligarquía, tirano o rey, no se designan formas de Estado diferentes, sino diferentes opiniones de los ciudadanos con relación a los gobernantes, invita a reflexionar racionalmente sobre la diferencia existente entre el rey y el tirano, señala que el poder soberano no puede dividirse, so pena de que pueda ser destruido e insiste en que de admitirse que las funciones del Estado sean tres -legislativa, ejecutiva y judicial-, la identificación de la práctica de la división de poderes con



²³⁶Martín Ruiz, Jose María, *Democracia liberal o absolutismo en Hobbes*, Baética. Estudios de Arte, Geografía e Historia, Universidad de Málaga, 1992, pp. 239-251.



la realidad del sistema político, llamado “mixto”, podría posibilitarse en la concepción de un Estado en el cual al rey le sea confiada la función ejecutiva, al senado la judicial y al pueblo la legislativa.

Valga precisar aquí, que la teoría tradicional de formas de gobierno le es útil a Vico²³⁷ para identificar el transcurrir histórico de las naciones en vía a la barbarie a la civilización, él habla esencialmente de las tres formas clásicas de gobierno, a saber, aristocracia, democracia y monarquía. Distingue tres tipos de autoridad a las que llama monástica (la del hombre primitivo), económica y civil, considera que el estado del “buen salvaje” es negativo y conlleva a la extrema infelicidad; pretende demostrar que la historia de la humanidad ha sido muy compleja y variada más de lo que, en apariencia es, sugiere que el principado no surge contra las libertades populares, sino para defender al pueblo de sí mismo; sostiene que mientras la república aristocrática y la popular son antitéticas, la monarquía (en el contexto del gobierno popular) guarda una relación de continuidad.

Señala que la tripartición de las autoridades comprende cinco momentos del desarrollo histórico, a saber: el estado ferino, el de las familias, la república, la aristocracia, la popular y la monarquía; asevera que es posible la distinción de dos modelos de filosofía de la historia: el primero, conforme al cual la historia avanza en sentido progresivo (de lo malo a lo mejor) y otro que considera que la historia se mueve en sentido regresivo (de lo mejor a lo peor), estima, del mismo modo, que la sublevación de los oprimidos posibilita la consolidación de un verdadero “Estado nuevo”, donde la lucha y el antagonismo deben considerarse como momentos importantes dentro del avance social y condena la razón libertina y la iluminista (que degenera en la desconsagración de la naturaleza y de la historia).

Se rescata y destaca, del conocido autor del “espíritu de las leyes”, del conocido teórico del derecho Montesquieu,²³⁸ su interés por explicar la variedad de las sociedades humanas y sus gobiernos en el tiempo y en el espacio, él es enfático al señalar que las leyes son relaciones necesarias derivadas de la



²³⁷Pardo Tovar, Andrés, *Historia de la filosofía y filosofía de la historia*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1970.

²³⁸Montesquieu, *Del espíritu de las leyes, estudio preliminar de Daniel Moreno*, Tecnos, España 2008.



naturaleza de las cosas (lo que explica, de alguna manera, que todos los seres tengan sus leyes), anticipa que el mundo no está gobernado por “una ciega fatalidad”, señala que el mundo humano está gobernado por una ley natural común a todos los hombres y por leyes positivas que varían de pueblo a pueblo. Sea del caso indicar que la multiplicidad de las leyes es razonable para Montesquieu en la medida en la cual, a partir de esta, es posible encontrar las causas de aplicación al estudio del mundo humano con el mismo rigor metodológico y espíritu de observación empleado por los físicos en el análisis del mundo natural. Se precisa igualmente que para Montesquieu, el gobierno republicano es aquel en que el pueblo, o parte de él, tiene el poder supremo, el monárquico está caracterizado esencialmente porque en este sólo uno gobierna, sin sujeción a leyes fijas y preestablecidas y en el gobierno despótico, el poder reside en un individuo (que impone su voluntad), sin leyes ni frenos de ninguna naturaleza, lo que hace posible arrastrar “con todo”.

Se destaca adicionalmente la innovación de la tipología en la tesis de Montesquieu en la medida en la cual ésta se desarrolla en dos planos diferentes: el de la “naturaleza” de los gobiernos (caracterizada por su estructura particular) y el correspondiente a los “principios” (relativo a las pasiones humanas), se suma a lo anteriormente expuesto que para Montesquieu toda forma de gobierno puede caracterizarse por la pasión fundamental que lleva a los súbditos a que obren conforme a las leyes establecidas, permitiendo así la duración de cualquier régimen político.

Del mismo modo, Montesquieu se refiere a tres principios: la virtud para la república, el honor para la monarquía y el miedo para el despotismo; emplea el concepto de igualdad a fin de contextualizar la idea de virtud (como resorte de las repúblicas) y para distinguir a la república –democrática - de las otras formas de gobierno, que están esencialmente basadas en una insoluble desigualdad entre gobernantes y gobernados; asevera igualmente que “*Se ama a la patria en cuanto es sentida como cosa de todos, y es sentida así en cuanto todos se consideran y son iguales entre sí*”²³⁹ e indica que el sentimiento de honor se traduce en una sensación que permite a los hombres obrar por el bien común; este honor es



²³⁹Hourcade, Pablo, *La lectura de Hannah Arendt sobre los principios políticos de Montesquieu: un nuevo principio*, Universidad Católica Argentina, Argentina, 2014, p. 6.



individual, pero útil a la sociedad y a ese bien común al que se hizo alusión en la medida en la cual permite el cumplimiento del propio deber.

Debe tenerse en cuenta que, como bien lo expone Montesquieu, el honor, a diferencia de la virtud republicana (que sólo es posible en una sociedad de iguales), requiere de una sociedad de desiguales que se base en la diferencia de rangos, en la presencia de órdenes o grupos privilegiados; este honor no le es inherente a todos, sino tan solo aquellos a quienes el soberano haya confiado el cuidado del Estado.

Téngase en cuenta aquí que Montesquieu prefiere la monarquía (distinguida del despotismo) en la medida en que ésta, como forma de gobierno en la que entre súbditos y soberano hay poderes intermedios, o “contrapoderes”,²⁴⁰ impide al soberano abusar de su autoridad. Se relieves de su tesis la concepción del nominado gobierno “moderado”, derivado éste, en todo caso, de la disociación del poder soberano y de su división con base en tres funciones fundamentales del Estado, a saber: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. De obligatoria enunciación resulta la separación de poderes a la que se refiere Montesquieu y que es característica de los gobiernos moderados. Este teórico confirma la tesis conforme a la cual la tripartición de las formas de gobierno en república, monarquía y despotismo es equivalente al uso descriptivo - histórico de la tipología, acompañada paralelamente por otra tipología más simple con respecto al uso prescriptivo, que permite, asimismo, la distinción entre gobiernos en moderados y despóticos, este último que comprende tanto monarquías como repúblicas.

Continuando con el análisis pretendido, se destaca que Aristóteles concibe el despotismo como una especie del género de monarquía, mientras que Montesquieu se refiere a éste como una forma de gobierno disímil de la monarquía, autónoma a ésta y a la república. En efecto, es válido hablar de dos clases de despotismo: el primero de ellos, el que es impuesto intempestivamente con la fuerza sobre una Nación virtuosa, el segundo, el que se instaura con el tiempo, el lujo y la debilidad de carácter.



²⁴⁰Bandieri, Luis María, “El entierro de Montesquieu”, *Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Argentina, N° 2, 2014, p. 84.



Éste – refiere Bobbio – se encuentra caracterizado por el monopolio de la organización burocrática que, formado por razones objetivas en el contexto de las sociedades agrarias, tiene aplicación actualmente en las sociedades altamente industrializadas y se constituye como la más terrible amenaza a la libertad del hombre.

Analizado este aspecto, Bobbio se detiene en este pasaje para señalar que desafortunadamente el hombre, corrompido por las pasiones y prejuicios, ha ignorado las leyes de la naturaleza y, con sus leyes positivas, por demás bárbaras e insensatas, ha impedido a la naturaleza aplicar su sabia y benéfica guía. En estas condiciones, sólo se estima necesario que un “príncipe” ilustrado las conozca para aplicarlas y ejecutarlas; a renglón seguido refiere que las leyes positivas, esto es, las impuestas por la autoridad soberana (o tutelar) no deben ser leyes constitutivas sino exclusivamente declarativas. En este contexto germina la figura del nominado déspota bueno; bueno (y necesario) en la medida en la cual logra concentrar en su persona el poder supremo y está en la capacidad de restablecer el orden natural subvertido por la “malas leyes positivas”.

A posteriori, y haciendo especial énfasis en la teoría de Hegel, es posible evidenciar que él, en su obra *Lecciones de filosofía de la historia*,²⁴¹ se detiene en el análisis de la base geográfica de la historia del mundo, caracterizada por tres tipos de asentamientos, a saber: el altiplano, la llanura fluvial y la zona costera, ésta última, donde se desarrollan las actitudes del hombre al comercio y forman nuevas razones de riqueza y de progreso civil. No obstante lo anterior, Hegel estima que las formas de gobierno más importantes son (recordando en este contexto a Montesquieu) el despotismo (oriental), la república (antigua) y la monarquía (moderna), él reúne en la república los dos conceptos de democracia y de aristocracia.

En efecto, la tipología hegeliana se asume como esquema general del proceso histórico debido a su claridad y rigurosidad. Se destaca adicionalmente como Hegel enuncia que las formas históricas de Constitución por las que deben atravesar todos los Estados (y el mundo,



²⁴¹Hegel, Georg, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alcaná Libros, Madrid, 1994.



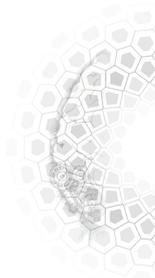
en el contexto histórico), son tres: la primera, referida a una forma de reino patriarcal (próxima a la categoría del despotismo); la segunda que corresponde a una forma de Estado libre - aunque se trate de una libertad particularista-, esto es, la república en sus dos encarnaciones históricas (la aristocrática y la democrática), y la tercera, una forma de reino no patriarcal ni despótico, sino en el cual el rey gobierna en una sociedad articulada en esferas relativamente autónomas, esto es, la monarquía.

Hegel hace especial hincapié en que toda sociedad debe tener su propia Constitución y no “otra”, ateniendo a que ésta no puede constituirse en un “sombbrero” que pueda ser eventualmente puesto en cualquier sociedad; señala además que el movimiento histórico, ateniendo a su continuidad, no puede ser cíclico; sostenía además que toda forma de gobierno está rigurosamente vinculada a su espacio geográfico y tiempo histórico, de manera que no es posible que ésta sea susceptible de repetirse; es fulminante su rechazo por el problema de la mejor forma de gobierno y, al escribir una Teoría del Derecho y del Estado (deducible del prefacio de los Lineamientos de filosofía del derecho) pretende “entender lo que es la razón”. Igualmente, Hegel revela su preferencia por la monarquía constitucional²⁴² en la medida en la cual ésta forma de gobierno corresponde, de mejor manera, al “espíritu del tiempo”; sugiere que mientras el despotismo puede definirse como una forma de gobierno conforme a la cual el gobernante ejerce directamente el poder de manera arbitraria y donde los derechos de los individuos no están garantizados, la monarquía es sinónimo de una forma de gobierno en la que el rey ejerce el poder indirectamente por medio de los llamados “cuerpos intermedios” y en la cual la libertad civil está ostensiblemente protegida, más que en cualquier otra Constitución.

Aunado a lo anterior, Hegel es enfático en señalar que cuando la sociedad se articula y divide en clases sociales, se hace necesaria una Constitución diferente de la que se convenía en las sociedades más simples, es decir, en aquellas en las que todavía no era posible la distinción entre



²⁴²Rodríguez Valls, Francisco, *Hegel y la Monarquía*, ver en: <http://institucional.us.es/revistas/themata/16/22/%20Hegel%20y%20la%20monarquia.pdf>, consultado el 02 de marzo de 2017.



la esfera pública y la privada; allí – asevera – se hace indispensable una forma de gobierno monárquica (similar a la expuesta por Montesquieu), en la que el gobierno del rey no se ejerza de manera directa, sino mediado por la presencia activa de cuerpos intermedios; del mismo modo, una vez distingue los tres poderes del Estado en legislativo, de gobierno y del príncipe (o del soberano), concluye diciendo que el Estado compuesto y articulado, con estos tres poderes se convierte en una “monarquía constitucional” opuesta, en todo caso, al despotismo.

En este sentido particular, se precisa que, mientras Montesquieu considera la monarquía “moderada”²⁴³ como el tipo de régimen político conveniente para las grandes naciones de la Europa moderna, Hegel afirma, desde el punto de vista de la modernidad, que la monarquía “tradicional” y las otras formas de la tipología clásica pueden ser consideradas como “indiferentes” en la medida en la cual, en la actualidad, resultan impracticables, esto es, no son acordes con el desarrollo de la historia y de la sociedad.

En este escenario, la vida social – conforme lo expone Hegel - se ha diferenciado en una multiplicidad de aspectos y niveles particulares; igualmente – señala - se ha duplicado en dos esferas diferentes con características opuestas, a saber: la sociedad civil y el Estado. Puede enunciarse, sin temor a equívocos, que esta sociedad civil es la esfera de la vida colectiva privada; funciona con base en los intereses particulares de los individuos y se constituye en “sistema” autónomo gracias a su objetiva y recíproca dependencia.

No obstante lo anterior, debe destacarse aquí que la monarquía de Montesquieu presenta dos aspectos que recíprocamente se condicionan: uno objetivo (las desigualdades) y otro subjetivo (el honor, la división en estamentos o rangos - líneas horizontales). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en la sociedad civil expuesta y sustentada por Hegel, la división en grupos es económico-social y se constituye como una división en líneas verticales en la medida en la cual cada grupo, en el ámbito de la reproducción social,



²⁴³Mubig, Ulrike, *El juez legal*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 144.



funcional para el otro y para un todo. En estas condiciones, es válido afirmar que los grupos están, en principio, en el mismo plano. Se resalta además que los miembros del Estado – conforme a lo sostenido por Hegel - no actúan con base en el privilegio, ni en general, sustentándose en un principio particular, como sucede en la sociedad civil, sino inspirándose en el deber; un el deber para los individuos en el que sea posible “llevar una vida universal”: en ello reside también su verdadera libertad.

Así las cosas, Hegel estima que la libertad consiste en obedecer las leyes, asimismo, estima que el principio de la división de poderes asume un significado nuevo: no representa ya un artificio inventado para prevenir el peligro de los abusos de poder, no es algo mecánico o instrumental, sino orgánico; se constituye, por excelencia, como el principio de organización del cuerpo político, mediante el cual las esferas particulares son reconducidas a lo universal. En estas condiciones, la división de poderes -en el marco del carácter constitucional del Estado- se configura como una forma racional de la unidad política en la diferenciación propia de la vida social moderna. Sin embargo, es de obligatoria alusión, que el modelo constitucional hegeliano no fue exitoso, en la medida en la cual, como se puede percibir en la contemporaneidad, es el modelo expuesto por Montesquieu, el que ha adquirido firmeza y aplicación en los países de tradición neorromanista.

En tratándose del controversial Karl Marx, es válido aseverar que, para él, el Estado es simple instrumento de dominación. En efecto, se resumen dos elementos principales de la concepción negativa del Estado en Marx: a) la consideración del Estado una simple “superestructura”²⁴⁴ que refleja la situación de las relaciones sociales determinadas por la base social, y b) la identificación del Estado con el aparato o aparatos de los que se vale la clase dominante para mantener su dominio, razón por la cual el fin del Estado no es noble, en estricto sentido, como lo sería si se pretendiera el alcance de la justicia, la libertad o el bienestar, sino que pretende la protección del interés específico, particular, y no la del bien común; estima además que la novedad del gobierno bonapartista estriba en que el poder ejecutivo es



²⁴⁴Aguirre, Manuel Agustín, “Lecciones de marxismo: Estudio de la superestructura”, *Lecciones del Marxismo*, Volumen 2, Universidad de Michigan, 2007, p. 114.



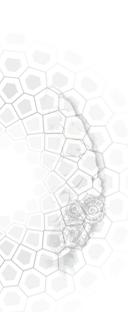
preponderante respecto al legislativo, en efecto, este primer poder se apoya en el “espantoso cuerpo parasitario” de la burocracia; asevera además que cualquier Estado siempre será es despótico, de manera que al cambiar la forma de gobierno se modifica la manera en la que se ejercita el poder, pero no su sustancia.

Es evidente el desinterés de Marx por las formas de gobierno. Para él es absolutamente posible prescindir de estas formas en las etapas de desarrollo histórico (que son abordadas por él en el análisis de la evolución de las relaciones de producción, esto es, del paso de la humanidad a la sociedad esclavista, la feudal, la burguesa, y su posible tránsito a la socialista y luego comunista. Por su parte, Federico Engels²⁴⁵ estima que el Estado representativo es el único que puede ser considerado como una forma de gobierno; los otros dos, el esclavista y el feudal, no son tipos de gobierno en el Estado sino que se constituyen como el fiel reflejo de relaciones de producción, que ellos.

Para Marx, la “mejor” forma de gobierno se concreta: a) en la supresión de los llamados “cuerpos separados” (como el ejército y la policía), y su transformación en milicias populares; b) en la transformación de la administración pública de la “burocracia” en cuerpo de agentes responsables y revocables al servicio del poder popular; c) en la ampliación del principio de elección y por tanto de la representación (siempre revocable) a otras funciones como la del juez; d) en la eliminación de la obligación de atenerse a las instituciones recibidas por los electores bajo la pena de revocación y e) en la amplia descentralización, de manera que se reduzca al mínimo el poder central del Estado; asimismo esta “mejor” forma se traduce en el proceso de extinción de cualquier posible forma de gobierno, de manera que sea posible la transformación de la sociedad estatal en una “no estatal”, a este proceso se le denomina como “Estado de transición”, y desde el punto de vista del dominio de clase es el periodo de la “dictadura del proletariado”; para él despotismo” y dictadura son sinónimos de las dos expresiones “despotismo de clase” y “dictadura de clase”; asevera igualmente que la dictadura es un término, como tiranía y despotismo,



²⁴⁵Árico, José, *Nueve lecciones sobre la economía y política en el marxismo*, El colegio de México, México, 2011.



proveniente de la antigüedad clásica. Se concluye este aparte, poniendo de relieve que la experiencia ha demostrado: 1) que el rey y los privilegiados son malos directores de la revolución popular; 2) que el pueblo es incapaz de regenerarse por sí mismo y designar a las personas que deben dirigir su regeneración; 3) y que antes de pensar en una constitución y en leyes fijas, resulta indispensable el establecimiento de un gobierno reformador o revolucionario que posibilite una libertad regular y pacífica.

Conclusiones

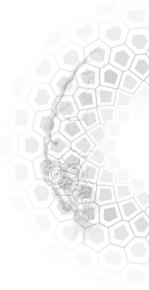
Hechas las precisiones históricas y teorías que anteceden, es evidente el acucioso, responsable, serio y pertinente estudio que hace Bobbio de la percepción histórica de las formas de gobierno. Interesa aquí destacar su elocuente y clara forma de reseñar las teorías expuestas por cada uno de los filósofos, sociólogos, escritores, economistas y políticos que han pretendido el abordaje y aproximación a éstas formas a lo largo de la historia y que fueron determinantes y enriquecedoras para la concepción de la actual “Teoría del Estado”.

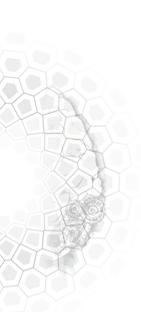
Llama la atención de la suscrita, la manera en la cual Bobbio permea los aspectos más importantes de las ideas políticas expuestas por estos tratadistas de la ciencia jurídica, contrastándolos, comparándolos e incluso, criticándolos. Adicionalmente, Bobbio pone en evidencia la evolución histórica de la concepción del Estado y la transformación del pensamiento político con miras a la configuración y establecimiento, *a posteriori*, de un Estado “ideal, perfecto”, del “mejor” de los Estados, en el que sea posible, coetáneamente, la inserción de una cultura jurídica orientada a la protección del bienestar común, y en la que, distinguiendo entre las buenas y malas formas de gobierno, se garantice y consolide un gobierno legítimo, responsable y consecuente con las necesidades de la población civil, de las sociedades contemporáneas.

Este aterrizaje crítico, argumentativo y hermenéutico es indispensable para los académicos y los juristas que deben buscar, en todo caso, la



construcción y aplicación de textos constitucionales acordes con las realidades y sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente, en los países latinoamericanos, en los cuales no sólo se ha insertado el principio de separación de poderes en los textos constitucionales, sino se ha hecho evidente el establecimiento de preceptos y principios de rango constitucional dirigidos al respeto y garantía de los derechos humanos, de libertades individuales y colectivas.





Referencias

Bibliográficas

Aguirre, Manuel Agustín, “Lecciones de marxismo: Estudio de la superestructura”, *Lecciones de marxismo*, Volumen 2, Universidad de Michigan, 2007.

Árico, José, *Nueve lecciones sobre la economía y política en el marxismo*, México, El colegio de México, México, 2011.

Aristóteles, *Política*, edición de Patricio de Azcárate, Madrid, 1873.

Bandieri, Luis María, “El entierro de Montesquieu”, *Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, Universidad Católica Argentina, N° 2, 2014.

Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, cuarta edición, 2006.

Camarero A., Platón, *La República*, Trad., estudio preliminar y notas de L. Farré, Eudeba, Buenos Aires, 1997.

Gramsci Antonio, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, Ediciones Nueva visión, Madrid, 1980.

Hegel, Georg, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, España, Alcaná Libros, 1994.

Hourcade, Pablo, *La lectura de Hannah Arendt sobre los principios políticos de Montesquieu: un nuevo principio*, Argentina, Universidad Católica Argentina, 2014.

Martín Ruiz, Jose María, *Democracia liberal o absolutismo en Hobbes*, Baetica. Estudios de Arte, Geografía e Historia, Universidad de Málaga, 1992.

Martinez Lacy, Ricardo, *La Constitución mixta de Polibio como Modelo Político*, UNAM, México, 2005.



Montesquieu, *Del espíritu de las leyes, estudio preliminar de Daniel Moreno*, España, Tecnos, 2008.

Mubig, Ulrike, *El juez legal*, Madrid, Dykinson, 2014.

Pardo Tovar, Andrés, *Historia de la filosofía y filosofía de la historia*, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1970.

Electrónicas

Rodríguez Valls, Francisco, *Hegel y la Monarquía*, consultado en: <http://institucional.us.es/revistas/themata/16/22%20Hegel%20y%20la%20monarquia.pdf>.

Victoria Marín, Alfredo, *La teoría general de la política y del derecho de Norberto Bobbio, apuntes para una teoría de la publicidad del gobierno*, consultado en: http://www.contraloriadelpoderlegislativo.gob.mx/Revista_Rc_et_Ratio/Rc_et_Ratio_4/RC4%205.pdf



ANÁLISIS INTRODUCTORIO SOBRE LA GOBERNANZA PARA UN BUEN GOBIERNO²⁴⁶

Dra. Daniela Cerva Cerna²⁴⁷

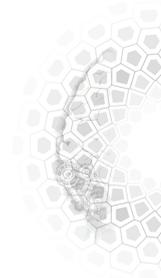
Resumen

El objetivo de este capítulo es dar a conocer los aspectos conceptuales y prácticos que explican el afianzamiento de la gobernanza como modelo de gestión pública. En particular se intenta analizar la emergencia y aplicación de la noción de gobernanza y su relación con el estudio de las políticas públicas, así como los debates sobre su aplicabilidad en base a los distintos enfoques explicativos que apuntan a fortalecer las acciones de un buen gobierno.



²⁴⁶Algunas de estas reflexiones se han desarrollado en el marco de la Maestría en Políticas Públicas y Género de FLACSO México.

²⁴⁷Socióloga chilena, Doctora en Ciencias Políticas y Sociales por la FCPyS UNAM, Maestra en Ciencias Sociales por FLACSO México Actualmente es Profesora Investigadora en el área de Seguridad Ciudadana de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM. dani.cerva@gmail.com



Introducción

Uno de los principales focos de atención de la disciplina de las políticas públicas ha sido analizar y explicar los factores intervinientes en el desempeño y capacidad de los gobiernos para gobernar aquello que se define como los problemas públicos. Para muchos, esta dimensión de la gestión pública es fundamental y conformaría uno de los principios rectores que sostiene la idea de buen gobierno.

En efecto, la legitimidad de los gobiernos no sólo debe incluir su dimensión política, constreñida a los resultados electorales. Desde los años setenta asistimos a una reflexión que se dirige a evaluar el desempeño institucional de los gobiernos en función de su capacidad directiva, organizativa y de distribución de recursos.

En esta presentación discutiré la trayectoria de los debates en torno a estas problemáticas, que inician con la noción de gobernabilidad para arribar a la gobernanza como un modelo vinculado al estudio de las políticas públicas sustentado por un enfoque normativo en torno a la idea de “buen gobierno”. En este recorrido nos apoyaremos de la reflexión de diversos autores, con especial énfasis en los trabajos de Luis Aguilar Villanueva²⁴⁸, Rodolfo Canto Sáenz²⁴⁹, Peris Blanes, Jordi, Míriam Acebillo Baqué y Carola



²⁴⁸Aguilar Villanueva, Luis F, 2007, “El aporte de la Política Pública y la Nueva Gestión Pública a la Gobernanza”, en *Reforma y Democracia*, revista del CLAD, num.39, Octubre

Aguilar Villanueva, Luis F., 2008, *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica.

Aguilar Villanueva, Luis F, 2010, *Gobernanza, el nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, Proyecto México

²⁴⁹Canto Sáenz Rodolfo, 2012, *Gobernanza y democracia. De vuelta al río turbio de la política*, *Gestión y Política Pública*, Vol. XXI, N° 2, II Semestre. Pp. 333-374



Calabuig Tormo²⁵⁰., Joan Prats²⁵¹ Joan Subirats²⁵²y Agustí Cerrillo²⁵³, al ser los exponentes más destacados en esta materia.

Devenir del concepto de gobernanza

Para abordar el tema de la gobernanza es importante que nos situemos en el contexto histórico desde dónde este modelo emerge. La discusión que se da en el mundo académico, los organismos internacionales y los actores de la sociedad civil surge de la necesidad de consolidar sistemas democráticos que se adapten y entren en sinergia con las reformas económicas de apertura y liberalización comercial, todo ello en el contexto de casi tres décadas de procesos de democratización en América latina y de transformaciones económicas de corte neoliberal.

La idea fuerza que acompaña a la noción de gobernanza se dirige a ampliar la participación ciudadana, configurar modos de gobierno eficientes y sostenidos bajo los criterios de gobernabilidad y legitimidad, y ello supone repensar el papel de los distintos actores, los contextos políticos, los diseños institucionales, así como los criterios necesario que deben acompañar el nuevo papel del Estado en la promoción de nuevos estilos de gobernar.



²⁵⁰Peris Blanes, Jordi, Míriam Acebillo Baqué y Carola Calabuig Tormo, 2008, La agenda 21 local como instrumento para la gobernanza democrática local, Fundación Carolina y Centro de Estudios de América Latina y la Cooperación Internacional (CeALCI). Universidad Politécnica de Valencia.

²⁵¹Prats i Català, Joan, 2001, Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico, Revista Instituciones y Desarrollo N° 10, págs. 103- 148 . Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, España

Prats i Català, Joan, 2005, Modos de gobernación de las sociedades globales, La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia, Agustí Cerrillo (coordinador), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Prats i Català, Joan 2005, De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

²⁵²Subirats, Joan, Marc Parés e Ismael Blanco, 2009, Calidad democrática y redes de gobernanza: evaluar la participación desde el análisis de políticas públicas, Participación y calidad democrática: evaluando las nuevas formas de democracia participativa / coord. por Marc Parés Franzi, 2009, págs. 367-418, Editorial Ariel, España

Subirats, Joan, Raquel Gallego, Ricard Goma (eds.), 2003, Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España, Tecnos, Madrid

²⁵³Cerrillo, Agustí, (coordinador) 2005, La Gobernanza Hoy, 10 textos de referencia, Instituto Nacional de Administración Pública, España.



Para los países de América latina, y en particular retomando la experiencia mexicana, los procesos de consolidación democrática se han fundamentado en cambios institucionales y de reforma política a través de la creación de una serie de instancias destinadas a normar y contener los procesos de apertura política. No siempre estos avances han seguido una dirección paralela y coordinada con transformaciones económicas que aseguren mayor bienestar, disminución de la pobreza y la desigualdad social. Es decir, a mayor democracia no necesariamente le ha seguido mayor bienestar social.

Un buen gobierno, elegido democráticamente y que se atiene a las reglas institucionales, no necesariamente adopta una agenda y un modo de proceder que dé como resultado la participación ciudadana, la responsabilidad política y la rendición de cuentas. Esta es una paradoja que de alguna forma contradice aquellos preceptos de la modernización que pensaban el desarrollo económico y democrático de los países como un proceso coordinado, ascendente y casi uniforme.

Existe un juicio compartido que sostiene que la emergencia y sostenibilidad de un buen gobierno, como condición indispensable para un desarrollo humano llevadero y democrático, implica generar cambios sustantivos en los procesos de gobernabilidad que apunten a modelos de gestión más transparente, eficaz, legítima e inclusiva. La responsabilidad de gobernar no sólo está dada por lógica de la representación descriptiva, la legitimidad de la acción gubernamental también incluye la integración de distintos actores, dotándolos de responsabilidad, participación y compromiso social y político.

En efecto, desde la década de los 90s del siglo pasado, el tema de la gobernabilidad se ha instalado como un referente para analizar los procesos sociales y políticos de las sociedades contemporáneas. La tensión que implica la apertura democrática con la puesta en marcha de diversas reformas económicas, sociales y políticas, invitan a reflexionar sobre los conflictos que son parte del mundo globalizado que actualmente nos acompaña. En términos generales, podemos señalar que la discusión sobre gobernabilidad surge en Europa occidental luego de la crisis que experimentan países como Inglaterra y Francia que sostienen modelos de Estado de bienestar.



Los límites entre el funcionamiento del Estado de Bienestar²⁵⁴ y el mercado es una constante en este debate, en la medida en que se pone en juego la capacidad de actuar de los gobiernos y los poderes públicos en torno a los conflictos provocados por la desigualdad, el influjo del mercado, la desregulación económica, las crisis ecológicas, entre otros problemas sociales.

La arremetida de medidas desreguladoras en la esfera social y económica es una constante que experimentan varias naciones durante la década de los setenta y ochenta, bajo las recetas del FMI y el Banco Mundial. En este marco, la gobernabilidad surge como una noción que intenta dar vida a instituciones más fuertes, capaces de constreñir las demandas sociales de la población y los efectos que la sobrecarga de estas demandas provocaba a los gobiernos. Un diagnóstico compartido por estas agencias es que la ineficiencia en la respuesta inmediata a estas demandas generaba desconfianza y baja participación de la ciudadanía, y con ello los conflictos y la polarización social se acentuaba sin encontrar una salida viable.

Clásico es el diagnóstico de Samuel Huntington (1990)²⁵⁵ quien sostuvo que las democracias modernas y en especial las Latinoamericanas se han visto afectadas por una inestabilidad en el sistema político y económico debido a que las instituciones políticas no son capaces de absorber las demandas que conlleva una mayor participación ciudadanas. En este sentido, para este autor la participación es un factor que genera polarización y por tanto ingobernabilidad²⁵⁶

Bajo esta lógica las demandas ciudadanas, que pueden o no traducirse en movilizaciones sociales, son vistas de manera negativa²⁵⁷. Sin embargo, dicho aspecto ha sido revisado y actualmente es revalorizado desde



²⁵⁴El Estado de bienestar surge con el objetivo de generar un reparto más equitativo de los beneficios económicos y de la riqueza entre la población. Su expresión en términos económicos fue el modelo keynesiano desarrollado luego de la Segunda Guerra Mundial, el cual aspiraba a combinar desarrollo económico con pleno empleo

²⁵⁵Huntington, Samuel: El orden político en las sociedades en cambio, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1990.

²⁵⁶Mayorga, F. & Córdova, E., 2007, "Gobernabilidad y Gobernanza en América Latina", Working Paper NCCR Norte-Sur IP8, Ginebra. No publicado.

²⁵⁷Offe, Claus, "Ingobemabilidad. Sobre el renacimiento de teorías conservadoras de la crisis", en Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales, Sistema, Madrid, 1988.



una lógica que apunta al reconocimiento y legitimidad que los actores sociales dan a los poderes formales como mecanismos fundamentales en la resolución de los conflictos. Es decir, la participación se constituye un factor de gobernabilidad en la medida en que los ciudadanos se hacen parte de la implementación de las políticas y acciones dirigidas desde los poderes formales, dotándolos de responsabilidad en la toma de decisiones como en su implementación.

Siguiendo a Subirats (2003), la política pública debe entenderse como el juego de una pluralidad de actores, y entre más abierta e inclusiva es la participación, más pública es la política resultante. Esta una visión pluralismo político.

Otra línea de discusión que tuvo una fuerte presencia los países de América Latina, vinculó los procesos de transición política y consolidación democrática experimentados por algunos países durante la década de los 80 y 90, con la ampliación del concepto de gobernabilidad como un componente central de la reestructuración política, económica y social que ponían al centro la capacidad de los gobiernos para la resolución de los conflictos de manera democrática, eficiente y participativa²⁵⁸.

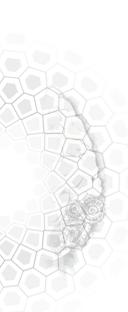
Autores como Arbós y Giner (1996)²⁵⁹ sostienen que actualmente la gobernabilidad incluye no sólo al Estado y el mercado como actores; la sociedad civil y sus formas de relación con los poderes formales, mediante mecanismos de representación y participación, contribuyen a la eficacia de la acción del gobierno en el logro de sus objetivos y en su legitimidad como actor ante los ojos de la ciudadanía.

Por su parte, Aguilar Villanueva (2008) sostiene que la gobernabilidad apunta la creación y consolidación de la capacidad de gobernar de un gobierno; un gobierno capaz es aquí el que tiene los elementos para la resolución de los problemas referidos a la gobernabilidad de una sociedad. Es decir, la gobernabilidad es un proceso que se enmarca en el reconocimiento



²⁵⁸Flisfisch, Angel, "Gobemabilidad y consolidación democrática" 1987, en Revista Mexicana de Sociología, N0 3, julio-septiembre de 1989.

²⁵⁹Arbós, Xabier y Giner, Salvador: La Gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1996.



y consenso en torno a la democracia en su calidad de régimen político como el sistema más adecuado. Sólo en democracia es posible canalizar los distintos conflictos y generar los consensos suficientes entre sociedad y gobierno, sostenido por un marco legal que asegure el desarrollo humano.

Para la mayoría de los sociólogos y politólogos, sólo en democracia es posible canalizar los distintos conflictos y generar los consensos suficientes entre sociedad y gobierno, sostenido por un marco legal que asegure el desarrollo social, político y económico.

De este modo, la gobernabilidad se vincula con la democracia en la medida en que los problemas de desarrollo de las sociedades son asuntos no sólo de carácter económico. El factor político es una variable fundamental porque atiende al problema de “cómo gobernar”. Las estrategias que surjan deberán necesariamente apostar a un mayor equilibrio en la articulación entre la esfera política social y económica. Tanto gobierno, ciudadanos y los representantes de los intereses del mercado son responsables de la gobernabilidad democrática, sólo por medio de la cooperación activa de estos actores y la redistribución de poder los objetivos de desarrollo y crecimiento económico pueden desplegarse con legitimidad y eficiencia.

Hoy en día, la noción de gobernabilidad no sólo apunta a la relación entre estado, sociedad civil y mercado. En palabras de Prats: “La gobernabilidad se refiere a la capacidad de una determinada sociedad para enfrentar positivamente los retos y oportunidades que se le plantean en un momento determinado... la capacidad de las instituciones democráticas para asumir y procesar democráticamente el conflicto” (2005:14).

Con esta breve revisión intentamos poner el acento en que la noción de gobernabilidad se vincula a la estabilidad política y a las relaciones entre actores e instituciones, en función del anhelado equilibrio entre las demandas sociales y las respuestas gubernamentales a las mismas. Esta discusión es consustancial al análisis de las políticas públicas y es un referente para entender la forma en que el conflicto es procesado y las dinámicas de poder que en este escenario se manifiestan.



Gobernanza en la globalización: nuevos actores en escena

Ahora bien, la noción de gobernabilidad se vincula directamente con la noción de gobernanza en el marco de los procesos de globalización, toda vez que la movilidad de fronteras, la interconexión e interdependencia entre lo global y lo local ha cambiado el papel experimentado por el Estado nación.

Como puede apreciarse, el sujeto tradicional de la dirección política —el gobierno— y su capacidad o incapacidad para dirigir son evaluados desde una nueva lógica que incluye varios actores: políticos, privados y públicos en una concepción renovada de la participación que articula distintos niveles y grados.

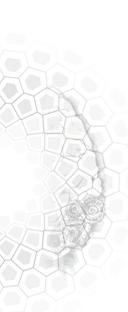
En efecto, en sociedades complejas como las actuales, las demandas sociales y la capacidad de darle una salida son fenómenos interdependientes. Es decir, es un proceso que no puede ser considerado bajo una lógica secuencial, tanto en su desarrollo como en la actuación de los actores. El papel del Estado se ha redimensionado y en esta nueva visión la noción de gobernanza apunta a la necesidad de generar nuevas capacidades en la forma de gobernar, incluyendo mecanismos de participación democrática e innovación en la planeación de las políticas.

Los procesos de globalización a los que asistimos durante las últimas décadas no sólo han marcado el devenir económico de las naciones. Un impacto central de la movilidad de fronteras, la interconexión e interdependencia entre lo global y lo local ha sido el cambio en el papel experimentado por el Estado nación.

Como señala Hugo Fazio (1998)²⁶⁰, la globalización es un proceso que desdibuja las fronteras entre lo interno y lo externo a partir de la creciente interdependencia e integración que se produce entre los pueblos a raíz de las facilidades que existen para que las ideas, las imágenes, los productos y el dinero fluyan a través de las fronteras como resultado de los recientes



²⁶⁰Fazio Vengoa Hugo, La Globalización, una aproximación desde la historia, Historia crítica n°17, julio-diciembre 1998 pp71-77, Universidad de los Andes, Colombia



avances tecnológicos. Esta mayor asiduidad en las interconexiones conduce, por su parte, a una creciente interdependencia y homogeneidad y dispone a los distintos actores nacionales e internacionales hacia una creciente cooperación e interdependencia

Por su parte, el papel de los medios de comunicación y las llamadas nuevas tecnologías han sido fundamentales en la forma en que actualmente “se hace la política”. Este nuevo contexto ha sido muy bien aprovechado por los actores sociales, y que en cierto sentido define el accionar de las Ong’s nacionales y transnacionales que abre las posibilidades de comunicación y promoción de sus demandas. Existe un nuevo escenario caracterizado por la articulación de redes plurales de actores que intercambian recursos, negocian prioridades e intervienen en la toma de decisiones²⁶¹. El concepto de red acompaña al modelo de gobernanza

Como varios estudiosos de la globalización señalan, es discutible afirmar que la figura del Estado-nación haya terminado al ceder su poder a un orden global basado en nuevas formas de relaciones sociales, económicas y políticas. Lo que sí está claro es que estamos en una nueva época en que el sistema de Estados- naciones no es el único referente en el juego que concierne al gobierno internacional y al tráfico político transnacional. Es en este marco que la noción de gobernanza se instala como un modelo explicativo del cambio que experimenta el Estado en su función de organizar y coordinar el bienestar social por medio de las políticas públicas.



²⁶¹Un ejemplo básico en este sentido es la defensa por los derechos humanos; en términos éticos y políticos no se pueden considerar sólo el contexto del Estado- nación. Su apuesta es que constituyen valores universales y aplicables porque preceden las leyes internacionales y nacionales. Los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales dedicadas a su defensa han sabido utilizar este argumento para posicionar las demandas de resguardo de la integridad y la vida de las personas más allá de un territorio específico.



Algunas definiciones y enfoques de la Gobernanza

Como sostiene José María Serna (2010)²⁶² el análisis del término gobernanza está lejos de tener un significado único y aceptado por todos. Donde sí hay consenso es en señalar que la gobernanza es un concepto que surge en el debate académico debido a las transformaciones del Estado en el contexto de los procesos de globalización. Por un lado tiene un fuerte carácter prescriptivo, invocando aquellos elementos propios de lo que debiera hacer el estado; por otro lado también tiene un referente descriptivo al señalar aquellos elementos que componen al Estado.

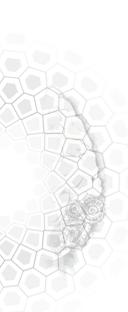
Como sostiene Aguilar Villanueva (2007, 2008, 2010), lo distintivo del concepto de gobernanza es que da cuenta que la dirección de la sociedad trasciende la acción gubernamental y apuesta a una mayor capacidad de decisión e influencia que los actores no gubernamentales (empresas, organizaciones de la sociedad civil, organismos financieros internacionales) tienen en el procesamiento de los asuntos públicos, en su definición y orientación, en el aspecto instrumental de las políticas públicas y prestación de servicios.

Uno de los principales elementos distintivos de la gobernanza como modelo de política pública, es que incluye las capacidades gubernamentales y no gubernamentales para resolver los problemas sociales. Los agentes privados y sociales productivos, organizados y con presencia formal, en teoría cuentan con una serie de recursos que pueden contribuir a superar la lógica tradicional de las burocracias gubernamentales que restringen la acción de gobernar en un solo actor. Estos recursos no sólo son económicos, nos referimos a información, estilos de gestión y liderazgo, entre otros.

Es por ello que se afirma que no sólo el gobierno posee capacidades para gobernar. Los problemas sociales son actualmente interpretados como

²⁶²Serna de la Garza, José Ma., 2010, Globalización y gobernanza: las transformaciones del estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2818>]





ámbitos de gran complejidad y su arribo requiere de la participación de diversos actores que aun cuando cuentan con distintos recursos, son parte de la esfera pública.

Lo anterior no significa que la regulación estatal deje de existir. El Estado no pierda su capacidad y responsabilidad de promover el bienestar social. Más bien la idea de base es que el Estado aumenta su capacidad de cooperación con otros actores para mejorar la prestación de servicios e involucrarlos por medio de la participación social en la formulación y evaluación de su desempeño. Aquí el orden prescriptivo y descriptivo se intersectan, es decir, el ser y el deber ser de la función estatal.

Así, la gobernanza ha venido a ser entendida como una forma en que se conduce una sociedad para organizar la acción colectiva para el logro de objetivos comunes, en la que participan tanto actores públicos como actores privados. En este sentido, representa una forma distinta de visualizar los asuntos de “gobierno” que bajo una concepción tradicional (enfoque de gobernabilidad) se centraba en los poderes públicos (Serna, 2010:36)²⁶³.

En otra línea discusión también se ha asociado el concepto de gobernanza con este aspecto más normativo que alude a la idea de un modelo apropiado, correcto y eficaz de cómo gobernar una sociedad. Aquí aparecen nociones asociadas a la idea de buen gobierno, mejores prácticas, buenas experiencias, que intentan generar un lenguaje común y difundir ciertos patrones de actuación que involucran una nueva visión del papel del Estado y de sus estrategias para el impulsar el desarrollo.

En este campo de debate aparecen y se difunden con gran legitimidad los documentos del Banco Mundial, OCDE, Fondo Monetario Internacional, las Naciones Unidas, entre otros, que en lo sustantivo promueven la idea de que es posible establecer un buen gobierno en los países menos desarrollados como condición necesaria para promover el crecimiento



²⁶³Serna de la Garza, José Ma., 2010, Globalización y gobernanza: las transformaciones del estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2818>]



económico y la estabilidad social.

Si antes aparecía en el discurso y en los modelos de justificación de la planeación del desarrollo la idea que el Estado y los gobiernos reflejan aspectos débiles, monolíticos e incluso son un impedimento para el desarrollo y crecimiento dada las trabas institucionales y las lógicas políticas que imperan en la administración pública, con la gobernanza hay un cambio de visión del papel del Estado. Ésta implica revisar su estrategia, sus instituciones, estructuras, los procesos de toma de decisión y la capacidad para implementar políticas pública bajo la idea de que las instituciones públicas tienen una función fundamental en la creación de un ambiente económico beneficioso que atraiga la inversión y el desarrollo nacional, así como una mejor distribución de bienes y beneficios sociales.

Por tanto, la Gobernanza implicaría:

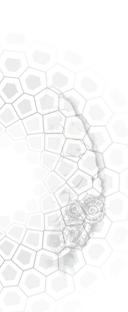
“La interdependencia o asociación entre actores gubernamentales, sociales y económicos para dirigir la sociedad. Es una “idea descentralizada de la dirección social, y en la práctica exige la puesta en común o el intercambio de varios recursos (informativos, cognoscitivos, económicos, tecnológicos, morales, políticos) que están dispersos en manos de diferentes actores, para la resolución de los problemas de la comunidad” (Serna, 2010: 41)²⁶⁴.

Otro enfoque relativo al estudio de la gobernanza es el denominado paradigma interpretativo, donde se destacan los trabajos de Peris et al (2011). En un interesante ejercicio de análisis y de propuesta para promover la participación en el ámbito local, los autores plantean que la gobernanza debe entenderse como una cuestión política, justificando la necesidad de reconstruir su significado atendiendo a sus diversos componentes interpretativos.

Este enfoque contrasta con los anteriores en la medida en que pone de relieve aspectos discursivos y prescriptivos sobre la gobernanza, esto es,



²⁶⁴Serna de la Garza, José Ma., 2010, Globalización y gobernanza: las transformaciones del estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2818>]



basados en ideas de un buen gobierno democrático, que va más allá de un modelo de gestión. Así, se reivindica la gobernanza desde la acción de los actores sociales y obliga a revisar la fundamentación ideológica que guardan algunas definiciones de gobernanza.

Para estos autores, la gobernanza tiende a ser explicada como un modelo de gestión, como una forma en que los gobiernos y las organizaciones sociales interactúan y de la forma en cómo se toman las decisiones para abordar los problemas y aprovechar las oportunidades en un mundo que se considera complejo.

Pero más allá de ello, la gobernanza es un proceso a través del cual las sociedades toman sus decisiones importantes, determinan quién se involucra y cómo se rinden cuentas mutuamente. Es decir, no sólo apunta al proceso de decisión sobre a dónde ir, sino sobre quién debe participar en las decisiones y en qué términos. Es por ello que no puede soslayarse el hecho que la gobernanza incluye la dimensión del poder en el entendido que éste está distribuido entre actores múltiples, tanto del sistema político como de otros sistemas (económico, cultural, etc., por niveles, local, nacional, global).

Los autores advierten que el uso de la noción de gobernanza se ha extendido de manera diversa, y en algunos casos con connotaciones contradictorias entre sí. Para explicar y abordarlas distintas interpretaciones de la gobernanza utilizan la noción de narrativas sobre la gobernanza, con el objetivo de clarificar las distintas fundamentaciones ideológicas y epistemológica circundantes:

1. En primer lugar, destaca la narrativa neoliberal que se origina con las reformas del sector público en los años 80 en Estados Unidos y Reino Unido. Como ya fue señalado, es el Banco Mundial su principal exponente, y en lo sustantivo proponen aumentar la eficiencia del sector público y adecuarlo al funcionamiento de los mercados, considerado el ámbito más adecuado para distribuir adecuadamente bienes y servicios en la sociedad; el lema de esta narrativa sería “menos gobierno y más gobernanza” bajo la lógica de que los Estados por su organización burocrática no pueden funcionar de manera eficiente al no ser competitivos. La implementación de medidas de desregulación y privatización, reducción presupuestaria y



nuevas técnicas de gestión se sustentan en la teoría de la elección racional que es fundamento de la economía neoclásica.

Los autores ven de manera crítica esta narrativa ya que implica una perspectiva individualista fundamentada en el comportamiento racional de los actores como maximizadores de beneficios, alejándose de una concepción más cooperativa e integral para la sociedad.

2. La segunda narrativa revisada es la institucional, la cual está centrada en las teorías prescriptivas de la planificación, el proceso de desarrollo de las políticas y el análisis de su implementación. En esta narrativa se han ido incorporando algunos elementos novedosos, como la importancia de las redes, la combinación del control jerárquico, y la autorregulación social. Siguiendo a Mayntz (2001)²⁶⁵ señalan que la gobernanza institucional se ha ampliado a dos acepciones:

- Gobernanza como nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el estado y los actores no estatales al interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado.

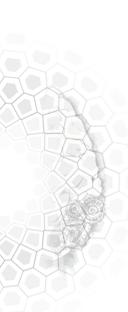
- Gobernanza como formas y mecanismos de coordinación entre redes de individuos y organizaciones para conformar un determinado orden social. Esta acepción abandona la perspectiva política originaria del término y se adentra de lleno en el ámbito de las dinámicas sociales. Resulta por tanto aplicable a cualquier proceso social” (Peris, et. al, 2011: 30).

Para los autores, la narrativa de las redes fundamentada en los planteamientos institucionalistas, no consideran los valores y deseos de los sujetos que forman parte de esas redes; “pareciera como si las propias redes – como forma organizativas – fuesen un designio del destino que no respondiese a una intencionalidad determinada y a las que fuese manifiestamente imposible oponerse” (Peris, et. al, 2011: 31).

3. Perspectiva de la narrativa interpretativa. Proponen que sólo mediante esta perspectiva se puede sortear los problemas que presentan la narrativa



²⁶⁵Mayntz, R. (2001). Nuevos desafíos de la teoría de gobernanza. *Instituciones y Desarrollo* (7), 35-51.



neoliberal y la institucional, y de esa manera vincular la noción de gobernanza con el debate de la democracia. Las decisiones racionales o la organización en red establecen límites artificiales a la capacidad de una sociedad para gobernarse a sí misma de acuerdo a principios democráticos.

Siguiendo la lógica del sistema, señalan que la gobernanza permite a una sociedad organizar el modo como adopta sus decisiones importantes, proceso que es construido dialécticamente por los propios actores del sistema: “el paradigma interpretativo de la gobernanza se fundamenta en el hecho de que los procesos de gobernanza son dependientes de las especificidades históricas, socioculturales, políticas y económicas de los contextos considerados” (Peris, et.al, 2011:32).

La noción de gobernanza no debe suponer la debilidad del Estado, sino por el contrario, replantear una nueva manera de entender lo público fortalecido a través de nuevos mecanismos de participación fundamentados en un diálogo que no está exento de relaciones de poder, pero que se incluye este factor a la hora de analizar quién participa en el proceso y quien le queda excluido de él. Es por lo anterior que una propuesta interpretativa sostiene que los procesos de gobernanza son consustanciales a los debates sobre la democracia.

Cultura política y Rendición de cuentas: Aspectos críticos de la Gobernanza

No podemos dejar fuera la discusión sobre los retos que esta perspectiva impone en países con sociedades civiles débiles, escasa organización ciudadana, prevalencia de grupos de interés o corporativos que cooptan cualquier intento de movilización autónoma, así como los privilegios discrecionales que los gobiernos tienden a dar a sectores del ámbito privado (mercado) o redes de asociaciones proclives a sus intereses.

Cuando no existe un ideal compartido de la necesidad de colaboración, acatamiento de las normas que regulan la relación gobierno, mercado y ciudadanía, la lógica de la gobernanza puede mostrar su debilidad. Es decir,



en este tipo de situaciones, el contexto presiona de manera negativa para la puesta en marcha de un proceso de gobernanza en la elaboración de políticas públicas. Ejemplo de ello lo encontramos en situaciones en donde no se promueve (incluso se reprime) la conformación de organizaciones de la sociedad civil, o donde al existir, son cooptadas por los poderes formales o informales de una localidad o región.

Un análisis de la gobernanza como marco de buen gobierno debe suponer, por tanto, incorporar en el esquema de análisis el contexto desde dónde se pretende desarrollar el enfoque, enfatizando las dinámicas de la cultura política que prevalecen al interior de los gobiernos y entre los actores sociales.

En este sentido, es menester subrayar qué se entiende por cultura política, esto es, “la forma en que la población organiza y procesa sus creencias, imágenes y percepciones sobre su entorno político y de qué manera éstas influyen tanto en la construcción de las instituciones y organizaciones políticas de una sociedad como en el mantenimiento de las mismas y los procesos de cambio (...) En última instancia, el referente central de la cultura política es el conjunto de relaciones de dominación y de sujeción, esto es, las relaciones de poder y de autoridad que son los ejes alrededor de los cuales se estructura la vida política (Peschard, 1996:3)²⁶⁶.

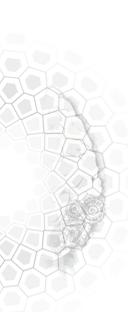
No se puede obviar que el sector público está organizado bajo esquemas formales e informales que se traducen en una cierta racionalidad de los actores, que a veces puede ir en una dirección contraria a los preceptos participativos e inclusivos que supone la gobernanza²⁶⁷.

Como lo advierte José María Serna, los países de América Latina tienen marcadas peculiaridades en este sentido: el exceso de informalidad; la prevalencia de sistemas de tipo clientelar o patrimonialista, una cultura administrativa que busca y permite privilegios, discrecionalidad, nepotismo, búsqueda de rentas; la debilidad del Estado de derecho; la ausencia de



²⁶⁶Peschard, Jacqueline, 1996, La cultura política democrática, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 2, Instituto Federal Electoral, México,

²⁶⁷Como botón de muestra, sirve traer a colación los ejemplos sobre el análisis organizacional enfatizando la fuerza que tienen las pautas informales en los comportamientos individuales y colectivos



mecanismos de supervisión, donde los procedimientos escritos pueden ser desechados; la ausencia de cuerpos de administradores de carrera regidos por sistemas de mérito, lo que trae aparejado graves problemas de “discontinuidad” y “pérdida de memoria institucional”, problemas de coordinación e inestabilidad” (2010:68).

El énfasis en el componente prescriptivo de la gobernanza, es decir, en este ideal normativo de lo que se asume como la mejor forma de gobierno, debe ser puesto a evaluación en el marco de la historia y trayectoria de los Estados latinoamericanos.

En esta misma línea argumental crítica, los obstáculos en la aplicación de un modelo de gobernanza son claramente abordados por Rodolfo Canto Sáenz (2012), quien además de tomar en cuenta los factores ligados a la cultura política y organizacional, repara en los límites de la gobernanza en lo referente a la idea de un gobierno compartido y sus implicaciones adversas desde una concepción procedimental de democracia.

Su punto de interés está puesto en el proceso de rendición de cuentas de los actores no gubernamentales, la falta de núcleos mayoritarios de la población en las redes de actores y la ausencia de políticas redistributivas en los discursos de la gobernanza.

Profundicemos en estos tres puntos:

- el modelo de gobernanza nos señala que no sólo el gobierno gobierna; las redes autoorganizadas y los mercados, en tanto estructuras de gobierno, también gobiernan. El gobierno ha perdido el monopolio de la función de gobernar.
- Las redes son el espacio privilegiado del gobierno y de los actores. Los actores son “cualquier unidad social que posee agencia o poder de acción. Esto incluye a individuos, asociaciones, líderes, firmas, departamentos y organismos internacionales” (Kooiman et al., 2008, 3)²⁶⁸.



²⁶⁸Kooiman, J, 2003, *Governing as Governance*, Londres, Sage.



- La responsabilidad y la rendición de cuentas de las intervenciones se extienden a actores públicos y privados, en tanto que comparten la función de gobernar.

Para Canto (2012), el entusiasmo con que en la academia, los organismos internacionales y la administración pública ha recibido la gobernanza no debe dejar fuera considerar algunas inconsistencias que el modelo puede presentar para el funcionamiento del sistema político.

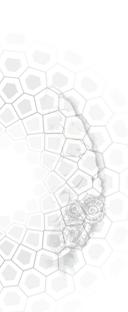
Así, nos invita a reflexionar sobre varias cuestiones:

Primero ¿cómo lograr que la totalidad de los individuos-ciudadanos participen sino es mediante el voto universal, base normativa de la democracia y no sustento de la gobernanza.

Segundo, defender la gobernanza en base a la crítica de la política tradicional, mediante los partidos políticos, cómo los principales responsables de los gobiernos ineficaces, ineficientes, llenos de corruptelas, derrochadores, autoritarios y un largo etcétera tiende a tomar una postura de corte neoliberal que se afana en reducir el papel del Estado a partir de la nueva gestión pública o new management.

No puede igualarse la gobernanza a la democracia participativa, y es quizás en este punto donde se perciben las mayores imprecisiones sobre las posibilidades del modelo. Siguiendo a Canto, la legítima y deseable participación social o ciudadana en todo el proceso de política pública es un aspecto que siempre se ha considerado; los ciudadanos participan, incluso deciden, sin embargo no gobiernan, ya que ésta es una función de los gobiernos y que en una democracia se fundamenta en el voto mayoritario, sujeto a la constitución y a las leyes.

Finalmente, en relación a las redes, los actores que forman parte de ellas en su mayoría provienen de las clases medias o bien de las elites, y es el entorno urbano el espacio privilegiado de su accionar. Es por ello que la supuesta apertura a la participación es cuestionada “Como ocurre también en la política partidista, los sectores más desfavorecidos de la población -que en los países latinoamericanos suelen ser la mayoría- están ausentes de las redes de gobernanza” (Canto, 2012:353). Las redes de gobernanza dan cauce a las demandas de ciertos estratos de la población, pero no de



los más amplios, lo que a final de cuentas puede conducir a una mayor inequidad política.

Por lo anterior es importante poner el acento en el tema del sentido redistributivo que debe acompañar a un buen gobierno. La distribución del ingreso, la riqueza y el poder político o las prerrogativas empresariales no pueden asumirse como datos dados, o bien, como variables exógenas aun modelo. Y aquí por tanto hay que hacer la distinción entre un modelo de gobernanza liberal y un modelo de la gobernanza democrática que sí incluya los temas de la desigualdad, además del papel de las redes de actores junto a la capacidad de los estados para manejar la resolución de este tipo de conflictos, lo que se necesita son nuevos esquemas de cumplimiento estatal, así como ciudadanías fuertes en una actuación multinivel.

Conclusiones (Reflexiones finales)

El debate sobre la gobernanza en relación al buen gobierno ha acaparado la discusión académica y política durante los últimos quince años. Como enfoque de política pública, intenta ser un modelo susceptible de ser aplicado a cualquier fenómeno sociopolítico que ponga de relieve la participación de diversos actores en la definición y solución de un problema público.

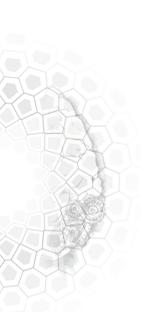
Como se ha venido señalando, una de las premisas centrales de la gobernanza es que el proceso de toma de decisiones sea desarrollado bajo un enfoque colectivo, donde participen agentes estatales, sociales y privados, que en base a un conjunto de reglas e instituciones definan los objetivos y metas y la manera más adecuada de realizarlas.

No obstante lo anterior, en el análisis y conceptualización de las políticas públicas, el Estado sigue siendo el principal agente capaz de contrarrestar los efectos que tienen las fuerzas sociales y culturales en la determinación de la desigualdad e inequidades, así como de los efectos negativos que el mercado impone a las personas.



En estas páginas se ha intentado demostrar que no podemos hablar de buen gobierno sin incluir una reflexión mucho más amplia de aquellos aspectos que intervienen en la gobernabilidad y la gobernanza como prácticas es escenarios democráticos. Así, la revalorización de la ciudadanía y de la participación de sectores no gubernamentales en las decisiones de gobierno son fenómenos fundamentales en el proceso de definir cuáles con los problemas sociales comunes y cómo serán abordados.





Referencias

Aguilar Villanueva, Luis F, 2007, “El aporte de la Política Pública y la Nueva Gestión Pública a la Gobernanza”, en Reforma y Democracia, revista del CLAD, num.39, Octubre.

Aguilar Villanueva, Luis F., 2008, Gobernanza y gestión pública, México, Fondo de Cultura Económica.

Aguilar Villanueva, Luis F, 2010, Gobernanza, el nuevo proceso de gobernar, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, Proyecto México

Arbós, Xabier y Giner, Salvador: La Gobernabilidad. Ciudadanía y democracia en la encrucijada mundial, Editorial Siglo XXI, Madrid, 1996.

Canto Sáenz Rodolfo, 2012, Gobernanza y democracia. De vuelta al río turbio de la política, Gestión y Política Pública, Vol. XXI, N° 2, II Semestre. Pp. 333-374

Cerrillo, Agustí, (coordinador) 2005, La Gobernanza Hoy, 10 textos de referencia, Instituto Nacional de Administración Pública, España.

Fazio Vengoa Hugo, La Globalización, una aproximación desde la historia, Historia crítica n°17, julio.diciembre 1998 pp71-77, Universidad de los Andes, Colombia

Flisfisch, Angel, “Gobemabilidad y consolidación democrática” 1987, en Revista Mexicana de Sociología, N0 3, julio-septiembre de 1989.

Huntington, Samuel: El orden político en las sociedades en cambio, Ediciones Paidós, Buenos Aires, 1990.

Kooiman, J, 2003, Governing as Governance, Londres, Sage.

Mayntz, R. (2001). Nuevos desafíos de la teoría de governance. Instituciones y Desarrollo (7), 35-51.



Mayorga, F. & Córdova, E., 2007, “Gobernabilidad y Gobernanza en América Latina”, Working Paper NCCR Norte-Sur IP8, Ginebra. No publicado.

Offe, Claus, “Ingobemabilidad. Sobre el renacimiento de teorías conservadoras de la crisis”, en Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales, Sistema, Madrid, 1988.

Prats i Català, Joan, 2001, Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico, Revista Instituciones y Desarrollo Nº 10, págs. 103- 148 . Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, España

Prats i Català, Joan, 2005, Modos de gobernación de las sociedades globales, La Gobernanza Hoy: 10 Textos de Referencia, Agustí Cerrillo (coordinador), Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

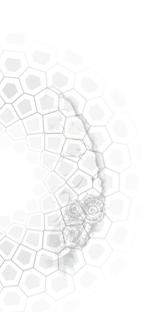
Prats i Català, Joan 2005, De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

Peschard, Jacqueline, 1996, La cultura política democrática , Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 2, Instituto Federal Electoral, México,

Peris Blanes, Jordi, Míriam Acebillo Baqué y Carola Calabuig Tormo, 2008, La agenda 21 local como instrumento para la gobernanza democrática local, Fundación Carolina y Centro de Estudios de América Latina y la Cooperación Internacional (CeALCI). Universidad Politécnica de Valencia.

Serna de la Garza, José Ma., 2010, Globalización y gobernanza: las transformaciones del estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la guardería ABC), Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2818>]

Subirats, Joan, Marc Parés e Ismael Blanco, 2009, Calidad democrática y redes de gobernanza: evaluar la participación desde el análisis de políticas públicas, Participación y calidad democrática: evaluando las nuevas formas



de democracia participativa / coord. por Marc Parés Franzi, 2009, págs. 367-418, Editorial Ariel, España

Subirats, Joan, Raquel Gallego, Ricard Goma (eds.), 2003, Estado de Bienestar y Comunidades Autónomas. La descentralización de las políticas sociales en España, Tecnos, Madrid,

EL DESENTENDIMIENTO DEL *DEMOS*



Alejandro Castañeda Bonfil²⁶⁹

Introducción

El presente ensayo describe brevemente la participación de la sociedad en la vida democrática del país, aquella en la que todos los ciudadanos participan en menor o mayor medida activamente; cuando ello acontece se activa la interrogante ¿existe un desentendimiento de la *demos* en su participación activa o es pasiva? Para dar respuesta, estimo que las instituciones democráticas estimulan la participación por medio de la igualdad participativa; sin embargo, no pueden ser cubiertas todas las expectativas, es decir, se generaliza una participación, pero es acotada por un ideal de desilusión por parte del *demos* (pueblo), sobre esa base comparto el desentendimiento o desencanto de la actividad democrática y participativa por la *demos* en su papel activo en la toma de decisiones. Como punto de partida, se tiene una concepción del gobierno del pueblo en



²⁶⁹Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Secretario Auxiliar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adscrito a la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, correo: alexwb9@hotmail.com



el que las decisiones son para el bienestar del *demos*; por otra parte, el ideal democrático consiste en potencializar la participación de sus ciudadanos a través de principios mínimos tutelados por el Estado como son la igualdad, la libertad y la asociación. En este análisis abordo las corrientes del pensamiento de autores como Alexis de Tocqueville, Giovanni Sartori, Robert Dahl y Luigi Ferrajoli, respecto al tópico democracia y cómo la ciudadanía juega un papel preponderante a través del desarrollo participativo en la toma de decisiones de los Estados democráticos.

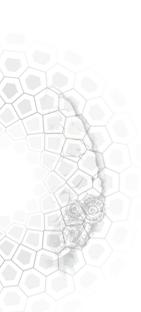
La democracia en América (Alexis de Tocqueville)

Mi postura se centra en desarrollar ideas entorno a que en un Estado democrático la *demos* (pueblo) es indiferente en participar, si bien los principios de libertad e igualdad estimulan la participación, no se cubren las expectativas al predominar un ideal de desilusión y apatía por parte de la *demos*, diferentes canales habilitan en la ciudadanía un medio idóneo de participación activa en la vida democrática del país, existen derechos fundamentales que reconocen y tutelan la pluralidad de manifestaciones y el respeto a esas ideas. Asimismo, existe una participación sustantiva por ciertos sectores de la sociedad que habilitan el desarrollo armónico de la toma de decisiones; no obstante, al encontrarse los medios necesarios para situar a la ciudadanía como un detonante activo de participación. El desencanto por la participación en vida política y la toma de decisiones, son el gran lastre que impide la activación deseable de los medios activos en un Estado democrático sabedor de una pluralidad de pensamientos.

Alexis de Tocqueville (pensador, jurista, político e historiador francés) refirió que el Estado social de los norteamericanos eminentemente es de carácter democrático,²⁷⁰ se percató de ello tras su estadía en Estados Unidos de América al estudiar su sistema penitenciario. Su permanencia en



²⁷⁰Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, consultable en <https://mcrcaicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>, p. 54. (consultado el 10/10/2016 16:39 horas).



América sirvió para redactar su obra “La Democracia en América”. “*Entre las cosas nuevas que durante mi permanencia en los Estados Unidos, han llamado mi atención, ninguna me sorprendió más que la igualdad de condiciones.*”²⁷¹

Tocqueville advirtió a la toma de decisiones (en un plano de igualdad) como una característica del pueblo que se veía reflejada a través del voto universal, aquel en el cual todos son partícipes por igual. Así –en la actualidad– los Estados democráticos tienen la cualidad en la que la forma de participación de los ciudadanos consiste en el ideal de hacer valer, de hacerse notar; solo así se hace partícipe a los ciudadanos de las decisiones de todos, es decir, una decisión de las mayorías y la incursión de unos pocos (minorías) en la vida política, esto es, el manejo de las masas para el acceso restringido de unos cuantos a la participación y decisión del rumbo y cauce de la vida cotidiana política del país.

Continuando con Tocqueville, refiere que “La aristocracia es infinitamente más hábil en el arte de legislar que lo que puede serlo la democracia... La aristocracia procede sabiamente; conoce el arte de hacer convergir al mismo tiempo, hacia el mismo punto, la fuerza colectiva de todas sus leyes.”²⁷² La cita anterior me permite destacar que en la actualidad no existe una aristocracia como tal, no obstante las democracias representativas –los grupos de poder– aquellos a quienes elegimos llegan a un cargo de elección popular y se conservan como la elite o la clase política, se han convertido en mafias de poder. Esto es, se conforma una súper estructura en la que solo ingresan unos cuantos e intentan mantenerse –una aristocracia moderna– un núcleo sólido que a expensas de la participación ciudadana hacen patente la perpetuidad en el poder.



²⁷¹ *Ibidem*, p. 33.

²⁷² *Ibidem*, p. 282.



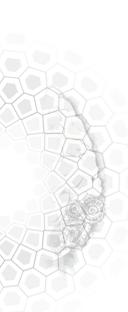
Estimo que es difícil hacer partícipe al *demos* en la actividad democrática del país, precisamente por un desencanto²⁷³ en la vida política. Norteamérica vista por Tocqueville parte de una premisa fundamental – ver a los habitantes iguales– debido a que todos nacieron por igual, son vistos a su vez como pares con las mismas oportunidades, la participación de todos habilita un activo importante –el activismo participativo– lo cual representa una ventaja respecto a los Estados Unidos de América, pero ¿acaso en México ello es patente? Estimo que no, las desigualdades son muy marcadas, no todos tienen acceso a los mismos servicios, mientras que las mayorías se preocupan por llevar el día a día, alimentarse, buscar trabajo, a las minorías (las élites) les interesa que la gente participe, los intereses de la clase que le preocupan a la aristocracia, no lo son para la *demos* por igual.

Los grupos de poder (las élites) necesitan del electorado, el cual está a expensas de una solución para sus males, los poderosos tienen necesidad respecto de los desaventajados, a éstos se les mira cuando llega el momento de decidir (políticas públicas asistencialistas de protección a grupos vulnerables), se verifica el momento idóneo cuando se voltea a ver al electorado. De lo contrario no existirá una necesidad-dependencia de la intención de voto, es decir, la búsqueda de las multitudes a través de la participación ocasional de la *demos*.

Por otra parte, existe un sesgo que no le agrada a la clase política, el poder de la información, lo cual podría traducirse en una ciudadanía con grados de educación superior a la media o su alcance a través de medios de comunicación e información, una pluralidad de opciones. Un *demos* ideal será aquel en el cual sus ciudadanos estén interesados por los cambios –ciudadanía participativa– entre mayor sea la inclusión de la gente en el rol activo y dejen de delegarse las cuestiones a las élites, el Estado se



²⁷³Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Mínima Trotta, Madrid, segunda edición, 2011, pp. 65-66. En la parte que interesa dice: “El primer factor de crisis está constituido por un doble proceso: por un lado, la homologación de los que consienten, por otro, la denigración de los que disienten; por un lado, la máxima verticalización y concentración de los poderes, por el otro, la máxima división y disgregación en la sociedad; de una parte, el crecimiento del conformismo favorecido por el indiferentismo (*qualunquismo*) político, de otra, la promoción de un pluralidad de fracturas en la sociedad y de rupturas de la solidaridad social, en medio de una crisis económica que requeriría la máxima unidad.”



convertirá en un protector de las buenas causas sociales, la lucha de la emancipación del ciudadano-Estado a expensas de lo que las asociaciones políticas representan; la mecánica transicional es convertir al ciudadano en un sujeto crítico de las opciones y alternativas de participación, por mínima que sea esta, en suma, un ciudadano activo socialmente.

Esa libertad, en todo Estado democrático como derecho fundamental se tutela a través de los postulados de la libertad de expresión, el cual se entiende como un derecho preferente, el mismo tutela otros derechos, a saber, la existencia de: a) un núcleo social y político y b) un núcleo individual. Éste derecho fundamental goza de una protección reforzada en los ordenamientos jurídicos, su justificación se actualiza en el ámbito nacional e internacional, en la justificación de la función política y su papel en la protección de la autonomía de la persona,²⁷⁴ la cual sirve y detona un núcleo esencial al ser un eje conductor para la participación y la toma de decisiones.

El gran problema reside en los ciudadanos, en el desinterés del cambio, esa participación que Tocqueville advirtió en los Estados Unidos de América es la lucha constante del electorado en nuestro país, el desencanto de la vida política, la delegación de la función, creer que con votar todo se ha hecho, nos volvemos políticos ocasionales, cada tres o seis años. Observamos una democracia en la que los deseos de unos cuantos (élites) crecen y no se observan las mínimas condiciones de activación de participación.

Los partícipes en las asociaciones políticas son privilegiados, llegan y desean conservarse en el poder, los requisitos se cumplen, la igualdad de todos para participar se traduce en la búsqueda del sufragio, ser votado y decidir estando en el poder, el discurso de la igualdad y la participación se actualiza –es vigente– en términos ideales contamos con igualdad, el voto vale lo mismo que el de los demás, las condiciones de elegibilidad son



²⁷⁴Tesis aislada 1a. CDXXIII/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS MENSAJES PUBLICITARIOS TIENEN UNA PROTECCIÓN ATENUADA EN EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”.



las mismas, todos son elegidos para el mismo fin y los ciudadanos somos partícipes de ese rol.

Las condiciones de activación de la democracia participativa están puestas para los sujetos que deseen hacer uso de ellas (todos estamos sujetos a ser elegidos de la misma manera y por los mismos ciudadanos), solo así la *demos* tiene el ideal de ser elegido por sus pares y en las mismas condiciones, he allí el principio de igualdad tanto en el acceso al poder, como en el voto para elegir a nuestros representantes.

Ahora bien, estimo pertinente plantear otro punto de referencia en la obra de Tocqueville, al referirse al poder legislativo refiere que las democracias están inclinadas a concentrar la fuerza social a cargo del cuerpo legislativo.²⁷⁵ Coincido en ello, efectivamente es un elemento que la sociedad estima como un poder que emana directamente del pueblo, es una de las representaciones más directas con las que cuenta la sociedad, se hace escuchar con y para el pueblo. La voluntad del poder legislativo, respecto a otros poderes son incuestionables, surgen pequeños grupos de poder en las asociaciones políticas que se desentienden de los cometidos o fines sociales que postulaban y sólo se convirtieron en posturas de acumulación de poder y satisfactores de intereses “partidistas” (mafias de poder abanderadas por una vertiente o ideología política).

Un ejemplo de la dicotomía de las formas de gobierno, son tanto la democracia como la aristocracia,²⁷⁶ Tocqueville refería que el problema radicaba en saber quién gobierna mejor, algo claro es que la democracia estorba a la otra y la aristocracia oprime a la primera, al respecto, el cuestionamiento sería el siguiente ¿acaso ambas no pueden convivir? Considero que ambas formas, en la actualidad están inmersas de forma patente en la vida política, si delimitamos el uso de la concepción de la aristocracia en donde la asamblea es liderada por una sola fuerza, ello se actualiza al menos en el Estado mexicano, las fuerzas de poder representan desde su trinchera un poder que después tendrán un poder absoluto e injerencia en la participación de sus miembros.



²⁷⁵Tocqueville, Alexis, *op. cit.*, p. 165.

²⁷⁶*Ibidem*, p. 233.



Poliarquía (Robert Dahl) y una democracia participativa

Robert Dahl explicita a la poliarquía como un sistema en donde se respetan los derechos políticos y se promueven las funciones democráticas, las elecciones son periódicas y se estimulan distintas formas de asociación civil; además de la inclusión de varios partidos políticos, en donde existe dinamismo y pluralidad al momento de la toma de decisiones. En otras palabras, se trata de Estados modernos de participación ciudadana –lo cual comparto– que hacen vigente la percepción del conjunto de instituciones que desarrollan la participación y la diversidad de entes políticos-asociaciones necesarias para el funcionamiento del proceso democrático representativo.

En las poliarquías existen un número de grupos, asociaciones que permiten el pluralismo social –pluralidad de opciones– no obstante que en los Estados modernos se implementan relaciones de poder en donde se observa el comportamiento de los hombres y se restringe el ejercicio de sus voluntades, se trata de un ejercicio de dominación entre los sujetos mediante otros medios de producción, el económico, ideológico, propaganda, etcétera,²⁷⁷ lo cual da pauta a una democracia participativa.

A efecto de desarrollar la idea de una democracia participativa, esbozo el siguiente cuestionamiento ¿en realidad la democracia participativa es así (participativa) o se trata de una cuestión utópica? Considero que ello se matiza por diversos factores; el voto y la participación directa para la toma de decisiones se cumple, pues el desarrollo en la vida política de los ciudadanos es viable si estimamos que la democracia significa gobierno del pueblo (del término griego *demokrai* demos [pueblo] y *kratos* [gobierno]) lo cual hace evidente que la participación debe ser para todos y no para unos cuantos.



²⁷⁷Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes*, op. cit., pp. 73-75. En la parte que interesa dice: “En efecto, hay dos modos, no alternativos, sino convergentes, de destruir la opinión pública, ambos promovidos por los regímenes autoritarios, pero actualmente en uso en los sistemas democráticos, gracias al control de los medios de comunicación. El primer método es el de la desinformación, de la mentira y la propaganda, sobre todo la televisiva: la difusión de noticias falsas, la omisión o minimización de noticias verdaderas, la exaltación del jefe, la difamación de los opositores, el embotamiento de las conciencias y de las inteligencias con espectáculos estúpidos y vulgares. La segunda forma de disolución de la opinión pública es la que se sigue de la despoltización, esto es, de la pérdida del sentido cívico y las virtudes políticas.”



El discurso de la igualdad mínima para elegir a los representantes de elección popular se satisface. Dahl hace evidente un cuestionamiento que comparto ¿por qué deberá elegir el pueblo? ¿A caso será que la democracia es mejor que la aristocracia y la monarquía? Dahl dilucida el fondo de estas preguntas con base en la historia y desarrollo de las formas históricas de democracia, desde Grecia, la República Romana y las Repúblicas Italianas.

Para la existencia de un ideal de democracia participativa, el autor refiere un mínimo de calidades a satisfacer:

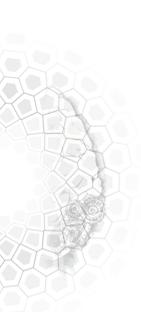
- a) **Participación efectiva.** Donde el pueblo tiene la oportunidad de dar a conocer a los demás de sus miembros sus opiniones al respecto.
- b) **Igualdad de votos.** El pueblo tiene la oportunidad de votar a favor o en contra de una política y los votos se computan igual.
- c) **Electorado informado.** El pueblo tiene la oportunidad de aprender acerca de la política y sobre las posibles políticas alternativas y sus consecuencias.
- d) **Control ciudadano del programa de acción.** El pueblo decide qué asuntos se incluyen en la agenda de toma de decisiones y cómo se concretizan.
- e) **Derechos fundamentales.** Acuerdos y entendimientos mínimos y necesarios, sobre los que parte un ideal de igualdad para el acceso de la acción ciudadana en la vida política.²⁷⁸

Existen también instituciones políticas que deben asegurarse a efecto de incluir la participación, a saber:

- a) **Elecciones libres, limpias y periódicas.** Los ciudadanos pueden participar en las elecciones teniendo diversidad de votantes como de candidatos.



²⁷⁸Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Trad. Leonardo Wolfson, Editorial Paidós, México 1991, pp. 45-49.



- b) **Libertad de expresión.** Expresión en público y una amplia gama de temas para expresarse, sin temor a represalias.
- c) **Fuentes de información independientes.** Fuentes de información libres que no están a cargo del gobierno, pueden ser consultadas por los ciudadanos.
- d) **Libertad de asociación.** Los ciudadanos tienen derecho a formar organizaciones políticas independientes y a participar en ellas.²⁷⁹

Para Dahl, la democracia garantiza a sus ciudadanos una cantidad de derechos fundamentales, además evita el gobierno de autócratas crueles y depravados, se delega la función al pueblo para que decida que desea hacer con el rumbo político del Estado. Dahl refiere que la democracia no puede garantizar que sus ciudadanos sean felices, prósperos, sabios, pacíficos o justos, reconoce que las democracias modernas sufren muchos defectos, pese a ello –estima– es la mejor forma de gobierno.²⁸⁰ Ahora bien, este tipo de desilusiones me conduce a plantear a la democracia como un ideal inalcanzable o más bien, como una democracia utópica.

¿Una democracia utópica?

Si partimos de la base de que la preocupación de los Estados modernos es la participación de sus ciudadanos en los procesos de elección, lo cual se traduce en la poca o mínima participación de los mismos en las etapas decisorias, ello se debe –estimo– porque existe un desencanto con el rumbo y desarrollo de esa actividad mínima que potencialice un cambio en las etapas decisivas de todo gobierno democrático.²⁸¹



²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 99-101.

²⁸⁰ *Ibidem*, pp. 71-72.

²⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes*, *op. cit.*, p. 73. En la parte que interesa dice: “El segundo factor de crisis por debajo de la representación, en parte consecuencia del primero, es la despolitización de amplios sectores del electorado que se manifiesta en el abstencionismo, en la antipolítica, en el indiferentismo y, por otro lado, en la estimulación y la legitimación de todos los egoísmos, individuales y sociales: en síntesis, en el debilitamiento del sentido cívico y de la relevancia política de la opinión pública que son los necesarios presupuestos de la democracia.”

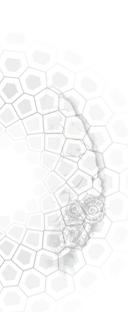


La participación de las mayorías, las masas convierten a los elegidos en minorías, por lo tanto, estos últimos se convierten en una clase dirigente del rumbo, las minorías –considero– son la competencia, el libre mercado de participación hace viable que los líderes busquen apoyo de las mayorías (electores) para satisfacer sus intereses. Retomando a Dahl, el gobierno de muchos –poliarquía– puede surgir como el problema antagónico de la democracia. Efectivamente, sólo unos gobiernan y la participación de las mayorías se acota, la limitación estriba en sólo elegir y allí concluye esa participación, es una realidad en donde sólo se alienta a las democracias a participar por participar sin tomar en cuenta las cuestiones decisorias, el punto es elegir por elegir, sin conocer las bases mínimas del por qué se hizo así, es decir, no se racionaliza o tal vez surge un desinterés total por participar.

A la democracia le interesa reunir a la mayor parte de agentes posibles para decidir, entre mayores sean los partícipes se legitima el acceso de los elegidos a los puestos públicos, se justifican los votos (por mínimos que sean) quienes concurren a participar estiman que votaron igualitariamente. No obstante –suele suceder– la mayoría son los que no votan, en este caso, las mayorías son más –los apáticos– ¿de qué nos quejamos? en realidad votamos, tal vez lo hacemos en silencio, esa es la forma de hacernos notar, a través del descontento,²⁸² incluso se podría decir que están más informados que aquéllos que votan. Algunos viven o vivimos –estimo– de esa democracia utópica, el *demos* hace su propia democracia, sus propias elecciones, se representan ideales sin abanderar algún color o partido, no se trata de una sociedad apática, sino, al contrario se está igual de informado o incluso más, tanto así que se traduce en una forma de manifestación y hacerse escuchar.



²⁸²*Ibidem*, p. 77. En la parte que interesa dice: “3.3. La Crisis de la participación política. En los orígenes de esta reducción de la sociedad a la pasividad política hay un tercer factor de crisis por debajo de la democracia política: la quiebra de la participación de los ciudadanos en la vida pública –de sus formas, sus sedes y sus ocasiones– determinada por el correspondiente factor de crisis por arriba, es decir, por el creciente distanciamiento de los partidos de la sociedad y por su pérdida de representatividad y de arraigo social.”



Así como la suma de sujetos permite legitimar el acceso al poder, existe un pacto o un contrato, entendido como la mutua transferencia de un derecho de elegibilidad –el sufragio– no sólo visto de forma aislada, sino también la forma activa de participación en todas las aristas de la vida democrática del país. Advierto en Robert Dahl que la democracia asegura a sus gobernados un mayor ámbito de libertad personal en el cual los ciudadanos en las democracias aspiran a tener y gozar de seguridad, de libertades mínimas tuteladas por el Estado. Siguiendo esta línea argumentativa en palabras de Luigi Ferrajoli, en su obra titulada “Democracia y Garantismo” refiere un nexo entre los derechos fundamentales y la democracia, por cuanto hace al tópico democracia, intrínsecamente está ligada con la igualdad jurídica, sobre este tema existen dos vertientes, las dimensiones formales y las sustanciales, las primeras (formales) radican en la producción, es decir el campo de acción para decidir cómo cambiar y quién debe cambiar (políticas de acceso a la inclusión de decisiones); por otra parte, las sustanciales, descansan en los derechos fundamentales que al ser de todos, influyen en un acceso universal de participación.

Coincido con Dahl y Ferrajoli, entre mayor sea la democratización de un país (es decir el estatus de participación) mayor será la democratización y entre más se restrinja será menor. La democracia es la llave proteccionista de los derechos sociales y de libertad de los individuos, es una nueva corriente para acceder al proteccionismo o tutela de derechos mínimos. Al Estado le sirven este tipo de mecanismos de canje de voluntades por estándares mínimos de satisfacción ¿cómo se incorporan los derechos que tienen los ciudadanos? Precisamente esta interrogante se responde en los postulados y principios de las Cartas Fundamentales, lo cual activa las condiciones de igualdad a la hora de tomar decisiones y ser partícipes de una democracia participativa.

Respecto a la tutela mínima de derechos, para Luigi Ferrajoli estos derechos están encaminados a los mandatos de optimización, que deberán ser realizables en la mayor medida posible, dentro de este tipo de mandatos, intrínsecamente se advierten derechos fundamentales, que son aplicados mediante razonamientos objetivos y subjetivos, es decir, se trata de imperativos jurídicos con condiciones de aplicación plasmados



en el derecho positivo, que necesitan de acción o activación, que al ser incorporados en una Constitución, guardan congruencia con el estatus deseable de participación democrática en los ciudadanos.²⁸³

He allí que la seguridad e igualdad –estimo– radican en tener un estándar mínimo de derechos consistentes en maximizar la libertad de expresión de los ciudadanos y no coartarla,²⁸⁴ de lo contrario no podrán ser partícipes de la vida política, mucho menos, si se restringe la libertad de asociación, lo cual hace patente que en las Cartas Fundamentales de los Estados modernos se incorporen derechos y principios que habiliten procesos democráticos idóneos con la mayor amplitud de todos los factores sociales y de libre concurrencia.

Por ejemplo, Giovanni Sartori describe que la “democracia” sin adjetivos se entiende como una democracia política.²⁸⁵ En su sentido literal a la democracia la podemos entender como el poder del pueblo,²⁸⁶ no hay más que decir al respecto, pero ¿qué sucede cuando el poder lo tienen las minorías controlantes?²⁸⁷ Considero que es un tema interesante para desarrollar, lo cual tiene relación con el título del ensayo, efectivamente las estructuras de poder de la política se centran en mantener el poder. Una mega estructura acotada a lo que dicte la mayoría, como lo acota Sartori, no deja de ser un ideal –algo perfectible– realizable en su máxima expresión.

He aquí una de las posturas referidas por Giovanni Sartori compartida por Alexis de Tocqueville, el autor italiano refiere que el problema se ciñe en la libertad política, al representar un ideal realizado, mientras que la igualdad esta por realizarse,²⁸⁸ ello lo convierte –estimo– en algo utópico



²⁸³Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil, fundamentos de los derechos fundamentales*, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 2004, p. 37.

²⁸⁴Ferrajoli, Luigi, *Podere salvajes*, op. cit., p. 80. En la parte que interesa dice: “Es claro que no existe un derecho a la información –verdadera–, que estaría en conflicto con la libertad de información. Solo puede hablarse de un derecho a –recibir– informaciones. Sin embargo, existe un derecho negativo a la no desinformación, consistente en una libertad negativa, es decir, en la inmunidad frente a las desinformaciones y la manipulación de las noticias. Esta libertad negativa es un corolario de la libertad de conciencia y de pensamiento, esto es, de la primera libertad fundamental que se afirmó en la historia del liberalismo y que implica el derecho a la no manipulación de la propia conciencia provocada por la desinformación en torno a los hechos y a las cuestiones de interés público.”

²⁸⁵Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. De Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Ed. Taurus, España, 2003, p. 27.

²⁸⁶*Ibidem*, p. 33.

²⁸⁷*Ibidem*, pp. 145-146.

²⁸⁸*Ibidem*, p.165.



en donde las desigualdades están más marcadas, así como la indiferencia y el desencanto por la vida y participación ciudadana.

La democracia utópica trata de dotar de capacidades iguales a todos los actores en la democracia, no obstante ello se queda en un intento de inclusión que se agota en el discurso. Lo deseable (el ideal) es que en todo momento se bombardee al ciudadano con información y se le induzca a ser proactivo, cuestionando con ello el rumbo que desea tomar respecto de tal acción a desarrollar. La realidad se traduce en hacer partícipe al sujeto en el momento que se necesite de él; vota por mí, para que te haga creer que en realidad eres parte del sistema democrático, donde el elitismo²⁸⁹ se convierte en discriminación una vez más.

El cuestionamiento se centra ahora en ¿cómo erradicar la discriminación? La respuesta la hace patente el mismo autor, a través de la libertad política y la libertad liberal;²⁹⁰ por cuanto hace a la primera consiste en destacar a la libertad de los ciudadanos cuando son libres, aunque queda acotado en combatir el abuso de poder (controlar y limitar el ejercicio de poder) entonces ¿la democracia es una controladora de voluntades por el poder? la respuesta es afirmativa desde la democracia-real. Ahora bien, en la democracia-utópica, se trata de un acceso para incentivar la participación de la *demos* en las decisiones y legitimar el uso de ese mismo control, con estándares asegurados, libertad e igualdad para una participación amplísima para todos. La libertad liberal procura la protección del ciudadano contra la opresión, es un mecanismo proteccionista a través del derecho y del sistema constitucional, lo cual se traduce en asegurar que todas las decisiones serán tomadas en cuenta, con el mismo límite de participación de todos los actores en el sistema de participación.



²⁸⁹ *Ibidem*, p. 168.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp. 221-227.



Democracia es igual a liberalismo:

Si partimos de la concepción planteada por Sartori respecto al liberalismo como el umbral de los límites del poder estadual, en tanto que para la liberal, la prioridad es el método de creación del orden social y el demócrata la creación de un orden justo.²⁹¹ ¿Acaso no se busca el mismo fin? La respuesta es afirmativa, pues, en tanto la democratización del Estado es concebido como un ideal, esta conclusión tiene un vacío. Siguiendo esta línea argumentativa esbozo la premisa consistente en que, si el Estado es el reflejo de la sociedad, entonces, los ciudadanos no tenemos la más mínima idea de qué quiere nuestro Estado, es decir ¿ser democráticos o sólo servir para un ejercicio de elección cada tres o seis años?

En efecto, participar de aquello que consideramos un ejercicio democrático implica la transmisión de nuestra libre voluntad soberana como pueblo hacia los representantes populares, en sentido estricto se ciñe nuestra libertad, es decir, ejercer el voto y materializarlo o tener una concepción con diversas aristas en la cual el sujeto no sólo se convierte en un ente activo en cada elección, sino que éste atiende a una participación activa (insisto) en el quehacer del umbral cotidiano de un ciudadano informado en la vida activa del país²⁹² ¿qué panorama sigue? ejercer el voto y luego qué, concluida la elección los representantes, son elegibles y elegidos, obtienen poder y se desentienden del electorado hasta los otros comicios de ser el caso.



²⁹¹ *Ibidem*, p. 294.

²⁹² Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2010, pp. 269-270. En la parte que interesa dice: “2. Libertad de información y propiedad de los medios de información. Comienzo analizando el primero de estos derechos. Como sabemos, históricamente, primero se afirmó la libertad de conciencia, después la libertad de palabra, después la libertad de imprenta. Ese mismo desarrollo fue el que tuvieron la represión y la limitación de las libertades. En las experiencias autoritarias y totalitarias se reprimió la conciencia o, cuando menos, mediante la censura y los delitos de opinión, la libertad de imprenta. Actualmente, en la sociedad de mercado, la libertad de pensamiento y de imprenta se asumen como un hecho. A nadie se le prohíbe hablar o editar periódicos, siempre que la disponibilidad financiera y el mercado lo permitan. Y, sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan a través de la propiedad de los medios de información.”



La democracia que en un principio se presentó como un ejercicio de libertad, quedó acotada a sólo eso, expresar nuestra decisión traducido a un vacío en el que la democracia se quedó sin un elemento, un *kratos* sin *demos*, el electorado es visto como una moneda de cambio a efecto obtener el poder y no ser tomado en cuenta hasta los próximos comicios, el problema de las libertades y el liberalismo, la concepción de las élites y al Estado, con el respectivo error de los ciudadanos en el que sólo estamos preparados para la actividad política cuando llega la hora de elegir a los representantes, sólo allí consideramos que somos una sociedad democratizada (he allí mi postura crítica al respecto).²⁹³

El futuro de la democracia

El futuro de la democracia es la educación de los ciudadanos, contar con un *demos* informado es lo ideal, —considero— a muchos Estados no les conviene que el *demos* cuente con una cultura política idónea, pero, en un gobierno de todos y para todos el ideal es que los ciudadanos cuenten con el poder de la información en la toma de decisiones, la realidad es otra, no se cuenta con accesos mínimos para ello (la comunicación y la propaganda solo se presentan en tiempos electorales) lo cual inhabilita el poder de decisión pertinente para ser participe en ese activismo ciudadano que tanto enfatizo.

El poder se concentra en uno solo, de nuevo las élites se convierten en las minorías que controlan todo, su acceso es limitado, el hecho de que más ciudadanos participen en las decisiones mejor será el futuro de un Estado, lograr consensos y no ver a la clase política como una élite es el mayor desafío para una sociedad como la actual. Las élites dictaminan el rumbo a seguir, quienes están en el poder realizan acciones, he aquí donde



²⁹³Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes*, *op. cit.*, p. 83. En la parte que interesa dice: “Existe incluso un nexo entre estos aspectos de la crisis y los conflictos de intereses en el vértice del Estado: legitimados por el voto electoral, tales conflictos, que se resuelven en la prevalencia de los intereses privados del que gobierna sobre los intereses generales, acaban por operar de hecho como modelo y fuente de legitimación de tantos pequeños conflictos de intereses, de tantos egoísmos y particularismos y de tantas primacías de los propios intereses personales sobre los intereses públicos de las que está tejida y en las que se resuelve la vida asociada, por falta de un sentido cívico.”



se actualiza el desencanto a la vida activa de la ciudadanía en las decisiones de gobierno y gobernanza visto como activismo social y participativo, mientras unos se inclinan por una igualdad social (las mayorías) otros resguardan una igualdad política (las élites-minorías) a su conveniencia e interés, por ello el desencanto del *demos* se actualiza.

Si el *demos* no hace nada para ser parte de la sociedad democrática, los representantes deben tomar la iniciativa y comenzar a realizar acuerdos; los cuales representan desigualdad, los aspectos de la vida social en los que debe extenderse la igualdad solo hacen viable un punto a destacar –no existe consenso– este es un ejemplo claro de que la igualdad en las democracias sólo se actualizan para unos cuantos, una vez más las élites toman decisiones por la *demos*, se desentienden del pueblo y realizan acciones que sirven para los intereses *pseudo* partidistas y los grupos de poder.

Apostar por fomentar la participación efectiva cotidiana y activa (no la ideal) es una de las características viables para nuestra sociedad, la activación de postulados mínimos y de información en la toma de decisiones habilitan una ciudadanía de libre injerencias y factores que oprimen el desarrollo normal de la actividad fundamental de la expresión y el desarrollo de las ideas. Las elites sólo ven por un fin, la permanencia del poder, lo ideal es que entre mayor número de posibilidades exista para elegir, mayor será el tamiz de raciocinio al optar por la mejor elección, el mismo sistema político necesita y requiere del poder para conservarse como acontece en la actualidad, una élite que gobierna y decide a costa de la voluntad del *demos*, sólo ven en él una oportunidad de voto y no alientan a ser partícipes de las decisiones que se tomen junto con el elector, al final se trata de sólo una idea de liderazgo.

Si bien, en un principio los derechos fundamentales fueron pensados y reclamados desde los particulares bajo una ideología liberal contra el Estado, es una postura tradicionalista (queda superada esta visión) en tanto ya no existe el plano de verticalidad para el reclamo de la afectación de los derechos, se ha expandido hacia la horizontalidad –insisto– debe existir un amplio reconocimiento de derechos y no restringirlos, como es el caso de



la libertad de expresión y manifestación de ideas, derecho fundamental que sirve de reconocimiento para otros más.²⁹⁴

En efecto, apostar por la amplitud de medios e incentivar la libertad de expresión apertura los canales de participación. De restringirse la tutela fundamental y coartar esos derechos fundamentales no sólo se afecta al emisor de las ideas, sino a la libre circulación de noticias, ideas y opiniones. Así como el acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto el hecho de contar con una ciudadanía mejor informada potencializa el futuro de un gobierno sólido en el que se escuche a todos (lo cual incluye posturas a favor, en contra, ideas impopulares y porque no, también las provocativas), lo cual abona a una efectiva democracia representativa.

Fomentar la participación ciudadana atiende a privilegiar en todas sus aristas el derecho fundamental consistente en la libertad de expresión, respaldo que debe ser tutelado en sede constitucional y revisado²⁹⁵ en caso de actualizarse una restricción constitucional (revisión de casos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación), lo cual abonará a la discusión en el sentido de justificar la concepción del libre desarrollo de la persona y autonomía y libertad de la persona (autodeterminación de la persona), en su faceta como individuo activo de la *demos*, sobre la base de que, atendiendo a la libre manifestación de las ideas, existe un ámbito que no puede ser invadido por el Estado, de tal suerte que el individuo puede manifestarse



²⁹⁴Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, Estados Unidos, 2010, p. 68. En la parte que interesa dice: “By 1943, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, the Court could announce: ‘It is now a commonplace that censorship or suppression of expression of opinion is tolerated by our constitution only when the expression presents a clear and present danger’ of unlawful action.”

²⁹⁵Breyer, Stephen G., *Making our democracy work, a judge’s view*, Vintage Books, A Division of Random House, Inc. New York, Estados Unidos, 2011, p. 164. En la parte que interesa dice: “Proportionality involves balancing, which the Court has sometimes tried to minimize. For example, the Court has said it will apply tests that are highly protective of political speech and try to avoid balancing in that area. But in other areas, the Court more directly weighs harms, justifications, and potentially less restrictive alternatives. How serious is the harm to free speech that a certain statute may cause? How important are the statute’s countervailing objectives? To what extent will the statute achieve those objectives? Are the other, less restrictive ways of accomplishing as much? The Court sometimes uses different words to describe what is doing when it asks these or similar questions. But ultimately the Court must determine whether the statute threatens a constitutionally protected interest with harm that is disproportionate severe when considered in light of statute’s justification.”



libremente sin ser cuestionado sobre el contenido de sus opiniones y los medios que ha elegido para difundirlas.²⁹⁶

Sin el *demos* no podrían existir representantes que detenten la voluntad del pueblo, pero en nuestro país observamos un descontento por la clase política, en el que no todo el *demos* participa en los comicios, ello permite advertir que la ciudadanía no quiere o no requiere ser parte de la vida política. ¿Entonces el Estado debe vigilar a la ciudadanía para conocer el porqué de su descontento? Tal vez sí, pero no sólo vigilarlo como una función de policía, sino, hacerlos partícipes, ¿cómo? A través de mecanismos de participación inmediata, es decir, convocatorias en su comunidad en donde se destinen fondos del Gobierno y con ese tipo de partidas decidir qué hacer, ello ira incentivando a los apáticos, con pequeños cambios que se vean reflejados en obras pequeñas, ello permitirá ver otra realidad –disminuir el desencanto por la participación política– sabedores de que sus decisiones sí cuentan y no sólo las élites detentan el poder.

Conclusiones. El desentendimiento del *demos*

La democracia puede verse reflejada como un tipo de gobierno en donde los Estados deben reunir consensos para que sus ciudadanos participen, es decir, establecer condiciones mínimas para que su electorado se exprese por medio del sufragio. La democracia utópica es la de la participación ciudadana y la real de las élites; cada Estado tiene diferentes problemas, necesidades, costumbres y aspiraciones para consolidarse como un Estado de y para la sociedad. No obstante ello, esta forma de gobierno brinda oportunidades a los electores y a los que desean acceder al poder; todo esto sobre una plataforma en la cual predomina el ideal de igualdad y la pluralidad de ideas, a través de derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libre manifestación de ideas en todos sus aspectos, desde el discurso político y la publicación en medios, esto el mercado de las



²⁹⁶Véase la tesis 1a. CDXX/2014 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL”.



ideas, consistente en garantizar la autonomía y la autorrealización de la persona, así como la protección y desarrollo de las mismas en los estados democráticos²⁹⁷ en donde pueden ser escuchadas las diversas opiniones de todos los sectores de la sociedad.

El fundamento del *demos*²⁹⁸ es el mayor poder ejercido por el soberano a efecto de elegir a sus gobernantes, sin que estos le sean impuestos. La diferencia radica en que el electorado decide la alternancia del poder, es decir, el pueblo decide quién los gobierna; por ende, existe una restricción al poder, perpetuarse en él. La democracia no sólo consiste en elegir o ejercer el sufragio sino en su pluralidad de ideas y expresión, el *demos* tiene el poder de exigir mejores oportunidades, seguridad social, propiedad de los recursos que produce su nación, protección y estar interesados en que el voto de un ciudadano tenga el mismo valor al de sus pares.

El desarrollo democrático incluye, como he apuntado, la amplia participación ciudadana no sólo en los procesos electorales, sino también en la práctica cotidiana del *demos*, el respeto a los derechos de las personas. El reto es la cohesión social, el cual se torna complejo por el número de habitantes y el acceso en ocasiones restringido a la información, para ser parte del manejo de las masas por el acceso de unos cuantos, o el acceso de las masas para la concientización de la participación de una sociedad homogénea. La participación política por más mínima que sea, representa la base de cohesión y consensos. La realidad imperante en la actualidad es la indiferencia del *demos*.



²⁹⁷Stone Geoffrey R., Epstein Richard A. and Sunstein Cass R., *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 1992, pp. 259-267. Lease el artículo de Cass R. Sunstein, titulado *Free Speech Now*, en la parte que interesa dice: “*The first idea is that the government is the enemy of freedom of speech. Any effort to regulate speech, by the nation or the states, is threatening to the principle of free expression. More subtly, an effort to regulate speech is defined as a governmental attempt to interfere with communicative process [...] We generally treat the practices of broadcasters and managers of newspapers as raising no constitutional question: it is “regulation” of “the market” that is problematic. In fact there should be enthusiastic agreement –for reasons of both text and principle– that the First Amendment is aimed only at governmental action, and that private conduct raises no constitutional question. The behavior of private broadcasters by itself poses no legal problem. It seems clear too that to find a constitutional violation, one needs to show, that governmental action has “abridged the freedom of speech”. That action must take the form of law, a regulation, or behavior by a government official.*”

²⁹⁸a) reside en el pueblo; b) se necesita de la participación ciudadana; c) los Estados democráticos deben proteger derechos mínimos como son la igualdad, la libertad y la asociación; d) existen voluntades de masas o mayorías, para que sólo unos cuantos, los elegidos lleven el rumbo del Estado y; e) con la participación ciudadana y el voto se legitima el acceso al poder.



La democratización como motor de cambio en el *demos* es la mejor vía para contrarrestar las desigualdades sociales; una sociedad activa e informada es la propuesta por la cual me decanto,²⁹⁹ pese a que la democracia parte de un desencanto generalizado (por las mafias de poder y la cúpula política), en el que como base existe inequidad para acceder, al no todos ser partícipes de y para el Estado, debido a la exclusión económica, la corrupción y la impunidad con que actúan los aparatos represivos del Estado. Además de la concentración de los medios de comunicación en unos cuantos –los factores reales del poder– la batalla por la concientización y participación del *demos* no está afectada, se habla mucho, tal vez, y se concreta en un discurso sin acciones que potencialicen cambios sustanciales.

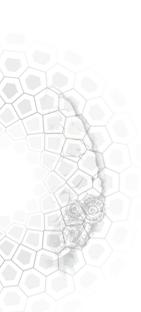
¿Cómo erradicar los problemas de la democracia e incentivar a la *demos* a participar? La única forma de lograrlo se presenta a través del diálogo y la misma deliberación de las ideas en todas sus aristas y no ver la participación como una postura conformista ¡Al final sucede lo mismo! ¿Para qué participar si al final los que eligen, hacen lo que está en su voluntad? Al contrario, este tipo de conformismos llevan al vacío de la democracia, entre menos participe el *demos*, al Estado menos le interesa su bienestar, por ello la opción es erradicar el mínimo de sesgos de información, contar con una sociedad activa e informada, así como garantizar al máximo la tutela de los derechos fundamentales.³⁰⁰

Apostar por un núcleo de derechos fundamentales sólidos reconocidos en la Carta fundamental, habilitar mecanismos que potencialicen la libertad de expresión, abonar a la formulación de criterios y precedentes revisados por el Tribunal Constitucional son los canales de protección que habilitan

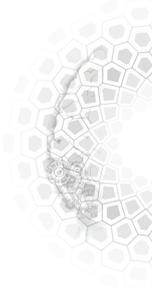


²⁹⁹Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes*, op. cit., p. 98. En la parte que interesa dice: “Por otro lado, la participación y la autoorganización social pueden promoverse también a través del desarrollo de nuevas formas de ciudadanía activa y de democracia participativa, basadas en la directa intervención de los ciudadanos en los procesos decisionales: en su presión desde abajo, ejercida por movimientos o asociaciones a través del debate político en torno a temas específicos, o bien en la implicación desde arriba, a través de consultas, asambleas o sondeos promovidos por los partidos y por las administraciones públicas.”

³⁰⁰*Ibidem*, p.108. En la parte que interesa dice: “Como lo demuestra la historia de nuestros países, incluso el desarrollo económico depende de las garantías de los derechos fundamentales: de los derechos de libertad, sin los que no hay control democrático del correcto funcionamiento de las instituciones, y más aún de los derechos sociales a la educación, a la salud y a la subsistencia, cuya garantía no es solo un fin en sí misma, sino que constituye también el presupuesto elemental de la productividad individual y colectiva; hasta el punto de que, seguramente, puede afirmarse que el gasto en tales garantías es la inversión productiva más eficaz.”



a la *demos* a contar con una tutela en sede constitucional ante cualquier expresión y desarrollo activo para el acceso de la acción ciudadana en la vida política. En ningún momento restringir la participación activa de la ciudadanía, erradicar los sesgos de información y dar apertura a los medios, se traducen en una solución para una *demos* más informada de su quehacer activo en el país, lo cual abona a la libre circulación de las ideas y a canales de participación efectivos que potencialicen una deliberación democrática.



Referencias

Bibliográficas

Breyer, Stephen G., *Making our democracy work, a judge's view*, Vintage Books, A Division of Random House, Inc. New York, Estados Unidos, 2011.

Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Trad. Leonardo Wolfson, Editorial Paidós, México, 1991.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil, fundamentos de los derechos fundamentales*, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 2004.

_____ *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Segunda Edición, Madrid, 2010.

_____ *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Minima Trotta, Madrid, segunda edición, 2011.

Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. De Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Ed. Taurus, España, 2003.

Stone Geoffrey R., Epstein Richard A. and Sunstein Cass R., *The Bill of Rights in the Modern State*, The University of Chicago Press, Estados Unidos, 1992.

Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford Univesity Press, Estados Unidos, 2010.

Electrónicas

Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, consultable en <https://mrcalicante.files.wordpress.com/2014/12/tocqueville-alexis-de-la-democracia-en-america.pdf>.



PRESUPUESTO PÚBLICO Y PROTECCIÓN DE DERECHOS SOCIALES. UNA INTERACCIÓN DIALÓGICA HACIA EL BUEN GOBIERNO

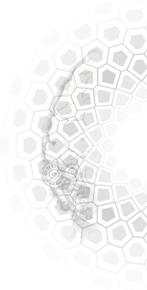
Dr. Juan Manuel Gómez Rodríguez³⁰¹

Introducción

Esta comunicación tiene por objeto explorar la relación inherente entre la función constitucional de control presupuestal y la protección de los derechos sociales, desde la perspectiva del diseño o modelo de relaciones entre poderes públicos. Nuestra premisa es que el actual sistema de pesos y contrapesos no refleja realmente los problemas actuales que presenta esta compleja interacción, y que es necesario construir nuevas formas de entendimiento, en los que adquiera relevancia el papel del Poder Judicial como promotor de una interacción dialógica hacia el buen gobierno.



³⁰¹ Doctor en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Miembro del SNI, Nivel I de CONACYT. Correo electrónico: jmgr7402@hotmail.com



Los poderes públicos y la función presupuestal

En un entorno de transformaciones incesantes en todos los ámbitos del conocimiento humano, la eficaz protección de los derechos sociales adquiere una importancia esencial para todas las sociedades. Uno de los mecanismos esenciales con los que cuenta el Estado para su garantía es el presupuesto público. De su diseño como instrumento de política pública, como mecanismo medular de financiamiento, su control y ejercicio, dependen la actividad del gobierno y de la administración pública, su buen hacer, así como el financiamiento de la estructura institucional que hacen posible el cumplimiento de los derechos sociales de los ciudadanos.³⁰²

Detrás de la exigencia ciudadana para el disfrute de los derechos sociales, está la necesidad de contribuir para sufragar los gastos públicos. No obstante, así como en una democracia no basta el proceso electoral de votar para garantizar la calidad de su ejercicio, en el caso de la protección de los derechos sociales, no basta que los ciudadanos cumplan con el pago de sus impuestos para obtener la protección de sus derechos, sino que ha sido necesario establecer un modelo constitucional que garantice mediante complejos mecanismos de frenos y contrapesos, que el Estado cumpla con su función constitucional de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos.³⁰³

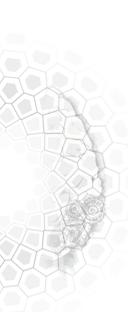
Por tanto, son las relaciones entre los poderes públicos, en particular, la división de su potestad y la distribución de sus funciones en el ejercicio constitucional de la función presupuestal, mediante mecanismos y procesos adecuados, las que orientan y determinan el diseño, aprobación y ejecución del presupuesto, así como su control para satisfacer las necesidades y exigencias sociales.

Sin perjuicio de ello, una reflexión más actual sobre la relación entre presupuesto público y protección de derechos sociales permite identificar



³⁰²Respecto al proceso presupuestario véase Gutiérrez, Gerónimo, Lujambio, Alonso, y Valadés, Diego, “El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder una perspectiva histórica y comparada”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJ UNAM, 2001, pp. 71-89.

³⁰³Ver Paoli Bolío, Francisco José, “La Constitución y el presupuesto” en VALADES, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución*, op. cit., pp. 91-97.



otras dificultades e inconvenientes derivados de la función presupuestal, y de la compleja interacción entre poderes en su diseño, aprobación, gestión y control. Estas dificultades tienen relevancia constitucional pues implican determinar realmente, cuáles son los papeles que juegan los poderes públicos en el control presupuestario.

Estos papeles son establecidos en el marco constitucional desde una perspectiva clásica, en el sentido de que al gobierno por conducto de la administración pública le corresponde determinar prioridades y fijar los objetivos de la política económica, así como ejercer el gasto público, mientras que al legislador atañe controlar el ejercicio de la potestad económica, desde establecer las contribuciones, hasta la fiscalización en la gestión de los ingresos y la disposición de los gastos públicos.

No obstante, un primer problema a considerar es la calidad y el acceso del poder legislativo a la información necesaria para realizar el control presupuestario adecuado, de la política económica y de la actividad del gobierno. A esta situación se añade otro inconveniente más, si se tiene en cuenta que los legisladores se convierten en la práctica, *por mor* del sistema político electoral, en representantes de partido y no necesariamente de la ciudadanía, sujetos a una disciplina partidaria en su función constitucional.

En ese contexto, aunque la función de aprobación y control del presupuesto se atribuyen al órgano legislativo, en realidad se sujetan al proyecto político del gobierno vencedor en las elecciones y que tiene mayoría en el Congreso, o bien al resultado de las transacciones políticas con partidos de oposición.

Por tanto, en la gestión y ejecución del presupuesto no es el Poder Legislativo quien sujeta o controla al Poder Ejecutivo, sino que, derivado de su reforzamiento institucional y político, es el órgano de representación soberana el que se ve presionado y sujeto a cumplir las directrices de política económica fijadas por el gobierno.²⁰⁴



²⁰⁴Respecto a los problemas que presenta el Federalismo fiscal en México y la viabilidad de su reforma constitucional, véase González Oropeza, Manuel “La asimetría fiscal en el sistema federal mexicano” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución, op. cit.*, pp. 63-70, y Serna de la Garza, José Ma. “Los aspectos constitucionales de una posible reforma del federalismo fiscal mexicano”, *idem* pp. 99-112.



Ahora bien, los problemas de la representación legislativa en el ejercicio de la función del control presupuestal y la confrontación entre los poderes ejecutivo y legislativo, tradicionalmente han sido vedados al Poder Judicial si se tiene la idea de que ese control es, por su naturaleza, un control político y no un control jurídico.

Al respecto, esta comunicación tiene por objeto explorar la relación inherente entre la función constitucional de control presupuestal y la protección de los derechos sociales, desde la perspectiva del diseño o modelo de relaciones entre poderes públicos. Nuestra premisa es que el actual sistema de pesos y contrapesos no refleja realmente los problemas actuales que presenta esta compleja interacción y que es necesario construir nuevas formas de entendimiento, en los que adquiera relevancia el papel del poder judicial como promotor de una interacción dialógica hacia el buen gobierno.

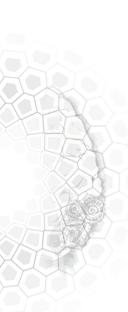
Los fundamentos constitucionales del presupuesto

La Constitución dispuso en primer lugar, una serie de derechos individuales cuya idea fue constituirse como elementos de defensa y protección de las personas frente al Estado. De esta forma, derechos como la igualdad ante la Ley, la seguridad jurídica, el derecho a la vida, a la dignidad de la persona, así como el derecho de propiedad, constituyen un acervo jurídico que permite limitar el poder del Estado frente a sus ciudadanos.

Para garantizar su cumplimiento, el Estado generó una serie de principios que perfilaron, en un primer momento, un modelo de Estado liberal o formal de Derecho,³⁰⁵ a saber: la división de poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad en la administración, así como la indemnización en caso de intervención pública, mediante expropiación en el patrimonio privado.



³⁰⁵Bockenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y Democracia*, Madrid, Trota, 2000, p. 31 y ss.



Este primer modelo de Estado de Derecho no hace visibles las relaciones que, para el debido cumplimiento de los derechos, implican el financiamiento y gasto público de las condiciones de infraestructura y de gestión necesarias para su ejercicio, y como consecuencia, su relación con el control presupuestal.

Por tanto, este modelo formal de Estado de Derecho, al evolucionar entra en crisis, al no poder satisfacer ni los presupuestos para el ejercicio de la libertad, ni las condiciones para la protección de la igualdad, no solo formal ante la ley, sino en el sentido de brindar las mismas oportunidades a todos, lo que motiva el surgimiento de un nuevo modelo, el Estado social de Derecho.³⁰⁶

Este nuevo modelo de Estado no implica un reemplazo o ruptura del modelo anterior sino un modelo transicional que busca su continuidad y complemento. Vincula al Estado con las obligaciones inherentes al financiamiento *por mor* del presupuesto, para hacer efectivas las condiciones para el ejercicio de la libertad y la garantía de la igualdad, mediante la protección de los derechos sociales.

De esta forma, la Constitución mexicana dispone diversas normas relacionadas con la función presupuestal que se encuentran dispersas en el ordenamiento constitucional y cuya coherencia lógica es argumentable. La obligación ciudadana de contribuir a los gastos públicos se encuentra contemplada en el artículo 31, fracción IV, que determina también los tres principios cardinales de la materia tributaria: la proporcionalidad y la equidad de las contribuciones, así como el de legalidad tributaria.

El diseño del presupuesto implica, por tanto, una actuación de colaboración de poderes, la Constitución determina atribuciones y funciones en cuanto a la distribución de competencias en materia tributaria. De esta forma, el artículo 73, fracción VII, establece que el Congreso es el facultado para imponer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto.³⁰⁷



³⁰⁶Benda, Ernesto, “El Estado social de Derecho”, en Benda, Ernst, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 488.

³⁰⁷Ver Paoli Bolio, Francisco José, “La Constitución y el presupuesto” *Óp. cit.*, p.94.



Esta disposición constitucional, ha sido criticada desde la perspectiva de que ha incentivado la concentración impositiva en manos de la Federación, en menoscabo de la potestad tributaria de las entidades federativas, lo que ha provocado la centralización de la potestad tributaria, al no considerar alcances y límites al ejercicio esta facultad, reforzada por los llamados “convenios de coordinación fiscal”, cuya base constitucional mediante participaciones está prevista en la fracción XXIX del mismo artículo y que ha inhibido el federalismo fiscal, generando un claro predominio del gobierno federal sobre las entidades federativas.³⁰⁸

Si bien en su génesis, la idea de coordinación fiscal en un Estado federal, tiene como justificación lógica evitar las discrepancias que se pueden generar ante la disparidad en los ingresos y los gastos públicos, motivadas por la disparidad de la actividad y la capacidad económica entre entidades federativas, también ha servido para obligarlas a no imponer contribuciones o gravar actividades que les están reservadas constitucionalmente.

Esta forma de entender la coordinación fiscal puede desprenderse de la interpretación que ha hecho la Suprema Corte de estas disposiciones, en el sentido de que el Congreso tiene la potestad para crear todos los impuestos que sean necesarios para financiar el presupuesto, incluso aquellos reservados a las entidades federativas³⁰⁹.

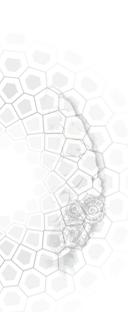
Desde otra perspectiva, la potestad tributaria es matizada por lo que establece el artículo 74, fracción IV, que faculta en forma exclusiva a la Cámara de Diputados para examinar, discutir y aprobar anualmente el presupuesto de egresos. Esta atribución tampoco ha estado exenta de polémica, si se considera que la aprobación presupuestal es un acto en el que la concurrencia y la colaboración de las cámaras es la regla general en la perspectiva comparada.³¹⁰



³⁰⁸Véase Gamas Torruco, José, “Federalismo Fiscal” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución*, op. cit., p. 166 y ss.

³⁰⁹Ver Serna de la Garza, José Ma. “Los aspectos constitucionales de una posible reforma del federalismo fiscal mexicano”, op. cit., p.102 y ss.

³¹⁰Ver Remolina Roqueñi, Felipe “La adopción de los presupuestos públicos en el esquema constitucional mexicano” en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución*, op. cit., pp. 197-212.



La facultad exclusiva de la Cámara de Diputados se justificó en México históricamente con los argumentos de que a sus miembros les correspondía una mayor vinculación y representación popular, pues el Senado sólo tenía una representación territorial y sus miembros se elegían por una representación indirecta. En la actualidad no se justifica la exclusión del Senado porque su integración ya no responde a un modelo de representación territorial o indirecta.

Otras disposiciones constitucionales importantes en materia tributaria son: el artículo 115, fracción IV, que establece las facultades de las entidades federativas para determinar contribuciones e ingresos específicamente municipales, el artículo 117 que impone restricciones expresas a la potestad tributaria de los estados y que garantiza el principio de libre circulación en territorio nacional para personas y mercancías, así como los artículos 118 que les prohíbe establecer derechos de tonelaje, y 131, que regula la atribución exclusiva de la Federación para gravar aquellas mercancías que se importen o exporten o transiten por territorio nacional

Un tratamiento diferente corresponde al Distrito Federal asentado en la actual entidad federativa, denominada Ciudad de México, a la que el artículo 122 faculta para determinar su hacienda pública. Las facultades normativas se cierran con el artículo 124, que establece a diferencia del régimen federal, un régimen de distribución de competencia residual y rígida para las entidades federativas en materia tributaria, bajo el principio de que toda contribución o impuesto debe establecerse necesariamente en la Ley.

Ahora bien, el modelo de Estado social³¹¹ que ha permitido el entendimiento de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones financieras de carácter constitucional, en la actualidad también se encuentra



³¹¹Respecto del Estado Social han escrito una gran diversidad de autores entre los que destacan de manera enunciativa pero no limitativa, además de Benda, los siguientes: Díez Moreno, Fernando, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 161, y ss., Díaz, Elías “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, en Díaz Elías y Colomer José Luis, (Comps.), *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 88 y ss., García Pelayo Manuel, *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, España, Obras Completas, Volumen 3, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.



en crisis. El Estado social de Derecho a diferencia del formal, entra en crisis no por defecto, sino por exceso.³¹²

En efecto, ante el crecimiento de las funciones del Estado para cumplir con su papel de garante en la protección de los derechos sociales, el principio de legalidad se ve afectado por el crecimiento de los espacios de discrecionalidad de la administración pública y la ineficacia de sus medidas e intervenciones para garantizar las prestaciones inherentes a su cumplimiento.

Al respecto, Ferrajoli³¹³ ha establecido que la crisis del modelo de Estado de Derecho es más amplia que la crisis del modelo de Estado social de Derecho y que se expresa en la ineficacia de los controles, así como de las estructuras tradicionales por cuanto a que ya no responden adecuadamente a las funciones del *Welfare State*.

El papel del Poder Judicial en el control presupuestario

Al respecto consideramos que, entre la función legislativa y la actividad de la administración, se requiere una instancia que pueda gestionar su colaboración efectiva en el ejercicio de la función presupuestal. Este papel en nuestra opinión, corresponde al Poder Judicial.

Una de las razones que explican el papel y la expansión de funciones del Poder Judicial hacia la política,³¹⁴ en particular de los tribunales constitucionales, es el debilitamiento de las llamadas cuestiones políticas no justiciables. Las cuestiones políticas serían aquellas que están exentas del control judicial por la vía del análisis de su constitucionalidad.³¹⁵

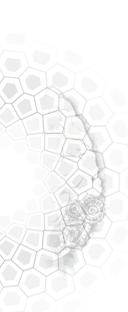


³¹²Marzal A. (ed.), *Crisis del Estado de Bienestar y Derecho Social*, España, Esade. Facultad de Derecho. J. M. Bosch. Editor, 1997, p. 78.

³¹³Ferrajoli, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho", Trad. A. GARCÍA FIGUEROA, en Carbonell, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trota 2003, p. 23 y ss.

³¹⁴Entre quienes se han referido a las nuevas funciones de los tribunales tenemos a MORELLI RICO Sandra, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001. Sagües Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el poder político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2005.

³¹⁵Ver Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, 2002, p. 174 y ss.



Los motivos para este fenómeno son diversos, entre ellos, puede considerarse el entendimiento de la Constitución como un conjunto de normas directamente aplicables y que condicionan al juzgador a elegir una opción valorativa, el creciente papel de los tribunales constitucionales en la garantía y protección de los derechos fundamentales,³¹⁶ entre otras.

Existen dos posiciones doctrinales que se han relacionado con la actividad del Poder Judicial respecto a las cuestiones que revisten un marcado interés político, como es el caso del control presupuestario entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

La primera postura es de auto restricción, pues el órgano judicial no estaría legitimado para realizar modificaciones a la labor realizada por los legisladores y, en el caso particular del presupuesto, esta función la puede realizar el Poder Ejecutivo, quien tiene el poder de iniciativa, fija los objetivos de la gestión pública y lleva a cabo su ejercicio.

La idea que subyace a esta postura es la de que la Constitución establece asuntos que son reservados, por su naturaleza, para su ejercicio por un determinado poder público y que son privativos de este. De esta forma, la única razón por la cual se excluirían del control judicial es por una clara atribución del asunto a una autoridad política en la propia Constitución.

La otra postura es la de quienes reivindican un mayor activismo del Poder Judicial, dada la crisis de la representación política,³¹⁷ en parte también por el fenómeno de la “parálisis legislativa”, derivada del desacuerdo inherente a los partidos políticos en un entorno de diversidad de opciones políticas.³¹⁸

Uno de los elementos que fortalece la idea de la intervención judicial, es la inconsistencia en considerar a las cuestiones políticas como cuestiones ajenas al debate judicial, si se reflexiona que incluso las leyes pueden ser objeto de revisión por parte de los Tribunales.



³¹⁶Prieto Sanchis, Luis *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, México, Ubijus, 2014.

³¹⁷Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997.

³¹⁸Respecto al papel de los jueces en el ámbito político Véase Vásquez, Rodolfo, (Comp.) *Corte, Jueces y política*, México, Fontamara, Nexos, 2007, Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, y Taruffo, Michelle, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica” en *Isonomia*, número 22, ITAM-Fontamara, México, 2005, pp. 9-18.



La exclusión del Poder Judicial respecto del presupuesto y su control parece tener una justificación razonable, si se considera que al tratarse de un instrumento económico primordial para perfilar la gestión y la acción de la administración pública, las afectaciones que se pueden generar por su inadecuado diseño y control no atañen sólo a determinadas personas físicas o jurídicas, como ocurre con un típico caso judicial, sino que atañen a una colectividad y, por tanto, revisten interés general para la sociedad.

En ese sentido, se argumenta que la actividad judicial puede afectar la capacidad de planeación del Estado, que su activismo en materia de control del presupuesto, políticas públicas y planeación económica para la protección de los derechos sociales, corresponde a la agenda democrática y que su activismo erosiona el grado de democracia en la sociedad.³¹⁹

Sin embargo, quizás la clave para delinear un papel para el Poder Judicial en la construcción del presupuesto y su control, consiste en adoptar una posición intermedia que tenga por objeto promover una colaboración adecuada entre poderes, en la que se tenga en cuenta las atribuciones constitucionales de cada uno de ellos.

Se parte del supuesto de que no deben existir asuntos, incluso de carácter político, reservados o privativos, que se excluyan de la revisión judicial. Sin embargo, en este supuesto, como refiere Sagües, cabe distinguir una serie de previsiones a considerar por parte de los jueces al momento de ejercer el control sobre cuestiones políticas.³²⁰

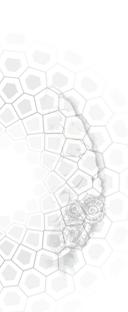
Este autor distingue entre aspectos formales de las cuestiones políticas, que en su opinión serían más fáciles de examinar, y las cuestiones materiales que implican un alto grado de discrecionalidad por parte de la autoridad política. En este último tipo de casos, refiere que la autoridad judicial debe considerar:

1. Que la autoridad puede controlar el acto, pero no emitirlo;



³¹⁹Bernal Pulido, Carlos *El derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p.241 y ss.

³²⁰Sagües Néstor, Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el poder político del poder judicial*, op. cit., p. 301 y ss.



2. Que debe respetar el margen de discrecionalidad que la Constitución otorga a la autoridad y sólo podrá descalificar el acto si este fue adoptado extra constitucionalmente;
3. Que los actos del Ejecutivo y del Congreso gozan de presunción de constitucionalidad;
4. Que debe realizar una interpretación previsor de la Constitución, contemplando las consecuencias de su decisión.

Además, el activismo judicial en materia de protección de derechos sociales tendría como finalidad principal dar vigencia al ordenamiento constitucional, al actuar en ámbitos en los que los otros poderes no actúan por omisión, imposibilidad o conveniencia política y de esta forma, contribuir al desarrollo de una interacción dialógica entre poderes en el ejercicio de sus funciones.

El control del presupuesto vs la protección de los derechos sociales

Una problemática vinculada al tema presupuestal es la relacionada con el control del presupuesto desde la perspectiva constitucional, por la vía de prohibir el déficit estructural o el endeudamiento público derivado de la recesión económica desde el establecimiento de una disposición constitucional que así lo establezca, y la implementación de la austeridad fiscal como receta para tratar sus efectos.³²¹

Este proceder, cuyo objetivo es lograr uno de los principios claves del derecho tributario, el equilibrio presupuestal, y que condiciona los objetivos y prioridades de la gestión pública, al priorizar el financiamiento de determinadas prestaciones y servicios públicos respecto de otros, ha sido sumamente confrontada por considerarse que constituye una vulneración ilegítima de los derechos socioeconómicos.



³²¹Respecto al establecimiento de este tipo de disposiciones véase Macho Míguez, Luis, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social” en *PAPELES de relaciones eco sociales y cambio global*, número 117, 2012, pp. 111- 119, y García Roca, Javier, *et al*, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional en endeudamiento*, Madrid, Civitas, Thomson-Reuters, 2013.



De esta forma, derechos como educación, salud o vivienda, se caracterizan porque la prestación del Estado en relación con su eficacia se realiza al margen del mercado, dada la exigencia de disponer de recursos públicos suficientes para su cumplimiento. No obstante, la necesidad de restringir el gasto público puede afectar de forma relevante la garantía de su realización.

Esta limitación puede justificarse temporalmente, por las consecuencias que genera una recesión económica, cuyo efecto sea la reducción de las fuentes de ingreso y de los recursos para garantizar su prestación. No obstante, en el caso de los derechos de carácter social y económico, tiene una mejor explicación en que su protección requiere la existencia de una estructura organizacional previa, que garantice su otorgamiento.

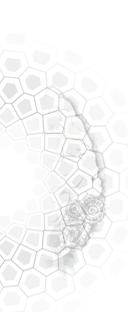
La creación de esta organización para el otorgamiento de prestaciones públicas relacionadas con su garantía, supone su previsión por parte del legislador y su realización por parte de la administración pública. Ahora bien, la idea de restringir el endeudamiento público y establecer medidas que garanticen la estabilidad financiera desde la Constitución, en mi opinión, no debe considerarse como una medida ilegítima o inconstitucional inobjetable.³²²

El argumento para sostener esta postura radica en que el objetivo de la estabilidad financiera descansa en un principio básico en materia presupuestaria: lograr el equilibrio entre ingresos y gastos. Quizá el problema no radica en conjugar control presupuestario y protección de derechos sociales, sino en consensar la función que a cada poder corresponde a la hora de deliberar las prioridades de política pública, que constituyen la estructura organizacional para la protección de derechos, en particular, de los derechos sociales.

Por política pública tradicionalmente se ha entendido aquellos programas en los que para su formulación se asigna un papel determinante



³²²Al respecto Gutiérrez *et al.* mantienen la posición de que no es recomendable que en la Constitución ningún tipo de limitación a los representantes en cuanto a las políticas y montos del gasto. Ver Gutiérrez, Gerónimo, Lujambio, Alonso, y VALADES, Diego, “El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder una perspectiva histórica y comparada”, *op. cit.*, p. 74.



al gobierno o a la administración. Sin embargo, en los últimos años esta concepción ha evolucionado en función de las transformaciones sociales, hacia una concepción que considere la pluralidad en la conformación de la agenda pública.

De esta forma, Labera Parada define las políticas públicas como cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado.³²³

En ese sentido, la conformación de la agenda pública y los temas que la integran, implican el diálogo y la deliberación democrática, identificar las necesidades que deben ser abordadas de manera preferente, hacer visibles de manera pública los intereses de las minorías, así como de los grupos más débiles y vulnerables de la sociedad.

Sin perjuicio de ello, la conformación de la agenda pública depende de factores que escapan del control político, como en el caso de la habilidad de ciertos grupos de interés para hacer prevalecer sus preferencias en detrimento de los demás, este puede ser el caso de las empresas transnacionales o los partidos políticos que imponen su agenda.

Ahora bien, como ha destacado Acuña, en la actualidad, la Constitución no sólo establece cómo se organizará el poder y la forma en la que deben tomar sus decisiones y que pueden o no pueden decidir; sino fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir.³²⁴

Por tanto, la Constitución dispone un marco de directrices hacia las cuales debe orientarse el diseño de las políticas públicas, como es prever la infraestructura necesaria para garantizar derechos sociales como salud, educación o vivienda, e impone temas que la agenda pública debe contemplar con carácter preferente, con independencia de las preferencias



³²³Labera Parada, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Chile, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 2002, p.13.

³²⁴Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional y Políticas Públicas Sociales*, México, Porrúa, 2012, p. 247 y ss.



políticas del gobierno en turno. Un ejemplo de estas directrices orientadas a fines constitucionales lo constituye el denominado capítulo económico de la Constitución.

Por este motivo, si bien el establecimiento de medidas constitucionales para el logro de la estabilidad financiera, que implican por su naturaleza una restricción o control del presupuesto, tiene el efecto potencial de incidir en el gasto público destinado a la garantía de los derechos sociales, esta circunstancia no implica su ilegitimidad o inconstitucionalidad *per se*, sino solo que deben ser ponderadas cuidadosamente en cada caso por el órgano judicial, quien deberá determinar si la restricción es irrazonable o si su implementación se realiza de forma discriminatoria a la luz de los fines constitucionales.

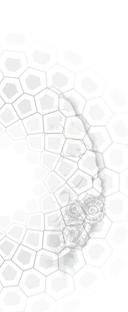
En esta función, más allá de hablar de una confrontación entre poderes en el ejercicio de sus funciones constitucionales o de primar la función judicial respecto a la política o pretender negar la función que, para la conformación de la agenda pública tienen los legisladores o la administración pública, la idea que subyace es la de una mejor interacción y colaboración dialógica entre las instancias de poder, hacia el buen gobierno constitucional.

Una interacción dialógica hacia el buen gobierno constitucional

La idea de un diálogo entre poderes públicos tiene una sólida aceptación desde la perspectiva de generar acuerdos que eviten imposiciones desde el ámbito político, así como las objeciones a la legitimidad democrática de la revisión judicial.

Una de dichas objeciones considera que al ser tribunales constitucionales los que realizan esta labor, de imponer en última instancia su criterio, se corre el riesgo de afectar el principio básico de la democracia, de tener en cuenta a la mayoría en la función normativa.

No obstante, nuestra concepción de una interacción dialógica hacia el buen gobierno, está más ligada a una interacción dialógica en principio



entre poderes públicos, que a un diálogo inclusivo en el que las decisiones resulten de procesos de discusión en los que intervengan en posición de igualdad todos los potenciales afectados.

Este posicionamiento no implica que no se consideren valiosas las prácticas de diálogo con la sociedad, impulsadas por tribunales de última instancia en asuntos que involucran problemas de gran importancia, como es el caso de las audiencias públicas en las que se abre la participación no solo a las partes involucradas, sino también a diversos representantes de la sociedad civil.

Si bien se coincide con Gargarella,³²⁵ en que un constitucionalismo dialógico debe llevarnos a promover una organización institucional diferente, ello no implica que las estructuras institucionales con las que se cuenta en la actualidad, no puedan estar al servicio del intercambio de razones.

Del mismo modo, pese a que una discusión entre todos los potenciales involucrados abre la posibilidad de que se obtenga información valiosa, y considerar las posibles afectaciones sobre otros, derivadas de nuestras posiciones y propuestas, tales beneficios también pueden obtenerse si los poderes públicos interactúan teniendo en cuenta una mejor comprensión de la importancia de su colaboración dialógica en la función presupuestal.

Si bien es atractiva la idea de un sistema institucional dialógico que reemplace el tradicional sistema de frenos y contrapesos, basado en la desconfianza política y el autointerés o egoísmo institucional, para preservar el poder y alcanzar objetivos satisfactorios para el interés general, la realidad obliga a considerar que en la toma de decisiones públicas lo que prevalece no es el diálogo entre iguales, sino el ejercicio de poderes discrecionales de la administración y de legisladores desvinculados de la sociedad, así como espacios legislativos poco deliberativos.

Reconocer esta circunstancia tampoco significa que la interacción dialógica no pueda establecerse en un sistema de frenos y contrapesos,



³²⁵Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos" en Gargarella, R. *Por una justicia dialógica*, Argentina, siglo veintiuno editores, 2015. pp. 129-158.



o que implique ausencia en la construcción de argumentos que permitan brindar soluciones razonables dentro de los fines constitucionales.³²⁶

Al respecto, la posición que se defiende es la de un modelo intermedio que tenga en cuenta los problemas que se presentan en un sistema de frenos y contrapesos, por ejemplo: reconocer la crisis de la representación política o bien que el modelo en principio se plantea como objetivos organizar y contener el conflicto social.

Es importante precisar que, la justificación de este modelo intermedio de interacción dialógica entre poderes hacia el buen gobierno en la función presupuestal, no tiene como principal finalidad asegurar la mejor expresión de la voluntad popular, siempre volátil, cambiante e indeterminada.

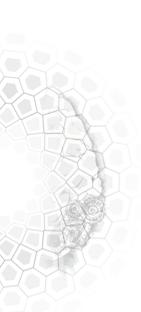
Más bien, tiene como objetivo hacer visible el papel del Poder Judicial como promotor y mediador de la colaboración y la interacción dialógica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en la función presupuestal, como instrumento cardinal de financiación para la garantía de los derechos sociales.

Del mismo modo, que la expansión de la revisión judicial que se defiende, no tiene por objeto constituirse o imponer en última instancia, la decisión sobre cuestiones políticas complejas, como es el caso del control presupuestario, sino examinar y evaluar la coherencia de las políticas públicas adoptadas con los fines previstos en la Constitución y, en su caso, respetar el margen de discrecionalidad que el marco constitucional les reconoce, para ejercer una función de control, no de reemplazo o sustitución de la autoridad política.

Finalmente, las interacciones dialógicas entre la justicia y la política permiten orientar el debate entre poderes públicos, hacia la mejora en la conformación del presupuesto público, su control y ejercicio, así como analizar las políticas públicas que garanticen derechos sociales, hacia el buen gobierno constitucional.



³²⁶Ver Friedman, Barry, "Dialogue and Judicial Review", *Michigan Law Review*, Vol. 91, 1993, pp. 577-682.



Conclusiones

Las relaciones entre presupuesto público y protección de derechos sociales en el marco constitucional mexicano, no deben considerarse sólo desde la perspectiva de la potencial confrontación entre bienes constitucionales en juego, sino considerando un modelo constitucional de frenos y contrapesos que, ante la compleja construcción del control presupuestario, garantice que el Estado cumpla su función constitucional de protección y cumplimiento de los derechos sociales.

La clave para delinear un papel para el Poder Judicial en la construcción del presupuesto y su control, consiste en adoptar una posición intermedia que tenga por objeto promover una colaboración adecuada entre poderes, en la que se tenga en cuenta las atribuciones constitucionales de cada uno de ellos.

La justificación de este modelo intermedio tiene como objetivo hacer visible el papel del Poder Judicial como promotor y mediador de la colaboración y la interacción dialógica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

Más allá de hablar de una confrontación entre poderes en el ejercicio de sus funciones constitucionales o de primar la función judicial respecto a la política, o pretender negar la función que para la conformación de la agenda pública tienen los legisladores o la administración pública, la idea que subyace es la de una mejor interacción y colaboración dialógica entre las instancias de poder, hacia el buen gobierno constitucional.



Referencias

Bibliográficas

- Acuña, Juan Manuel, *Justicia Constitucional y Políticas Públicas Sociales*, México, Porrúa, 2012.
- Benda, Ernesto, “El Estado social de Derecho”, en BENDA, Ernst, et. al., *Manual de Derecho Constitucional*, Trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- Bernal Pulido, Carlos *El derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Bockenforde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y Democracia*, Madrid, Trota, 2000.
- Díaz, Elías “Estado de Derecho y Legitimidad Democrática”, en DÍAZ Elías y COLOMER José Luis, (Comps.), *Estado, Justicia y Derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Diez Moreno, Fernando, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, Trad. A. García Figueroa, en Carbonell, Miguel (Ed.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trota 2003.
- Gamas Torruco, José, “Federalismo Fiscal” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJ UNAM, 2001.
- García Pelayo Manuel, *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*, España, Obras Completas, Volumen 3, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.



García Roca, Javier *et al*, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional en endeudamiento*, Madrid, Civitas, Thomson-Reuters, 2013.

Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997.

_____, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos” *Por una justicia dialógica*, Argentina, siglo veintiuno editores, 2015.

González Oropeza, Manuel “La asimetría fiscal en el sistema federal mexicano” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJ UNAM, 2001.

Gutiérrez, Gerónimo, LUJAMBIO, Alonso, y VALADES, Diego, “El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder una perspectiva histórica y comparada” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJ UNAM, 2001.

Haro, Ricardo, *Constitución, poder y control*, México, UNAM, 2002.

Labera Parada, Eugenio, *Introducción a las políticas públicas*, Chile, Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Marzal Antonio. (ed.), *Crisis del Estado de Bienestar y Derecho Social*, España, Esade. Facultad de Derecho. J. M. Bosch. Editor, 1997.

Morelli Rico Sandra, *La Corte Constitucional. Un papel institucional por definir*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

Paoli Bolio, Francisco José, “La Constitución y el presupuesto” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, IJ UNAM, 2001.

Prieto Sanchis, Luis *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, México, Ubijus, 2014.



Remolina Roqueñi, Felipe “La adopción de los presupuestos públicos en el esquema constitucional mexicano” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, III UNAM, 2001.

Sagües Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el poder político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina, 2005.

Serna de la Garza, José Ma. “Los aspectos constitucionales de una posible reforma del federalismo fiscal mexicano” *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, III UNAM, 2001.

Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Economía y Constitución*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, III UNAM, 2001.

Vásquez, Rodolfo, (Comp.) *Corte, Jueces y política*, México, Fontamara, Nexos, 2007.

Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003.

Hemerográficas

Friedman, Barry, “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 91, 1993, pp. 577-682.

Macho Miguez, Luis, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social” en *PAPELES de relaciones eco sociales y cambio global*, número 117, 2012, pp. 111- 119.

Taruffo, Michelle, “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica” en *Isonomia*, número 22, ITAM Fontamara, México, 2005. pp. 9-18.



BUEN GOBIERNO Y DERECHOS DE AUTOR

Miriela Sosa González³²⁷

Introducción

La ineficiencia e ineficacia en la actuación de los gobiernos y las administraciones públicas es quizás tan antigua como la propia existencia del Estado. La negligencia, la burocracia, la desorganización, el descontrol, la falta de interés en la ciudadanía y aún la corrupción misma, entre otros muchos males que afloran en la conducta de los Estados, no constituyen males nuevos que atentan contra la sociedad, sino que siempre han estado presentes de una u otra forma y en diversas etapas y países a lo largo de la historia. La existencia de una mala administración pública no debe sorprender en tanto se trata de un viejo enemigo de la democracia y el Estado de derecho. Más bien lo novedoso deben ser las estrategias que se diseñen para cambiar esta situación y combatir la corrupción gubernamental.



³²⁷Maestra en Derecho y Especialista en Asesoría Jurídica, y Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Actualmente, candidata a Doctora en Derecho y Globalización de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Correo electrónico: miriela.sosag@uaem.edu.mx.



Aun tratándose de una situación harto conocida por la ciudadanía, no se puede dejar de advertir que actualmente en muchos países ha adquirido tintes más oscuros, tornándose más grave la ineficacia del actuar estatal y de gobierno por la impunidad que acompaña a muchos de los actos de corrupción en la administración pública.

Por otra parte, existen también factores externos que influyen decisivamente en el desenvolvimiento de la actividad pública de los gobiernos. Como apunta Castro³²⁸, la rápida sucesión e interrelación de fenómenos como el proceso de globalización y la emergencia de la sociedad de la información y el conocimiento, están conduciendo al establecimiento de nuevas formas de intervención gubernamental y al cambio de la concepción de la relación entre el Estado y los ciudadanos, los agentes económicos y las organizaciones. Estos fenómenos no son indiferentes para la administración pública contemporánea que ha experimentado una serie de transformaciones que han modificado su estructura, competencias y funciones.

Por ello ante la profunda crisis de valores que han venido sufriendo la democracia y el Estado de Derecho en muchos Estados nacionales en diversas latitudes, se han diseñado estrategias innovadoras que propendan a una gestión pública de calidad. Una de estas estrategias es precisamente el buen gobierno o también llamada buena gobernanza que emerge como una fórmula de reinvención del gobierno, que se traduce en el logro de una administración pública eficaz y eficiente que tenga como centro al ciudadano. De hecho, en algunas legislaciones nacionales y supranacionales se ha llegado a consagrar como un derecho al buen gobierno. Dentro de esta fórmula se insertan, entre otros elementos de acción, la transparencia de la actividad pública y el derecho de acceso a la información pública como algunos de los aspectos esenciales de la participación ciudadana en la gestión gubernamental. Existiendo no



³²⁸Castro, Alberto, *Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú*, Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 17.



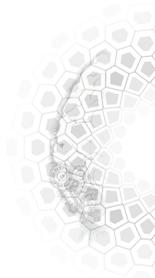
pocos países que han incorporado la regulación de estas acciones en sus normativas nacionales como pretensión de un ejercicio político eficiente.

Sin embargo, la aplicación de la transparencia de la actividad pública y el derecho de acceso a la información pasan por el tamiz de ciertas limitaciones que se derivan, entre otras causas, de la sujeción a la protección de derechos de autor de determinados contenidos que se pongan a disposición de los ciudadanos. Por ello, debe tenerse en cuenta una posible colisión entre ambos derechos si no se aborda el análisis desde la legislación específica en materia de derecho de autor.

En el presente trabajo se estudian las implicaciones que estas acciones del buen gobierno pueden tener en los derechos autorales de algunos tipos de obras intelectuales que sean creadas en el ámbito gubernamental y público; así como la relación armónica que debe coexistir entre ambos elementos. Para lo cual se desarrollará un estudio teórico principalmente desde el enfoque del derecho de autor pero sin dejar de considerar determinados aspectos esenciales del derecho administrativo. Por lo que justamente se inicia con un breve análisis de los presupuestos del buen gobierno en sentido general, para luego continuar con los elementos de acción de la transparencia de la actividad pública y el derecho de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía. Para luego arribar al examen de la propiedad intelectual y específicamente de los derechos autorales como limitación al derecho de acceso a la información pública, procurando analizar las fórmulas más convenientes para una armonización legislativa entre ambas situaciones jurídicas. Poniendo punto final con algunas reflexiones que aporten al tema en cuestión.

Presupuestos del buen gobierno

Como se expresaba anteriormente, las acciones negativas que pueden englobarse en una mala administración o un mal gobierno, constituyen a la vez viejos problemas para los cuales es menester buscar nuevas soluciones, entre las cuales emerge de forma predominante la aspiración al buen gobierno.



No obstante, surge la interrogante de por qué un buen gobierno. Acaso no debería sobrentenderse que todo gobierno social y democrático como se proclaman los de muchas naciones hoy en día, deba funcionar correctamente y con calidad. Acaso los ciudadanos cuando ejercen su derecho al voto en elecciones no están aspirando a que el nuevo gobierno que conforme el candidato electo actúe de forma ética, justa y en pro de los intereses de la ciudadanía. Más en la práctica muchas veces esto no sucede en la forma esperada. Es por ello que el buen gobierno sería, por así decirlo, el paradigma a alcanzar con el cual un Estado logre una gestión eficiente, eficaz, transparente, sumando siempre la participación activa de los ciudadanos. Y al mismo tiempo se entiende como un valor fundamental o un principio de raigambre constitucional fundado en los valores que inspiran el Estado democrático de derecho³²⁹, como un enfoque o un método de regulación vinculado estrechamente al concepto de gobernanza²³⁰.

Al respecto refiere Galán Juárez³³¹ que el buen gobierno significa un gobierno de acuerdo con las reglas de la ética pública. También significa que los servicios públicos sean eficaces, eficientes y que se sometan al derecho y que tengan en cuenta al ciudadano como centro de su actividad y que sirvan a los intereses generales.

También hay autores que han planteado que el buen gobierno actúa como un estímulo, un incentivo frente a la inercia en la que suele envolverse el Estado. Así Boza Dibos³³² señala que la naturaleza monopólica del Estado, es decir, el hecho de que los ciudadanos tengan que recurrir al Estado cuando requieren cierto tipo de bienes y/o de servicios, hace muchas veces que la administración estatal carezca de los incentivos necesarios para que

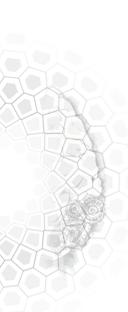


³²⁹G.H. Addink, *Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law*, en Deirdre M. Curtin and Ramses A. Wessel (Eds). *Good governance and the European Union. Reflections on concepts, institutions and substance*. Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2005, p. 33 y ss.

³³⁰Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 27 y ss.

³³¹Galán Juárez, Mercedes, *Formas del Estado de derecho y delimitación del derecho al buen gobierno*, ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura, num. 745, septiembre-octubre 2010, p. 903.

³³²Boza Dibos, Beatriz, *Buenas prácticas en Gestión Pública: Sistemas de gestión interna*, PAD, Escuela de Dirección, Universidad de Piura, Perú, 2011, p. 17, disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/566831468074041069/text/813080PUB0SPAN00Box379835B00PUBLIC0.txt>, consultada el 10 de octubre de 2016.



sea ella misma la que mejore la calidad de su actuación. En esencia, el buen gobierno aporta un elemento cualitativo a la acción del Estado, al calificar como tal aquel que tiene como centro de gravedad en la persona humana, su dignidad y sus derechos³³³.

Considerando la importancia de la relación entre el Estado y los ciudadanos como sociedad civil organizada, se comprende que uno de los presupuestos del buen gobierno sea el propio ciudadano en su interacción con el gobierno, pero no ya como sujeto pasivo sino con una voz y una acción que se haga sentir. Y siendo la ciudadanía el núcleo del buen gobierno se ha llegado a establecer como un derecho fundamental reconocido. Y así lo regula la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, en su artículo 41³³⁴ como el derecho a una buena administración, que incluye a su vez, varios derechos específicos. Esta resulta ser una propuesta novedosa. Se ha introducido aquí un nuevo derecho fundamental y al decir de Tornos³³⁵ su novedad radica en el hecho de que logra integrar bajo un nuevo concepto un conjunto de subderechos ya existentes. Además, como principio rector comporta la imposición a los poderes públicos de una conducta tendente a hacer realidad el contenido del principio. Como mandato se dirige al legislador y al resto de poderes públicos.



³³³*Ibidem.*, p. 910.

³³⁴Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

³³⁵Tornos, J., *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007, pp.14, 15, 39 y ss., disponible en: http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.



Son varios los elementos que conforman la estrategia de un buen gobierno, y como precisamente la interacción entre ciudadanía y Estado resulta primordial, la transparencia de la actividad pública y el derecho de acceso a la información pública se revelan como presupuestos de una buena administración, los que serán tratados como más detenimiento en el epígrafe posterior.

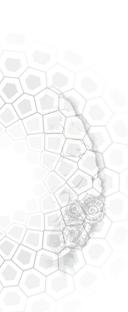
No obstante, existen otros elementos de gran valía para el logro de una administración eficiente, como el establecimiento de la rendición de cuentas de los directivos y funcionarios públicos sobre los resultados de su gestión, lo que contribuye al control de su función y fomenta la responsabilidad por los actos cometidos. La codificación de las exigencias éticas de los empleados públicos y las relativas a la función de gobierno, aplicables en este último caso a representantes electos y personal directivo³³⁶, entre otros muchos que se están implementando actualmente.

Transparencia de la actividad pública y derecho de acceso a la información pública

La transparencia de una buena administración, consiste en mantener la publicidad de la información de los actos que llevan a cabo todas las instancias de gobierno, e incluso de aquellas personas naturales y jurídicas que, sin formar parte del gobierno, tenga parte en determinados actos de carácter público como en los casos de adjudicatarios de contratos del sector público. Se trata de una publicidad activa en el sentido de la obligación que tienen los sujetos requeridos de suministrar la información de forma clara y de mantenerla actualizada.



³³⁶Díaz Muiña, M. y Murillo García-Atance, I., *La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración*, Revista Aragonesa de Administración Pública, Núm. 32, 2008, pp. 151 y ss, disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%C3%A9s%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_32/05%20Mui%C3%B1a.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.



Obviamente la transparencia de la actividad pública está estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la información pública, dado que precisamente la obligación de los sujetos relacionados con la gestión pública, de suministrar la información es presupuesto necesario para que los ciudadanos puedan ejercer el derecho de acceder a esa información.

Como refiere Ponce Solé³³⁷ la transparencia es un elemento preciso para lograr la aceptación y en consecuencia la eficacia, otro principio constitucional de buena administración. La adecuada información a los ciudadanos, su participación, la toma en consideración de sus aportaciones y la exteriorización de las razones que conducen a elegir una alternativa en vez de otra, contribuyen a que la decisión sea transparente, resultado de la buena administración y aceptada.

De alguna forma, la puesta en práctica de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, constituyen también nuevos modos de revitalizar las relaciones entre el Estado y la ciudadanía, nuevas formas de reinterpretar el papel de contrapeso que deberían desarrollar los ciudadanos frente al poder ilimitado del Estado. Y claro, también contribuyen a la protección de los derechos humanos, en el entendido de que la transparencia en la formulación y la aplicación de políticas públicas, da a los ciudadanos los medios necesarios para acceder a los servicios sociales y exigir la protección de sus derechos³³⁸.

En este sentido, ambos elementos han sido refrendados en normas jurídicas en no pocos países, como es el caso de España con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; y de México con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 21 de abril de 2016 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016.



³³⁷Ponce Solé, Juli, *La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)*, Anuario del Gobierno Local Barcelona, mayo 2013, pp. 106 y 107, disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1, consultada el 10 de octubre de 2016.

³³⁸Cfr. *Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos*, publicación de la Organización de Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2008, p. 6, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.

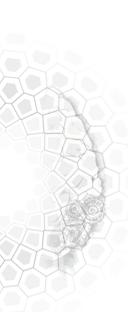


La propiedad intelectual como limitación al derecho de acceso a la información pública. Necesidad de una armonía legislativa

Es cierto que en general, la mayoría de los contenidos que se generan como resultado de la labor de la administración pública, no se consideran como creaciones intelectuales que ameriten una protección por el derecho de autor. Sin embargo, ello no es óbice para que no existan determinados contenidos que por sus características específicas puedan tratarse efectivamente de obras protegidas. Este sería el caso de obras literarias de contenido e interés gubernamental que se publiquen como apoyo de determinadas políticas públicas; los softwares diseñados para uso gubernamental; obras audiovisuales que igualmente hayan sido creadas para apoyar la labor de la administración pública; fotografías e incluso obras musicales utilizadas con fines gubernamentales, citando algunos ejemplos.

Precisamente considerando la posibilidad de interferir con derechos autorales que puedan existir sobre algún contenido de los que se publican libremente a la ciudadanía, es que las normas especiales en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública, deben incluir limitaciones a este derecho con enumeración de las causales que pueden darse. Como regula el legislador español en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en el artículo 14, 1, j) al establecer que el derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información, suponga un perjuicio para el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.

Ahora bien, para lograr una comprensión de las implicaciones que estos elementos del buen gobierno pueden tener en la libre publicación y acceso de contenidos que estén protegidos, se deben analizar varios aspectos desde la óptica del derecho de autor. En primer lugar y como cuestión crucial para el derecho de autor, estaría el tema de cómo van a utilizar los ciudadanos la información pública puesta a su disposición. En principio, se considera que lo primero es acceder a la misma para su consulta, lo que se haría accediendo directamente a la página *web* o sede electrónica oficial, pero también podría copiarse o reproducirse, ya sea en formato impreso o digital.



Tanto el acceso a la visualización de las obras, como la reproducción de determinadas copias en diverso formato para uso personal o incluso de las propias organizaciones de la sociedad civil con fines educativos, investigativos y otros de similar índole, y siempre para usos honrados, está permitido en la mayoría de las legislaciones nacionales. Ello en virtud de lo regulado en los artículos 10 y 10 bis³³⁹ del Convenio para la protección de las obras literarias y artísticas (Convenio de Berna), de 9 de septiembre de 1886, que se refieren a la libre utilización de obras en algunos casos, siempre que la utilización sea conforme a los usos honrados, y que se mencionen la fuente y el nombre del autor.

En este sentido, citar al autor debidamente y con todos los pormenores de la obra en cuestión, alude al respeto del derecho de paternidad como prerrogativa fundamental dentro de los derechos morales que ostenta el autor. Pero también será necesario facilitar la información sobre la gestión de derechos, cumpliendo con lo establecido en el artículo 12 del Tratado sobre Derecho de Autor, adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el 20 de diciembre de 1996, referido



³³⁹Artículo 10

[Libre utilización de obras en algunos casos: 1. Citas; 2. Ilustración de la enseñanza; 3. Mención de la fuente y del autor]

- 1) Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.
- 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.
- 3) Las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.

Artículo 10 bis

[Otras posibilidades de libre utilización de obras: 1. De algunos artículos y obras radiodifundidas; 2. De obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad]

- 1) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión por hilo al público de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la expresada transmisión no se hayan reservado expresamente. Sin embargo habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección.
- 2) Queda igualmente reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer las condiciones en que, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía o de la cinematografía, o por radiodifusión o transmisión por hilo al público, puedan ser reproducidas y hechas accesibles al público, en la medida justificada por el fin de la información, las obras literarias o artísticas que hayan de ser vistas u oídas en el curso del acontecimiento.



a la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.

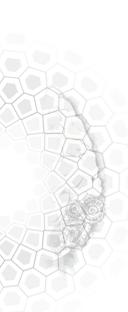
Y precisamente, lo más importante con relación al uso de las obras protegidas incluidas en la información pública, es que se realice sin ánimos de lucro o sea sin fines comerciales, ya que en dicho supuesto se estarían infringiendo los derechos de explotación sobre la obra y, por tanto, provocando perjuicios económicos al autor o titular de tales derechos.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los contenidos que estén protegidos por el derecho de autor, y que se ponen a disposición de los ciudadanos, han sido elaborados por personas naturales que trabajan efectivamente para la administración pública o sea se trata de trabajadores del sector público gubernamental. Por lo tanto, se está hablando aquí de obras que son creadas en el marco del empleo, muchas veces por mandato de los empleadores públicos. Por lo general, en los países de tradición latina o continental de derecho de autor, las facultades morales siempre estarán en poder del autor persona natural, mientras que la titularidad de las patrimoniales o de explotación podrá adoptar diferente tratamiento de acuerdo a cada fórmula legislativa nacional.

Al respecto, expone Altés Tárrega³⁴⁰ que en los ordenamientos jurídicos de los países de tradición jurídica latina, los derechos pertenecen originariamente al autor, independientemente de que la actividad creadora se lleve a cabo de forma autónoma o se enmarque en un contrato de trabajo o arrendamiento de servicios. Se aparta esta regulación de la típica de los países anglosajones que, bajo el influjo de la normativa del *copyright*, atribuyen la titularidad de los derechos de autor que se generan en el marco de un contrato de trabajo al empresario. De esta manera, la doctrina ha



³⁴⁰ Altés Tárrega, Juan Antonio, *La actividad universitaria y la propiedad intelectual: viejos y nuevos problemas*, Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2015, p. 16.



resuelto que la tesis de la ajenidad en los frutos no resulta aplicable de forma directa a esta relación laboral, ya que los derechos de autor, como frutos del trabajo, no pertenecen *ab origine* al empresario.

Así las cosas, los empleadores públicos podrán o no disponer libremente de la obra creada en cuanto a los derechos patrimoniales que se deriven de la misma, de acuerdo a como haya sido previsto por el legislador nacional, o sea que podrían pertenecerle enteramente; de forma parcial entre empleador y empleado; o incluso sólo encontrarse en cabeza del empleado como autor. Pero lo que sí está claro y en ello coinciden todas las normativas autorales de tradición jurídica latina, es que los derechos morales siempre serán ostentados por el autor y en virtud de ello deben ser respetados.

También puede darse el caso de obras protegidas puestas a disposición de los ciudadanos como parte de la información pública, pero que no hayan sido creadas por empleados públicos sino que se trate de obras existentes que hayan sido contratadas a terceros para utilizarse como apoyo de políticas públicas u otras acciones que desarrollen las instancias gubernamentales. En estos casos con más razón deben ser cuidadosas las administraciones públicas a la hora de facilitar el acceso de dichas obras al público, en cuanto a la utilización de la obra de acuerdo a los derechos patrimoniales que le hayan licenciados por el autor, además del debido respeto de los derechos morales.

En tercer lugar, debe comprenderse que la protección autoral viene dada por el formato en que se expresan y que es susceptible de reproducirse, por lo tanto todas las obras incluidas en la información pública accesible a los ciudadanos, no se protegen por su contenido en específico sino por la forma en que se expresan. Como señala Rodrigo Bercovitz³⁴¹, constituye un principio indiscutible en la doctrina, y expresamente reconocido en normas internacionales, así como en las leyes de algunos países, que el derecho de autor no protege las ideas, ni la información, sino únicamente su expresión formal cuando la misma constituye una creación original.



³⁴¹Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, *La protección de la investigación*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, Núm. 20, 2005, en [http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f\[0\]=field_revista%3A149](http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f[0]=field_revista%3A149), consultada el 10 de octubre de 2016.



Un último aspecto a considerar, sin el afán de agotar este análisis, dado que sobre las particularidades de las obras intelectuales creadas y utilizadas en el ámbito de la administración pública aún queda mucho por investigar, sería el hecho de que también existen normativas nacionales de derecho de autor que alegan como limitaciones a los derechos de autor, la causa de utilidad pública o incluso un interés superior de los derechos de la colectividad sobre los derechos individuales.

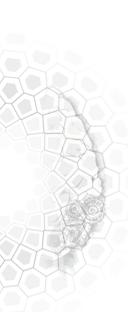
Este sería el caso de México que en su Ley Federal de Derecho de Autor de 24 de diciembre de 1996, última reforma del 13 de enero de 2016, artículo 147, establece la utilidad pública en cuanto a la publicación y traducción de obras literarias y artísticas necesarias para el adelanto de la ciencia, la cultura y la educación, con el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales y previa compensación económica. Y también el caso de la Ley No. 14 sobre Derecho de Autor, de 28 de diciembre de 1977, de Cuba, donde en su artículo 3 se subordina la protección del derecho de autor al interés superior que impone la necesidad social de la amplia difusión de la ciencia, la técnica, la educación y la cultura; y que el ejercicio de los derechos autorales no puede afectar intereses sociales y culturales.

Se aprecia en ambos casos que el legislador, está echando mano a fórmulas que permitan obligar de alguna forma al autor a autorizar la utilización de su obra, en un supuesto de interés general de la sociedad. Y aunque en principio se establece como causal principal la necesidad de difusión con fines educativos, culturales y científicos, también podría argüirse en el caso del acceso a las obras insertadas en la información de la administración pública.

Es cierto que el derecho de autor es esencialmente un derecho de propiedad³⁴² y a la vez individualista, donde el autor –persona física-, es



³⁴²Esta posición se basa en la teoría del derecho de propiedad para explicar la naturaleza jurídica del derecho de autor, así siguiendo a Cabedo Serna, el derecho de autor es, como el derecho de propiedad, un derecho natural e innato al hombre cuyo reconocimiento jurídico-positivo se justifica por representar la recompensa por el trabajo y esfuerzo personales y por ser justo que el autor obtenga para sí los frutos de tal esfuerzo. Cfr. Cabedo Serna, Llanos, *El derecho de remuneración del autor*, Ed. Dykinson, España, 2011, p. 124



el “centro de gravedad” en el esquema de protección³⁴³. Por ello, también es comprensible que sean necesarias las limitaciones y excepciones a su ejercicio sobre todo en favor de derechos que atañen a la colectividad como el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, ello no significa que puedan emplearse libremente las obras que sean difundidas como parte de la información pública para fines comerciales, en detrimento de los beneficios económicos de sus autores y/o titulares. Así tampoco utilizar la obra en menoscabo de su integridad y sin citar al autor, lo cual se traduciría en violación de los derechos morales.

De ahí la necesidad de lograr una coexistencia armónica entre el derecho de acceso a la información pública y los derechos de autor, para lo cual el legislador nacional debe tener en cuenta las condiciones específicas de utilización de las obras, establecidas en la normativa especial sobre propiedad intelectual, a la hora de regular los términos en los que la ciudadanía podrá acceder a la información pública.

Por consiguiente, se considera que no basta con enunciar la sujeción de determinados contenidos a derechos de propiedad intelectual, como una de las causales de limitación del derecho de acceso a la información pública; deben establecerse supuestos más específicos y también cuál sería el procedimiento a seguir en tales casos. Por otra parte, deben regularse de forma concreta las acciones que no se podrán realizar con la información pública a la que se acceda, como por ejemplo, en cuanto a los fines para los que podrán emplearse y el respeto de citar las fuentes de los autores. Otra acción debe ir dirigida a la revisión de la normativa en materia de derecho de autor para que ambas normas estén en consonancia.



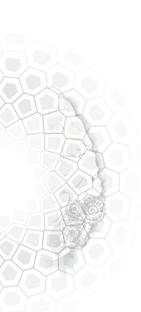
³⁴³Antequera Parilli, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2001, p. 79.



Algunas reflexiones finales

Para poner punto final a este breve estudio, que apenas pretende esbozar algunas cuestiones teóricas en torno a la coexistencia entre los derechos de autor de ciertas obras, que están insertadas en la información pública y el derecho de acceso a esta información, se exponen algunas reflexiones que acaso coadyuven en la comprensión de este tema.

1. Es ciertamente necesaria la implementación de nuevas estrategias que contribuyan a la reinención de las actuaciones del gobierno y la administración pública, como el buen gobierno y donde se integran elementos de acción como la transparencia de la actividad pública; el derecho de acceso a la información pública; la rendición de cuentas de los directivos y funcionarios públicos; los códigos o normas de ética para los trabajadores de las instancias de gobierno; los controles internos y externos de la función pública, entre otros muchos.
2. En efecto, el centro de las actuaciones del Estado debe ser el ciudadano y el respeto por sus intereses, garantizando el cumplimiento de los derechos humanos. Por ello, se considera que la transparencia de la actividad pública y el ejercicio organizado del derecho de acceso a la información pública, contribuyen a fomentar la participación activa de la ciudadanía en su relación con el Estado.
3. El ejercicio del derecho de acceso a la información pública, debe practicarse en concordancia y con respeto de los derechos de autor derivados de obras protegidas, que estén incluidas en la información de la administración pública.
4. Las normativas locales en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública, como elementos del buen gobierno, deben elaborarse en consonancia con las regulaciones especiales en materia de derecho de autor, de forma tal que se prevean los supuestos posibles de utilización de las obras, así como las condiciones específicas en las que podrá accederse.



Referencias

Bibliográficas

- Altés Tárrega, Juan Antonio, “La actividad universitaria y la propiedad intelectual: viejos y nuevos problemas”, Investigación, docencia universitaria y derechos de propiedad intelectual, Ed. Tirant lo Blanch, España, 2015.
- Antequera Parilli, Ricardo, Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2001.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, “La protección de la investigación”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, num. 20, 2005, en [http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f\[0\]=field_revista%3A149](http://www.aranzadi.es/soporte/servicios-de-suscripcion/buscador-de-articulos-de-revista?search_api_views_fulltext=Revista%20Doctrinal%20Aranzadi%20Civil-Mercantil%20no.%2020/2005&f[0]=field_revista%3A149), consultada el 10 de octubre de 2016.
- Boza Dibos, Beatriz, Buenas prácticas en Gestión Pública: Sistemas de gestión interna, PAD, Escuela de Dirección, Universidad de Piura, Perú, 2011, p. 17, disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/566831468074041069/text/813080PUB0SPAN00Box379835B00PUBLIC0.txt>, consultada el 10 de octubre de 2016.
- Cabedo Serna, Llanos, El derecho de remuneración del autor, Ed. Dykinson, España, 2011.
- Castro, Alberto, Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú, Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.



Díaz Muiña, M. y Murillo García-Atance, I., La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, pp. 151 y ss, disponible en: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonAdministracionPublica/Documentos/docs/Instituto%20Aragon%20Adm%20P%20C3%BAblica/Revista%20Aragonesa%20Adm%20P%20C3%BAblica/Revista%20completa%2032%20jun%202008+/Numero_32/05%20Mui%20C3%B1a.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.

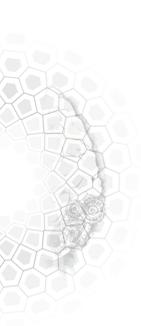
Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

Galán Juárez, Mercedes, *Formas del Estado de derecho y delimitación del derecho al buen gobierno*, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, num. 745, septiembre-octubre 2010.

G.H. Addink. “Principles of Good Governance: Lessons from Administrative Law”, en Deirdre M. Curtin and Ramses A. Wessel (Eds). *Good governance and the European Union. Reflections on concepts, institutions and substance*. Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2005.

Ponce Solé, Juli, *La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)*, *Anuario del Gobierno Local Barcelona*, mayo 2013, pp. 106, 107, disponible en: http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1432/03_PONCE_p93_140_Anuario_2012.pdf?sequence=1, consultada el 10 de octubre de 2016.

Prácticas de buen gobierno para la protección de los derechos humanos, publicación de la Organización de Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2008, p. 6, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GoodGovernance_sp.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.



Tornos, J., El derecho a una buena administración, Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007, pp.14, 15, 39 y ss., disponible en: http://www.sindicadegreugesbcn.cat/pdf/monografics/administracio_es.pdf, consultada el 10 de octubre de 2016.

Normativas

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000.

Convenio de Berna para la protección de las obras de literatura y artísticas, 1886 (texto Acta de Paris, 1971), en: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>, consultada el 20 de abril de 2016.

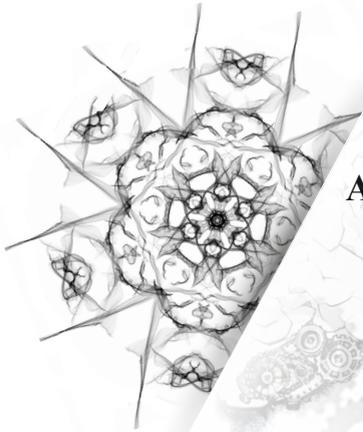
Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, España.

Ley Federal de Derecho de Autor, LFDA, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, México.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 21 de abril de 2016.

- Ley No. 14 sobre Derecho de Autor, de 28 de diciembre de 1977, Cuba.

Tratado sobre Derecho de Autor, adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el 20 de diciembre de 1996.



¿EXISTE UN SISTEMA DE PATENTE EUROPEO? ¿Y DE LA UNIÓN EUROPEA? APROXIMACIÓN A LA REALIDAD, CONCESIÓN Y PROTECCIÓN DE LA PATENTE EUROPEA

Edmond Alexa³⁴⁴
Rubén Cano Pérez³⁴⁵

Introducción

El siglo XXI es el siglo de la innovación, el conocimiento y la tecnología. Hoy, no entendemos nuestra vida sin un *smartphone* en nuestro bolsillo, o los numerosos aparatos e instrumentos que hacen nuestro día a día más comfortable. Esto no podría ser concebido en la sociedad actual sin un sistema que garantice el flujo de conocimiento, así como la evolución de la tecnología, y aquí es donde toma relevancia un sistema de patente. Una patente es un derecho relativamente sencillo de configurar por un determinado Gobierno, lo que es realmente complicado es construir un sistema completo que dé respuesta a todos los problemas que puedan producirse, y hagan de



³⁴⁴Académico alemán. Maestro en Ciencias Farmacéuticas con Estudios en Administración de Empresas. *Universidad de Kingston, Londres*. Estudiante del Magister Lvcentinvs, master en Propiedad Intelectual e Industrial *Universidad de Alicante*. Contacto: edmond.alex@gmail.com

³⁴⁵Doble Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas. *Universidad de Alicante*; Estudiante del Magister Lvcentinvs, master en Propiedad Intelectual e Industrial *Universidad de Alicante*. Contacto: canoperezruben@gmail.com

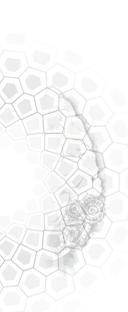


la patente una herramienta perfecta –no un objetivo en sí mismo- para apoyar, favorecer y promover el desarrollo de la innovación. Dependiendo de las decisiones políticas y del Gobierno de una determinada autoridad en relación con las patentes, las consecuencias pueden ser muy diferentes. La innovación, hoy día, marca el nivel de vida, comodidades, o incluso la salud -si hablamos de patentes farmacéuticas-. Solamente cuando nos concienciamos y nos demos cuenta de que el siglo XXI es el siglo del conocimiento, del compartir, de la innovación, y del desarrollo –I+D-, podremos entender que el *Buen Gobierno* es aquel que, entre otras muchas cosas, procura que el territorio que maneja esté a la vanguardia en la innovación y posea un mayor conocimiento, pudiéndose beneficiar de la aplicación de éste todos los habitantes de una nación determinada, porque al final, las decisiones han de ser de futuro, y ese futuro tiene efectos directos para ellos, los ciudadanos, en el sentido más llano y plural del término. Pero, ¿Qué es una patente? ¿Cuáles son los elementos claves para poder hablar de un sistema de patente? ¿Existe una Patente Europea? ¿Existe una Patente de la Unión Europea?

Trataremos de contestar todas las preguntas mencionadas anteriormente, explicar el papel de la Oficina Europea de Patentes –de ahora en adelante OEP- así como exponer lo que se conoce como el proceso de concesión de patentes de la OEP, con el objetivo de dar al lector unas pinceladas de los pasos básicos a seguir para que la patente quede concedida.

Patente, sistema de patente y su propósito

Incluso actualmente, parte de la sociedad no sabe lo que es la *Propiedad Industrial*. Lo que hoy pudiéramos creer como una revolución global, ya empezó tiempo atrás. En la Antigua Grecia, en la ciudad de Sibaris –tristemente desaparecida el 510 a.C.-, los gobernantes ya ofrecían un año de “monopolio” a los cocineros que elaboraran un plato suficientemente bueno o exquisito, motivando al resto a desarrollar su intelecto en las artes culinarias. El primer momento del tiempo en el que se tienen fechas formales



de patentes es alrededor de 1474, cuando el Senado de Venecia introdujo un sistema de patente para promover tanto la innovación como el honor de los inventores. Desde 1474 hasta 1594 –año en el que a Galileo se le concedió una patente por inventar una bomba de agua-, se cree que podrían haberse concedido en torno a 600 patentes, lo que pone de manifiesto la importancia de la materia en cuestión. Ya en aquel entonces se establecían requisitos para poder patentar una determinada invención, tales como ser nueva y útil, Pero, ¿qué es una patente?

Una patente –en términos generales- es un documento expedido –tras previa solicitud- por una oficina nacional –o una oficina regional representando a varios países-, que describe una invención y crea una situación legal en la cual la invención patentada únicamente puede ser explotada –producida, usada, vendida o importada- con la autorización del propietario de la patente. Una invención ha de ser relativa a un proceso, producto o uso, y en este contexto quedaría referida por ser una solución específica a un problema técnico concreto. La patente se configura como un título territorial, y confiere una protección temporal, que generalmente es de 20 años.

Desde un punto de vista puramente privatista –derecho privado-, una patente sería una especie de *contrato social* que une a la sociedad y al inventor –el llamado a ser propietario de la patente que protegerá el monopolio sobre su invención-. Los dos lados del acuerdo serían: a) por un lado, existe un beneficio para el propietario de la patente, ya que excluye o prohíbe a terceras personas explotar la invención para un uso comercial sin su autorización por un periodo de tiempo ; b) y por otro lado existiría un beneficio para la sociedad en su conjunto, ya que para la concesión de la patente el solicitante tendrá que entregar –como veremos posteriormente- una descripción detallada de la invención, la cual será divulgada al público 18 meses después de la primera solicitud, condición *sine qua non*, para la concesión de la patente. En cambio, desde un punto de vista publicista –derecho público-, una patente sería un derecho exclusivo concedido por una autoridad soberana, lo que explica el término desde una percepción diferente.

Sabemos lo que es una patente –en términos generales-, pero no sabemos lo que es un sistema de patente, aunque ya lo hayamos



mencionado en diversas ocasiones. Si partimos del concepto de *sistema legal*, encontramos que es un conjunto de leyes –también reglamentos que las desarrollen- y la manera en que son creadas, interpretadas y aplicadas. Desde éste análisis, podríamos señalar tres elementos claves sin los cuales no existiría tal sistema: a) Legitimación: por parte de la sociedad, por un Estado o por una organización internacional; b) Conjunto de leyes o costumbres: capaces de dar respuesta a todos los posibles inconvenientes que puedan surgir del sistema; c) Poder: poder para crear, interpretar y aplicar esas reglas.³⁴⁶

Consecuentemente, un *sistema de patente* vendría a definirse como un sistema legal que organiza los derechos y obligaciones de los titulares de la patente y la sociedad. Ahora que hemos repasado sucintamente lo que es un sistema de patente, ¿cuáles son sus elementos? Los elementos sin los cuales un sistema de patente no podría ser concebido como tal son fundamentalmente seis: a) Una Autoridad que legitima –o es legitimada- para configurar el sistema en sí mismo; b) Un procedimiento o proceso de concesión así como una oficina o administración que se encargue del mismo; c) Un título, a partir del cual se puedan identificar los derechos y obligaciones que tiene el titular; d) Efectos unitarios del título en el territorio de la autoridad³⁴⁷, es decir, mismos efectos en todo el territorio –es importante señalar que el título de una patente es un derecho de carácter territorial-; e) Efectos autónomos, o lo que es lo mismo, un derecho substantivo que regule los efectos que una patente tendrá en la unidad del territorio en el que es válida; f) Un poder para aplicar todo lo antedicho, es decir, Tribunales a los que acudir si existe la violación de una patente, o se quiere pedir la nulidad de una patente.³⁴⁸

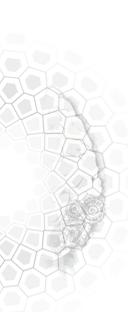
Si volvemos a la idea del contrato social y desarrollamos la misma, nos damos cuenta de que un sistema de patente puede ayudar a la consecución del objetivo principal. Su objetivo principal no es otro –o debería ser, desde



³⁴⁶DESANTES, M.: “*The Future European Environment. An Opportunity or a Failure? Some thoughts about the non nato European Union Patent system and the so called European patent system*”, Magister Lvcentinvs, Universidad de Alicante, Alicante, 2016.

³⁴⁷Punto a)

³⁴⁸Vid. 1



el punto de vista de cualquier Gobierno- que el incremento de conocimiento de la sociedad en su conjunto, o lo que es lo mismo, la puesta a disposición del público de la información relativa a la invención. ¿Cómo se vertebra esto? Como hemos indicado anteriormente –y profundizaremos después-, 18 meses después de que el inventor realice la solicitud para que la patente le sea concedida, la información relativa a la invención pasa a ser de dominio público –lo que no significa en absoluto que la invención pueda ser desarrollada o utilizada por terceras partes si acaba siendo concedida la patente sobre esa invención-. Si, por otro lado, no garantizamos un monopolio de explotación al inventor, raramente invertiría su dinero de manera desinteresada en aras del bien común, el desarrollo tecnológico y la innovación.

El papel que un sistema de patente juega es fundamentalmente promover la innovación tecnológica premiando la creatividad intelectual, pero ese no es el único beneficio que podemos obtener del mismo. Claro parece que la implantación de un sistema de patente hace que los últimos conocimientos tecnológicos estén disponibles para la sociedad, así como que concede a los titulares de la patente el tiempo necesario para recuperar sus inversiones en la invención. Asimismo, un sistema de patente promueve la competitividad dinámica promoviendo la inversión y el desarrollo en nuevos y mejorados productos y procesos. En cualquier caso, las patentes son una buena fuente de información sobre nuevas tecnologías, y existen numerosas bases de datos en las que se puede revisar y verificar cuales son las invenciones patentadas hasta el momento, y el *estado de la técnica*³⁴⁹ en la que se esté interesado. Lo que no queda del todo claro es si realmente un sistema de patente trae como consecuencia una mejora extraordinaria de la innovación, pero no cabe ninguna duda de que la apoya, la promueve, y de que hasta el momento, ningún Gobierno ha encontrado un sistema o fórmula que haga posible la mejora y promoción de la tecnología y la innovación.



³⁴⁹Estado de la técnica se relaciona con el conocimiento –novedad- que pueda tener una determinada invención. Integran el *estado de la técnica*, cualquier prueba de que la invención ya era conocida.



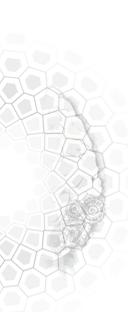
(9) El hecho de que un sistema de patente impulse la innovación es algo más controvertido, ya que lo abstracto de la reflexión hace que sea muy difícil comprobarlo. Si partimos desde la premisa de que un mayor conocimiento en el conjunto de la sociedad hace que las nuevas invenciones tengan que aportar un mayor valor añadido –algo nuevo, que todavía no es conocido-, podríamos hablar de cierto impulso a la innovación, lo que no quita que sea una premisa. Por lo tanto, quizá no se pueda afirmar con rotundidad que impulsa la innovación –tampoco se puede negar-, pero quizá es el mejor sistema que hemos encontrado hasta el momento para incentivar el crecimiento económico, proveer a la sociedad de un mayor conocimiento, y que los inventores tengan un beneficio por las inversiones que han llevado a cabo para llegar a la invención.

Sistema Nacional de Patentes, Sistema Europeo de Patentes y Sistema de Patente de la Unión Europea

Cuando hablamos de sistemas, hablamos de un todo que se comprende íntegro. No obstante, como hemos citado anteriormente, un sistema es un haz de seis elementos: a) Autoridad; b) Proceso y Oficina de concesión; c) Título; d) Efectos unitarios en el territorio de la autoridad; e) Efectos autónomos; f) Tribunales que apliquen los efectos autónomos.

Cada sistema –en concreto Sistema Nacional de Patentes, Sistema Europeo de Patentes y Sistema de Patente de la Unión Europea -, tendría que configurarse a partir de los elementos enunciados anteriormente para dar respuesta absoluta a tantas preguntas como puedan plantearse en relación con la materia que albergan bajo su paraguas. Por lo tanto, es relevante localizar cada uno de los seis elementos, y comprender si realmente estamos frente a un sistema, o solamente ante una mera apariencia del mismo. Uno de esos elementos sería el título de patente, que sería respectivamente: a) Patente Nacional; b) Patente Europea; c) Patente de la Unión Europea.

Un Sistema Nacional de Patentes, tendría: a) como autoridad al Estado en cuestión; b) Un proceso y Oficina de concesión, que puede ser a través



de una Oficina Nacional o como veremos posteriormente, subcontratado a una oficina de patentes regional; c) Un título, es decir, una patente nacional; d) Los mismos efectos en todo el país; e) Efectos regidos por el derecho de ese país; f) Tribunales nacionales que garanticen la aplicación de los efectos. Muchos países –por no decir la gran mayoría- disponen de un Sistema Nacional de Patentes, como es el caso de España, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, México, etc. Aquí, sí que podemos hablar de un sistema de patente.

Para desarrollar lo que serían el Sistema Europeo de Patentes y el Sistema de Patente de la Unión Europea, es imprescindible distinguir entre Europa y la Unión Europea, puesto que la diferencia es fundamental. Europa, es una división meramente geográfica, que comprende uno de los continentes en los que se divide el globo terráqueo y que ha ido modelándose a lo largo de los años; en segundo lugar, la Unión Europea es una organización internacional constituida a partir de un tratado internacional –Tratado de la Unión Europea- que le confiere el estatus de sujeto de Derecho Internacional, y le concede personalidad jurídica propia.

Es obvio, partiendo de nuestra lista de elementos, que podemos hablar de un Sistema Nacional de Patentes, pero ¿podemos decir lo mismo de los otros dos?³⁵⁰. Si analizamos uno por uno los llamados “Sistemas Europeo de Patentes” y “Sistema de Patente de la Unión Europea”, no gozan en la práctica de tal estatus, por lo que no podríamos llamarlos Sistemas.

En el caso del Sistema de Patente de la Unión Europea, no podría ser denominado como tal, es decir, como sistema, por diversos factores. En primer lugar, porque no existe una autoridad que pueda habilitar el sistema en su conjunto ya que la Propiedad Intelectual e Industrial no forma parte de las competencias exclusivas de las que puede disponer la Unión Europea, sino que forma parte de las competencias compartidas –entre Estados y Unión Europea- de la Unión Europea. En segundo lugar, porque no existe una oficina o un proceso de concesión de Patente de la Unión Europea, ya que como veremos posteriormente la OEP, no es una institución –ni



³⁵⁰Referencia al Sistema Europeo de Patentes y al Sistema de Patente de la Unión Europea



siquiera parte- de la Unión Europea, en consecuencia, actualmente no existe una Patente de la Unión Europea.

En tercer lugar, porque la patente no tendría efectos unitarios en todos los territorios. En cuarto lugar, porque los efectos de la patente no están regulados por derecho de la Unión Europea, sino que se rigen por los derechos internos de cada país. Y, por último, porque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –u otro tribunal de la Unión Europea- no es competente para aplicar el derecho substantivo relativo a las patentes, sino que debido a que el derecho substantivo es nacional, los tribunales competentes para juzgar la nulidad o la violación de las patentes son los nacionales. Por consiguiente, no podemos hablar de un Sistema de Patente de la Unión Europea, ni de una patente de la Unión Europea, ni de efectos unitarios en los 28 Estados miembros de la Unión Europea.

Es curioso como una organización internacional como la Unión Europea, que tiene como objetivo primordial la consecución de un *mercado interno*, no tiene un Sistema de Patente de la Unión Europea, ya que, si no disponemos de dicho sistema, es imposible que la Unión Europea alcance en su completitud un mercado interno.

Por último, analizando el conocido como Sistema de Patente Europea, vemos como tampoco existe tal sistema. Volviendo a los elementos básicos de los que debe disponer un sistema de patente, vemos que: a) podría considerarse que tiene una autoridad que legitima al sistema, la Organización Europea de Patentes; b) podría afirmarse también que tiene un proceso de concesión de la patente y una oficina, que sería la Oficina Europea de Patentes –OEP-; c) no podría aseverarse, por el contrario, que exista un título de Patente Europea como tal, ya que el título de patente europea necesita ser validado en cada Estado miembro para desplegar efectos, por lo que en puridad, no sería un título de patente; d) no tiene efectos unitarios en el territorio de todos los Estados miembros de la Organización Europea de Patentes, es decir, los 38 Estados miembros, debido a que cada patente, tras su validación, se rige por el derecho nacional de cada Estado; e) no existen efectos autónomos, o lo que es lo mismo, un derecho substantivo común para todas las patentes concedidas por la EOP –como consecuencia, tenemos lo indicado anteriormente, que



cada patente deba ser validada y su regulación y efectos dependan del derecho interno de cada país-; f) no existe un tribunal específico para las patentes europeas, sino que los tribunales de cada nación son competentes para las infracciones de patente, y la nulidad –debido a que no existe ni un título, puramente entendido, ni un derecho sustantivo común de patentes, ni efectos unitarios en todos los Estados miembros-. Por tanto, vemos como tampoco existe un Sistema de Patente Europeo. Lo que sí que podríamos afirmar que existe es un proceso común de concesión de dichas patentes para todos los Estados miembros que forman parte de la Organización Europea de Patentes –que será explicado posteriormente-.

En resumen, vemos como no disponemos ni de un Sistema Europeo de Patente, ni de un Sistema de Patente de la Unión Europea, lo que trae consigo que los efectos, derechos y aplicabilidad de las patentes sean dispares a lo largo y ancho de Europa y la Unión Europea. Pero entonces, ¿de qué disponemos?

¿Qué tenemos en Europa y en la Unión Europea?

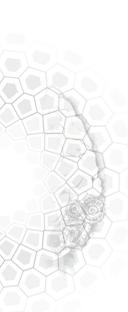
De manera sucinta, un determinado inventor –o en sentido más amplio, un solicitante-, dispone de tres opciones a la hora de proteger su invención a través de la figura de la patente. En primer lugar dispone de solicitar una patente a nivel nacional, es decir, frente a la Oficina Nacional competente para el país en que se desee e iniciar un procedimiento nacional de concesión de patente, siendo los efectos solamente validos en el territorio de ese Estado; en segundo lugar acudir a la vía internacional, instituida a través del *Tratado de Cooperación en materia de Patentes* (PCT), ratificado por más de 145 países. Lo que permite el PCT no es una *Patente Internacional*, sino una solicitud internacional, sin necesidad de comenzar tantos procesos como países en los que se quiere proteger la invención. Tras diversas etapas a nivel internacional, es decir, tras el procedimiento configurado a través del PCT, las patentes son comunicadas a las oficinas nacionales o regionales para que hagan los análisis de fondo –análisis sustantivos- pertinentes y concedan o no la patente. ¿Qué se



consigue con éste procedimiento? Básicamente dos cosas: por un lado, dilatar periodos de tiempo -ya que el procedimiento PCT es más duradero que los procedimientos nacionales o europeo-; y por otro, conseguir abaratar costes, con respecto a los procedimientos nacionales.

En tercer lugar, podemos optar por el proceso conjunto de concesión de la Patente Europea, que permite a 38 Estados, más 2 de extensión y otros 2 de validación, tener un procedimiento común con análisis sustantivos de criterios de patentabilidad incluido. De esta manera, una vez el proceso de concesión europeo de patente ha finalizado, obtendremos la *Patente Europea*. La Patente Europea no nos permite directamente excluir a terceros de explotar la invención con propósito comercial, sino que nos permite validar dicha Patente Europea en tantos países miembros de la Organización Europea de Patentes como se quiera. La validación consiste en un simple trámite referente a traducciones de parte o la totalidad de la patente en la lengua oficial del país en que se quiera hacer efectiva la patente, obteniendo consecuentemente una Patente Nacional que nos permite hacer efectivos los derechos que lleva aparejada dicha patente, bajo el paraguas de cada derecho nacional, y la protección de los tribunales nacionales.

Dado que no tenemos ni Sistema Europeo de Patentes, ni Sistema de Patentes de la Unión Europea, lo único que podemos analizar en Europa a nivel supranacional es el *proceso conjunto de concesión de la Patente Europea* llevado a cabo por la Oficina Europea de Patentes – EPO-, que como hemos visto nos da la posibilidad de convertir la patente europea en tantas patentes nacionales como queramos, pero con un solo procedimiento de análisis formal y sustantivo, lo que ahorra numerosos costes y garantiza en cierta medida la armonización de los criterios de patentabilidad –requisitos que ha de tener cierta invención para que el solicitante obtenga una patente referente a la misma-. Trataremos pues, de dar una rápida visión del proceso de concesión, de los criterios de patentabilidad, así como otras cuestiones anexas que puedan ser de utilidad para comprender el conjunto procedimental.



La Oficina Europea de Patentes, y la Patente Europea

La Oficina Europea de Patentes –OEP- es la autoridad encargada de conceder las patentes en Europa. La Oficina Europea de Patentes, junto con el Consejo Administrativo es parte de la Organización Europea de Patentes, que es el organismo internacional que faculta la creación de una oficina para el proceso de tramitación de las patentes. La Oficina Europea de Patentes nació con la Organización Europea de Patentes –o bajo como parte del mismo-, como consecuencia de la firma de la *Convención Europea de Patentes* –CEP-, el 5 de octubre de 1973. La CEP tiene sus raíces en: a) la Convención de París de 1883, uno de los primeros tratados relativos a propiedad intelectual e industrial que aún en la actualidad siguen vigentes; b) el Tratado de Cooperación en materia de Patentes –PCT-, firmado en 1970; c) y el Instituto Internacional de Patentes –IIB-, que ahora forma parte de la Organización Europea de Patentes. La OEP, con su sede central en Múnich, además de otras oficinas en La Haya, Berlín y Viena, es la mayor Autoridad del PCT a nivel mundial en la actualidad. La misma es responsable de alrededor del 40% de la búsqueda internacional de patentes, así como más del 50% del total de los exámenes preliminares de patentes. Las lenguas de trabajo de la OEP son el inglés, el alemán y el francés, punto muy relevante a la hora de solicitar una patente frente a esta oficina.

La Patente Europea, como hemos indicado anteriormente, es algo similar a un título que, para producir efectos, ha de ser validado en los diferentes Estados miembros de la Organización Europea de Patentes –de la cual son miembros los países de la Unión Europea-la obtención de una patente europea puede solicitarse en las Oficinas Nacionales o en la Oficina Europea de Patentes –OEP-, -dependiendo de los casos concretos-, y tras dicha solicitud el proceso se sustancia en la OEP con sede central en Múnich. Tras todo el proceso, la patente europea se transforma en tantas patentes nacionales, como Estados designados en la solicitud en los que se valida la misma, regulándose bajo el derecho de las patentes nacionales, y aplicándose la ley en caso de infracción o nulidad, en los tribunales nacionales.



¿Cuáles son los requisitos de patentabilidad?

Una patente es una invención que debe ser nueva, implicar una actividad inventiva, y ser susceptibles de aplicabilidad industrial. Según el Art. 54.1 CEP *“una invención debe ser considerada nueva si no forma parte del estado de la técnica”*. Interpretando lo previsto en el artículo anterior, una invención no formará parte de la técnica cuando haya sido puesta a disposición del público –independientemente de si la divulgación se ha producido de manera escrita u oral, mediante uso, o de otro modo- antes de la fecha de la solicitud de la Patente Europea. En caso de haberse producido la divulgación, salvo alguna excepción, la invención del solicitante no será patentable, porque no cumple con uno de los requisitos de patentabilidad. Realmente es suficiente que la invención pueda haber sido accesible para el público, aunque nadie haya efectivamente, conocido la invención. Una de las excepciones a la novedad es cuando una solicitud de patente referente a una invención ha sido solicitada en otro Estado miembro de la Convención de París previamente y se pide *prioridad*. Esto puede hacerse si la invención ha sido registrada en otro Estado miembro antes de la solicitud para la Patente Europea por el mismo solicitante para lo cual dispone de un periodo de 12 meses.

El siguiente requisito es que implique actividad inventiva, la cual queda definida por el Art. 56 CEP. Según el artículo ante citado, *“se considera que una invención entraña una actividad inventiva si aquella no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia”*. El experto en la materia no ha de ser un erudito o una persona sobresaliente en su campo, sino que, en sentido distinto, ha de ser experto con un conocimiento medio de la materia y que esté al corriente de la información actual en el sector cuestionado.

El último requisito para patentar una invención es la aplicabilidad industrial, el cual viene explicado en el Art. 57 CEP: *“se considera que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola”*. Industria ha de ser entendido, por tanto, en sentido amplio,



lo cual nos lleva a la conclusión de que puede ser patentable cualquier dispositivo o actividad con carácter técnico.

No son consideradas invenciones, y, en consecuencia, quedan excluidas de patentabilidad de acuerdo con el Art. 52 CEP: “a) *los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) las creaciones estéticas; c) los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, en materia de juegos o en el campo de las actividades económicas, así como los programas de ordenador; d) las presentaciones de informaciones*”.

Aunque puedan cumplir los requisitos de patentabilidad, son excepciones a la patentabilidad de acuerdo con el Art. 53 CEP, es decir, no se concederán patentes europeas para: “a) *las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres, sin poderse considerar como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida en todos los Estados Contratantes o en varios de ellos por una disposición legal o reglamentaria; b) las variedades vegetales o las razas animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales, no aplicándose esta disposición a los procedimientos microbiológicos ni a los productos obtenidos por dichos procedimientos; c) los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal y los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, no aplicándose esta disposición a los productos, en particular las sustancias o composiciones, para la aplicación de uno de estos métodos*”.

El proceso de concesión europeo

El primer paso para obtener la concesión de una patente europea es la presentación de la solicitud de la invención patentable. La información que debe exponer dicha solicitud se especifica en el art. 78 CPE, según el cual debe contener: a) la petición de concesión de una patente europea; b) una descripción de la invención; c) al menos una reivindicación; d) cualquier



dibujo relacionado con la descripción o las reivindicaciones; y e) un resumen. Adicionalmente, al margen de los requisitos para la presentación de la solicitud, ésta queda sujeta al pago de dos tasas: la de presentación de la solicitud, y la tasa de búsqueda, que, si no se pagan en el lapso de tiempo habilitado para ello, pueden ser motivo de denegación de solicitud.

Una vez el solicitante ha reunido todos estos documentos, pueden ser enviados a la Oficina Europea de Patentes a través de su portal online, por correo o mediante fax. La OEP, en el momento de su recepción, procede a revisar los documentos de la solicitud y si todo está correcto, asignará una “fecha de presentación”³⁵¹ a la solicitud de patente Europea.

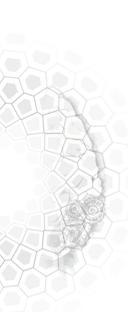
La solicitud debe ser presentada, eso sí, en uno de los tres idiomas oficiales de la OEP, que son inglés, francés y alemán en virtud del Art. 14 CPE.

El proceso de concesión continúa con la *búsqueda*. Durante la misma se emite un informe de búsqueda con respecto a la invención objeto de solicitud en base a las reivindicaciones, descripción y dibujos –Art. 92 CPE-. La finalidad de la búsqueda es identificar si existen invenciones previas a la fecha de presentación de solicitud de patente europea, lo que podría ser motivo de rechazo de la patente, por no cumplir la misma con el requisito de novedad. El informe es conocido como *Informe de Búsqueda Europeo*, o en la lengua de Shakespeare, *European search report*, que será acompañado con una opinión escrita no vinculante sobre si el objeto o procedimiento de la solicitud es patentable o no.

En cuanto a la publicación, es el proceso más importante para la sociedad –lo que en al comienzo identificábamos como una de las partes del contrato que une a la sociedad y al inventor, la divulgación de la invención-. Pues bien, la solicitud de la patente se publica en la mayoría de casos 18 meses después de la fecha de presentación de la patente, siendo la primera vez que la información relativa a la invención es de dominio público. Este es el momento en el que verdaderamente la sociedad accede a conocer la



³⁵¹Esto es relevante en caso de que se quiera proteger la patente en algún otro país -véase Art. 4 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial-.



solución técnica que ofrece la patente a un problema determinado, lo que provoca a su vez que exista una mayor evolución tecnológica.

Tras el informe de búsqueda citado anteriormente, y si no existe ningún inconveniente a partir del informe de búsqueda y de la opinión escrita no vinculante emitida por la OEP, comienza el examen de fondo –Art. 94 CPE-. Este examen es un procedimiento *ex parte*, es decir, únicamente el solicitante es parte en el procedimiento, no potenciales afectados por la concesión de la patente –porque posean otro derecho de Propiedad Industrial vinculado con el mismo-, los que en caso de querer únicamente podrán presentar observaciones.

La división que realiza el examen de fondo revisa diversos puntos clave en la solicitud de patente, a saber: a) si las reivindicaciones definen la invención, son claras, concisas y se apoyan en la descripción; b) si la invención se divulga de manera suficientemente clara y completa para ser reproducida por un experto en la materia; y c) si se cumple el requisito de unidad³⁵². Asimismo, también revisa si la materia que se reivindica: a) es nueva; b) implica actividad inventiva; c) tiene aplicabilidad industrial; y d) no está excluida de patentabilidad.

Tras el examen de fondo la división puede presentar objeciones, que podrán dar lugar a que el solicitante modifique alguno de los documentos de la solicitud, con los límites que el Convenio de Patente Europea le marca.

El último paso es la concesión o denegación de la patente europea. En este caso, a la luz del Art. 97 CPE, la OEP tendrá que conceder la patente si cumple con los requisitos del CPE, tras lo cual se publicará la concesión de la patente europea, que efectivamente confiere al titular de la patente el derecho exclusivo que la misma apareja, y da comienzo al periodo de oposición -procedimiento post-concesión-.

El procedimiento tras la concesión, conocido como de oposición, permite a cualquier persona pueda oponerse a la concesión de la patente durante los 9 meses después de la publicación de la concesión, permitiendo



³⁵²En términos generales, que una solicitud de patente no contenga más de una invención.



una posibilidad centralizada de rectificar la concesión de patente. Este mecanismo, amén de los procedimientos de limitación y revocación³⁵³, es muy relevante en el contexto de la patente Europea, ya que una vez que la misma sea validada en cada país, y tras la expiración del tiempo para presentar la oposición, cualquier persona que quiera desafiar la validez de una patente habrá de hacerlo en los Tribunales competentes de cada país en el que la patente cobra fuerza, es decir, país por país en los que la patente ha sido validada.

No obstante, y sin restar validez a lo antedicho, la OEP también dispone de un procedimiento de *apelación*, que permite que cualquier parte que haya sido afectada de manera adversa por una decisión, solicite un examen por la cámara de recursos, la cual es independiente y no está vinculada con las decisiones que se hayan tomado sobre el mismo caso en la OEP.

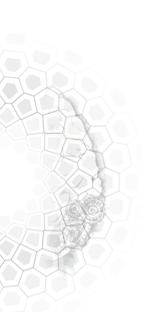
Conclusiones

Como hemos visto, no existe una patente de la Unión Europea, ni tampoco un sistema de patentes de la Unión Europea. A pesar de los esfuerzos y negociaciones hacia un proceso de integración en materia de Propiedad Industrial, parece que no ha sido posible.

En su defecto, en la actualidad disponemos de un proceso de concesión común, que tiene como resultado la Patente Europea. Esta no es otra cosa que la posibilidad de validar una patente en cada Estado en el que se quiera –siempre que forme parte del CPE-, pasando a ser una patente nacional, con los derechos y obligaciones que ello acarrea. Quizá no es la mejor solución posible, pero lo que es seguro es que es la única opción que existe en vigor, y la realidad de nuestros días.



³⁵³Art. 105 CPE.



Alternativas a esto es la famosa *patente europea con Efecto Unitario*, que surge a partir del *Acuerdo del Tribunal Unitario de Patente*, que configura una patente con efectos comunes en algunos de los Estados de la Unión Europea, pero que todavía ha de ser ratificado por países de la Unión Europea como Alemania y Reino Unido, para que entre en vigor. Este mecanismo sería como un híbrido fruto de los tres documentos legales que lo habilitan: la creación de un Tribunal Internacional –como es el *Tribunal Unitario de Patente*- a través de un tratado internacional, y dos acuerdos: los acuerdos de traducción y de protección de patente con efecto unitario, que sería Derecho de la Unión Europea emitidos por el Parlamento de la Unión Europea y el Consejo.

En síntesis, podríamos afirmar que queda mucho trabajo por hacer, y muchas decisiones que tomar en materia de Propiedad Industrial en general, y de patentes en particular. Lo que sí es seguro es que de momento no se conoce un mecanismo más efectivo que el que pone en práctica cualquier sistema de patente para promover la creación de valor a través de tecnología, y que los ciudadanos de a pie se beneficien de la misma. Por tanto, no es ningún secreto que la tecnología es el futuro, y la Propiedad Industrial va cogida de la mano con ella, lo que hace imprescindible que todo Buen Gobierno tome políticas que se preocupen por el flujo de conocimiento, porque el siglo XXI, es el siglo del conocimiento.



Referencias

Bibliográficas

World Intellectual Property Organization Intellectual Property Handbook, WIPO Publication N° 489 (E), 2ª Edición, 2004.

Intellectual Property Teaching Kit, IP Advanced Part I: Patents, Utility Models and Designs. EPO y EUIPO, 2ª Edición, 2016.

Normativas

Convenio sobre la Patente Europea, 5 de octubre de 1973, Múnich.

Convenio de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial, 20 de marzo de 1883, Paris.

Tratado de Cooperación en materia de Patentes, 19 de junio de 1970, Washington.

Otras

DESANTES, M.: “*The Future European Environment. An Opportunity or a Failure? Some thoughts about the non nato European Union Patent system and the so called European patent system*”, Magister Lvcentinvs, Universidad de Alicante, Alicante, 2016.

GUASTAVINO, L.; CORDERA, F.: “*The European Patent Office, and the European Patent granting procedure*”, Magister Lvcentinvs, Universidad de Alicante, Alicante, 2016.



LA GOBERNANZA GLOBAL EN LOS ORGANISMOS REGULADORES DEL COMERCIO INTERNACIONAL

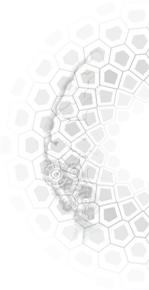
Tatiana Vanessa González Rivera³⁵⁴

Sumario. I. Introducción, II. La gobernanza en el nuevo contexto global, proceso aún en construcción, III. La génesis de los organismos internacionales, nuevos actores del proscenio global, IV. Los organismos reguladores del comercio internacional, V ¿Existe una verdadera gobernanza global en el seno de los organismos internacionales reguladores del comercio?, VI. Conclusiones, VII. Referencias.

Palabras claves: *Globalización, comercio internacional, gobernanza mundial, democracia global, políticas inclusivas.*



³⁵⁴Doctora en Derecho y globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Procedente de la Universidad Centroamericana de Nicaragua. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: tatygonz25@live.com



Introducción

Con el paso de los años, el nuevo contexto global ha cumplido la profecía de un orden cosmopolita que ha puesto en la mesa de discusión problemas globales que también requieren una solución internacional, satisfaciendo las apremiantes necesidades de un entorno cada día más desigual; desequilibrios que se han fraguado desde la cómoda trinchera de un sistema capitalista en el que unos pocos sujetos se han beneficiado excesivamente a costa de otros, bosquejando así en el lienzo económico de la contemporaneidad un comercio con tendencia mundial carente de entes axiológicos como la justicia y equidad en el que los hilos de esta economía global, son movidos al antojo de organismos internacionales seducidos por los postulados neoliberalistas que fomentan una plutocracia y sedienta ambición lucrativa, derivando así en un manejo global inadecuado con mecanismos parcializados en la toma de decisiones y rendición de cuenta en materia comercial internacional.

Consiguientemente, a través de la aplicación de un método sistemático y funcionalista pretendemos abordar, con el fino escalpelo de la razón, la estructura y desenvolvimiento de tales entes internacionales como pilares de toda la actual organización social y económica-global; por ende, plasmaremos en las siguientes líneas el estudio de los organismos internacionales hacedores de toda la arquitectura mercantil internacional que, sin temor a caer en demasía, no podemos dejar de advertir, operan bajo una dinámica ad-hoc nada favorable a nuestros países en vías de desarrollo, alejando cada vez más al comercio de su verdadero sentido de satisfacción de necesidades básicas orientadas a un bienestar en todos los sentidos.

Es por ello que las crisis financieras, económicas y sociales que actualmente nos azotan y cuyas secuelas no han sido del todo erradicadas, demandan el establecimiento de un nuevo sistema de gobernanza mundial que pueda hacer frente a los problemas que nos trastocan a todos. De este modo, los agentes del comercio internacional y el seno mismo que da origen a las disposiciones y reglas que regulan tal actividad deben ser partícipes conscientes en el forjamiento de una verdadera gobernanza global vista como un desafío aún latente pero que ya no puede ser impostergable.



La gobernanza en el nuevo contexto global, proceso aún en construcción

Pena Jumba³⁵⁵ afirma que uno de los mitos más generalizados de nuestro tiempo ha sido el pensar que el Estado es el ente suficientemente neutral que puede asimilar todas las demandas que identifica a una sociedad determinada. El Estado no sólo aparece como el ideal intermediario de los intereses de los diversos grupos sociales y culturales, sino “se piensa al Estado como el único ente que produce Derecho y que administra tal Derecho a través de sus poderes”.

Por lo anterior, la lógica ha sido bregar por una gobernabilidad en ese espacio doméstico procurando “un estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad del sistema político (estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz³⁵⁶”, sin embargo, esta tesis se ha transfigurado con el boom de las tecnologías de la información y comunicación auspiciadoras del fenómeno denominado “globalización”, entendido como “una tercera revolución, denominada: revolución de la contemporaneidad, vista como una evolución de condiciones desde siempre existentes; inherentes a la necesidad social de interrelacionarnos cada vez más, ubicando todos los espacios de desenvolvimiento humano en un plano mundial, en donde lo tradicional, doméstico o nacional pasa a ser irrelevante”.³⁵⁷

Por ende, la idea de un contexto mundial se solidifica y apremia a todos los sujetos que pasamos a formar parte de él, desde simples individuos que admitimos nuestra pertenencia como ciudadanos globales, hasta agrupaciones, nuevos actores como los comerciales (empresas transnacionales) y organismos internacionales que pasan a ocupar un lugar preponderante en el escenario transnacionalizado.



³⁵⁵Citado por Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2002, p. 94.

³⁵⁶Mayorga, Fernando, Córdoba, Eduardo, *Gobernabilidad y gobernanza en América Latina*, disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/docs/ficha-gobernabilidad.pdf>, consultado el 11 de octubre 2016.

³⁵⁷González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La codificación del Derecho Mercantil Internacional*, Porrúa, México, 2015, pp. 72 y 73.



Así, esta nueva estructura y comunidad internacional requiere también de un andamiaje que guíe, regule y evalúe su desenvolvimiento reflejado en una suma de esfuerzos por atender las necesidades que vagan en el nuevo espectro mundial; es decir, se requiere una gobernanza ya no doméstica sino global.

La gobernanza global es “...el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no-gubernamentales (ONGs), y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental”.³⁵⁸

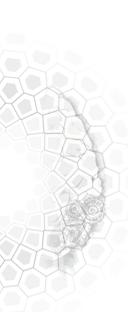
Asimismo, podemos completar afirmando que consiste también en muchas de las maneras en las que individuos y a su vez instituciones sean públicas o privadas, gestionan asuntos comunes; a través de un proceso continuado e inacabado por medio del cual se pretenden acomodar intereses conflictivos o simplemente diferentes dadas las inusitadas diferentes de un contexto global en el que de por sí confluyen elementos heterogéneos, llevando a cabo, entonces, una acción cooperativa.³⁵⁹

Por supuesto, una gobernanza proyectada al plano global requiere tintes democráticos cual si se tratara de una gobernabilidad en un plano interno; y es que el peso de responsabilidad es mayor toda vez que las decisiones que se toman más allá de los Estados nacionales tienen alcances básicamente para todos los que habitamos este planeta, por lo que la demanda de legitimidad y aceptación de las mismas es, ciertamente, mayor.



³⁵⁸Serna de la Garza, José, Reflexiones sobre el concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico, presentado en “El concepto de «gobernanza global» y los retos actuales del Derecho Público” del Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Monterrey, Nuevo León, 23-25 de abril de 2009, p. 25.

³⁵⁹Cfr. Hidalgo Capital, Antonio Luis, *El sistema económico mundial y la gobernanza global, una teoría de la autorregulación de la economía mundial*, España, 2007, p. 38.



Como bien señala Innerarity Daniel³⁶⁰ cada vez hay más políticas intrusivas que la opinión pública tiene dificultades para entender y aceptar (desde las intervenciones militares derivadas de la responsabilidad de proteger a las poblaciones hasta el control sobre las economías de otros países con los que se comparte un destino común). ¿Cómo se justifican democráticamente las presiones de los mercados especulativos, las prohibiciones para que ciertos países desarrollen determinados armamentos o las exigencias europeas de austeridad presupuestaria? ¿Quién tiene derecho a decir a Grecia, a Siria o a Irán lo que tienen que hacer?

Sin embargo, “el problema se agrava a medida que adquieren una creciente importancia instituciones que corresponden escasamente a nuestros criterios de legitimación democrática. Las instituciones internacionales resultan fundamentales para la solución de ciertos problemas políticos pero son estructuralmente no democráticas si aplicamos los criterios por los que medimos la calidad democrática de un Estado nacional. Este conjunto de circunstancias despierta de entrada una lógica insatisfacción, como se comprueba en el alto índice de desafección hacia la política, las protestas locales y globales, una desesperanza en relación con la capacidad de esta para ejercer sus autorizadas capacidades de gobierno en las actuales circunstancias...”³⁶¹

Dado así el estado de cosas, hoy en día la gobernanza global sigue siendo un proceso en construcción, pues respondiendo a un sistema neoliberalista, que enmarca toda la infraestructura internacional, somos testigos de una regulación que atiende no a una colectividad sino a los intereses de unos pocos, estableciendo reglas de dirección que simulan un juego de suma cero en el que unos pocos ganan a costa de muchos otros. La ambición por el poder y la ganancia se ha proyectado también al plano global cual si fuere un entorno interno, delineando así los mismos demonios, pero ya internacionalizados, de la perversa política que nos han aquejado desde siempre; en donde incluso los sistemas de gobernanza más desarrollados y pioneros del mundo como el europeo se han visto tambaleados, demostrando debilidades y regresiones en los últimos años.



³⁶⁰Innerarity, Daniel, *La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad*, Revista CIDOB d’Afers Internacionals, n.100, p. 11-23. Diciembre 2012, p. 12.

³⁶¹Ibidem, pp. 12 y 13.



La génesis de los organismos internacionales, nuevos actores del proscenio global

Muchas de las teorías clásicas; como aquella monista que solía expresar un discurso inapelable respecto de un derecho válido emergido de los Estados y a su vez percibía a este último como único protagonista del entorno internacional; han sido objeto de cambios trascendentales, el orden cosmopolita figurado desde épocas remotas le abrió el telón a los organismos internacionales como nuevos ejecutantes de este entorno globalizado, éste sería imposible sin dichos nuevos actores, solo su participación procura el adecuado desenvolvimiento del nuevo ámbito.

No puede haber sujetos del Derecho Internacional sin que existiera a priori un entorno y comunidad más allá de las fronteras estatales, los cuales se derivan, sin lugar a dudas, de las relaciones internacionales. Por supuesto, entrar al estudio del origen de las relaciones internacionales implica formar parte de una discusión académica no zanjada, cuestión que escapa al interés investigativo de la presente disertación, por ende, nos decantamos por la teoría doctrinaria mayormente acogida referida a la génesis de las relaciones internacionales, la cual sostiene que este origen lo encontramos en el nacimiento de los Estados Nacionales, después de la paz de Westfalia que pusiera fin a la llamada “Guerra de los Treinta Años” (1618- 1648), en territorio europeo.³⁶²

En ese sentido, señala John Griffiths:³⁶³ “la existencia de un consenso entre los doctrinarios dedicados al estudio de las relaciones internacionales que un sistema de Estados, o sociedad de Estados, ha existido desde los Tratados de Westfalia. Es definido (el sistema) por la interdependencia en seguridad de sus miembros, significando generalmente que las actividades de política exterior de un actor tienen algún impacto en otros actores del sistema. Y es que en este largo siglo dieciséis surgen los conceptos básicos con los



³⁶²González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, *La Codificación del Derecho Mercantil Internacional*, Porrúa, México, 2015, p.133.

³⁶³Cf: Griffiths Spielman, John, *Teoría de la seguridad y defensa en el continente Americano, Análisis de los casos de EE.UU. de América, Perú y Chile*; Santiago, RIL editores, 2011, p. 29.



aportes generales de Francisco de Vitoria y de Nicolás Maquiavelo, entre otros”. Agrega Del Arenal³⁶⁴ que “en suma, las relaciones internacionales tienen como objeto el estudio de la sociedad internacional en cuanto tal, en su globalidad”.

Derivado de lo anterior emerge entonces todo un sistema teórico nutrido por conceptos, otrora impensables dada la autoritaria estructura de la época, como soberanía nacional, Derecho, diplomacia, sociedad, legislación internacional, adquiriendo sentido y relevancia las actividades interestatales e intersociales en una plataforma no nacional.

Paradójicamente, ha sido común mas no aceptable que el linaje humano aprenda de las hecatombes que él mismo diseña e impulsa, mismas que se materializan en los distintos conflictos bélicos por los que ha atravesado la historia de la humanidad; pues solo a partir de ellos se ha logrado instaurar una comunidad internacional cuyos esfuerzos estén direccionados al alcance de objetivos en común. Ya decía *Hegel: el ser humano no aprende nada de la historia, sino que aprende todo del sufrimiento*, y pues las máximas lecciones de aprendizaje han sido las impartidas por el sufrimiento de dichos conflictos mundiales.³⁶⁵

Ante los estragos dejados por las dos Guerras Mundiales que causaron indecibles calamidades y sufrimientos al planeta y sus habitantes; el pensamiento local se vuelve limitado a la hora de intentar cavilar una solución ante tal panorama, siendo conveniente y razonable inclinarse por una búsqueda de soluciones con tintes también internacionales, aunado al hecho de que se trataba de mitigar las consecuencias de los problemas que afectan por igual a toda la raza humana.

Zlata Drnas³⁶⁶ manifiesta en ese mismo tenor que las dos Guerras Mundiales han revolucionado las estructuras económicas y políticas del sistema internacional. También lo ha hecho el denominado fin de la



³⁶⁴Del Arenal, Celestino, La génesis de las relaciones internacionales como disciplina científica, en: *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 2. Núm. 4. Octubre-diciembre 1981, p. 853.

³⁶⁵González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, op. cit., p. 134.

³⁶⁶Drnas De Clément, Zlata, *Organización de la Comunidad Internacional a inicios del Tercer Milenio*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T. XL, Argentina, 2001, p. 137.



guerra fría. Así, tras las dos grandes guerras, los Estados dominantes han establecido nuevas bases para estructurar las relaciones internacionales y establecer un orden que asegurara la paz entre países. Sin embargo, vale la pena destacar, que tras el fin de la guerra fría, que conllevó un profundo cambio de la geografía mundial y del orden fáctico establecido tras la Segunda Guerra Mundial, el nuevo orden tarda en restablecerse.

Es así como posterior a cada uno de estos contextos bélicos, el mundo procura encontrar una fórmula para materializar la meta humana quizás máxima y anhelada: la paz, vista como proyección de la relación de interdependencia entre los diferentes países en las esferas de distintas índoles que abarcan el desenvolvimiento humano.

Consiguientemente Mark Weston y John E. Noyes³⁶⁷ complementan diciendo:

Ideas about peaceful universal unions of people can be found in the writings of ancient Greek and Roman thinkers. Subsequent European political philosophers, including Erasmus, Thomas More, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, and Jeremy Bentham, all devised and espoused utopian proposals involving international organizations.

De hecho, al término de la Gran Guerra el fenómeno de la organización internacional recibió un fuerte impulso con la creación de la Sociedad de Naciones (Parte I del Tratado de Versalles, 1919). Se trató de la primera Organización Internacional de vocación universal y competencias generales que pretendía “fomentar la cooperación entre las naciones y...garantizar la paz” (Preámbulo del Pacto), aspiración política que hasta entonces solo había encontrado acomodo en las Conferencias diplomáticas que durante el Siglo XIX florecieron al son del Concierto Europeo surgido del Congreso



³⁶⁷Weston Janis, Mark y Noyes E., John, *International Law Cases and commentary*, United States of America, American casebook Series, 2006, p. 530: Las ideas sobre las uniones universales pacíficas de personas se pueden encontrar en los escritos de los antiguos pensadores griegos y romanos. Filósofos políticos europeos posteriores, entre ellos Erasmus, Tomás More, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant y Jeremy Bentham, defendieron y expusieron propuestas utópicas que involucraban la idea de organizaciones internacionales. Traducción de la autora.



de Viena (1815- 1816), carentes de la permanencia e institucionalidad de las Organizaciones.³⁶⁸

Indudablemente, derivado de la línea del tiempo de la historia humana podemos puntualizar que el máximo organismo internacional conocido en su primer momento como Sociedad de Naciones o Liga de las Naciones, fracasó en el objetivo de salvaguarda de la paz mundial, el cual fue violentado por la detonación inevitable de la Segunda Guerra Mundial en 1939.

Antonio Remiro,³⁶⁹ en una remembranza de dicha organización, manifiesta que su vocación de universalidad se había truncado en la cuna, debido a la no participación de su principal promotor: Estados Unidos, la disminución de hasta una cuarta parte de sus miembros, entre retiradas temporales (de países latinoamericanos en particular, España entre 1926 y 1931), definitivas (Alemania y Japón en 1933; Italia en 1937) y alguna expulsión (de la Unión Soviética por su agresión a Finlandia en 1939) y la preterición de los pueblos sometidos al colonialismo.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la devastación fue abrumadora y las atrocidades cometidas desgarradoras, el mundo simulaba un horizonte ensombrecido que daba cuentas de la urgente necesidad de un orden mundial capaz de garantizar la paz, si bien no perpetua como la que figuraba Immanuel Kant, al menos estable y duradera; era imprescindible, entonces, que la comunidad mundial alumbrara un nuevo Organismo Internacional que aprendiera de los fracasos de la Liga de las Naciones y sobre todo que procurara una cooperación pacífica entre naciones devastadas por la lucha reciente.³⁷⁰

El resultado fue la creación, según los patrones cortados por las grandes potencias aliadas en Dumbarton Oaks (1944) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuya carta constitutiva fue firmada en San Francisco el 26 de Junio de 1945 y entró en vigor el 24 de Octubre del mismo



³⁶⁸Remiro Brotóns, Antonio; Riquelme, Rosa; *et. Al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 225.

³⁶⁹*Ibidem*, p. 226.

³⁷⁰González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, *op. cit.*, p. 136.



año, siendo miembros fundadores los Estados que habían declarado la guerra a los países del Eje. Concebida con competencias generales y vocación de universalidad, la ONU constituye hoy la columna vertebral del sistema de seguridad colectiva y el centro solar del multilateralismo cooperativo – a través de Programas y Fondos y de Organismos especializados – en muy diferentes órdenes.³⁷¹

En la Cumbre del Milenio el Secretario de las Naciones Unidas, en su informe intitulado “Nosotros los Pueblos, la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”,³⁷² recordó que las instituciones de la ONU se establecieron en la post guerra para un mundo internacional y que el reto actual es sentar las nuevas bases en un mundo globalizado.

Fue así como la historia y la misma estructura que fraguaron las relaciones internacionales abrieron el camino para la aparición, algunos anteriores al contexto de la Segunda Guerra Mundial y otros posteriores a ella, de toda una serie de organizaciones y organismos, en cuya consigna hacía eco el objetivo de regular todas aquellas actividades que empiezan a permear en la esfera de interrelaciones pacíficas y dinámicas en el plano internacional. Por consiguiente, estos organismos en general, sin enfatizar tanto su naturaleza misma que ciertamente es diversa, son concebidos como manifestación de la estructura institucional de una comunidad internacional que ha venido evolucionando hasta acogerse bajo la enramada de la actual globalización.

Así, tanto los organismos internacionales como sujetos actores en el nuevo proscenio como las convenciones o demás instrumentos, sin importar su denominación, gestados en su seno, son la cabeza del cuerpo global andante en esta época contemporánea, por ello con dificultad podrías tratar el alcance de la globalización sin la existencia y permanencia de estos sujetos.



³⁷¹Remiro Brotóns, Antonio; Riquelme, Rosa; op. cit., p. 226.

³⁷²“Nosotros los Pueblos, la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”, disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004567.pdf>, consultado el 06 de septiembre de 2014.



Los organismos reguladores del comercio internacional³⁷³

Sin importar el lado de la trinchera en la lucha de los mercados en la cual se encuentren, todos los agentes económicos del siglo XXI han apostado por la existencia de una serie de Organismos Internacionales con la capacidad de intervenir en la creación de un conjunto de instrumentos, que si bien desordenados, regulan la actividad comercial tanto desde una perspectiva pública como privada a nivel internacional.

Y es que tal y como Montesquieu³⁷⁴ afirmaba: “*l’effet naturel du commerce est de porter à la paix*». Consiguientemente, la idea del pensador político francés crea el habitáculo perfecto que ampara la noción de concebir al comercio como uno de los ámbitos internacionales que mayor atención y regulación requieren, pues un mal funcionamiento del mismo puede desencadenar conflictos relevantes capaces de repercutir en todas las economías del mundo.

De hecho, en la misma perspectiva histórica que venimos plasmando respecto de los Organismos Internacionales, hay autores³⁷⁵ que sostienen como primeras Organizaciones Internacionales, en tanto que entidades dotadas de un sistema de órganos permanentes y voluntad autónoma, aquellos que se originan en el siglo XIX, en el que los Estados se encontraban individualmente incapacitados para hacer frente a las consecuencias y efectos que algunas de sus manifestaciones representaban para su soberanía, como el caso de las comunicaciones de las enormes transformaciones materiales que representaba para la sociedad la utilización del vapor, la electricidad y el motor a explosión; en fin, ámbitos abiertos a la actividad humana por la segunda revolución industrial.



³⁷³Véase : González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, op. cit., pp. 210,

³⁷⁴Citado por Kessedjian, Catherine, *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnacionales*, France, Hague Academy of International Law, 2004, p. 93: El efecto natural del comercio es conducir a la paz. Traducción de la autora.

³⁷⁵Véase: Figueroa Pla, Uldaricio, *Organismos Internacionales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991, p. 33; Remiro Brotóns, Antonio; Riquelme, Rosa; et. Al., op. cit., p. 225.



Vemos entonces que la estructura de la comunidad internacional encabezada por estos organismos atiende a necesidades no solo de paz y seguridad sino también necesidades comerciales y económicas, por lo que en el seno de estas instituciones ahora de carácter mundial se gesta un Derecho Mercantil Internacional que regula y da soporte jurídico al comercio mundial que pasa a ser la columna vertebral de la actual economía que traspasa fronteras. En ese tenor, para efectos de la presente disertación se amerita un examen conciso de estos principales organismos:

- La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

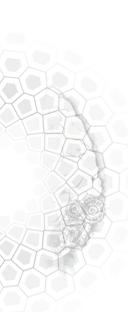
La CNUDMI o UNCITRAL (por sus siglas en inglés: *United Nations Commission on International Trade Law*) es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional. Así la Comisión fue establecida por la Asamblea General en 1966,³⁷⁶ de 17 de diciembre de ese mismo año):

Decide establecer una Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (llamada en adelante Comisión), que tendrá como objeto promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional...

La Comisión está integrada por 60 Estados miembros – 31 miembros más de los 29 con los cuales comenzó a operar en 1966– elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años.



³⁷⁶Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General Anuario 1968-1970, primera parte, cap. 11, secc. E.



En cada uno de sus períodos de sesiones anuales; la Comisión elige un presidente, tres vicepresidentes y un relator. Estas autoridades forman la Mesa de la Comisión. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión en su primer período de sesiones (1968),³⁷⁷ la elección de las autoridades se hace de tal manera que cada una de las regiones mencionadas esté representada en la Mesa.

- El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

El UNIDROIT, de las palabras francesas *union* (unión) y *droit* (derecho), también conocido como Instituto de Roma, ha tenido una labor destacada y determinante para configurar un Derecho uniforme, trabajando de manera conjunta con la CNUDMI.

Así, el UNIDROIT es fundado por el gobierno fascista de Italia, quien convirtiéndose en portavoz de una iniciativa personal del senador Vittorio Scialoja, propuso el 26 de septiembre de 1924, a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, la instauración de un ente internacional cuya finalidad fuese estudiar la problemática del derecho privado, con la mira de lograr una armonización y una coordinación entre las legislaciones de los distintos Estados. El 30 de septiembre de 1924, la Asamblea de la Liga de las Naciones adoptó una resolución con la cual aceptaba la propuesta del Estado italiano y solicitaba al Consejo de la Sociedad de Naciones la determinación de los poderes y las funciones del nuevo instituto; más tarde el 3 de octubre de 1924 el Consejo confirmó la aceptación efectuada por la Asamblea General.³⁷⁸

De esta manera, el Instituto cuenta con miembros de los cinco continentes, quedando representados así los diversos sistemas jurídicos, económicos y políticos, por ende, debe entenderse que no solo obtiene



³⁷⁷Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer periodo de sesiones, Suplemento No. 16 (A/7216), párr. 14; Anuario 1968-1970, segunda parte, cap. I. secc. A.

³⁷⁸Véase: Righetti, G, *Instituto Internazionale di Roma per l'unificazione del diritto privato*, Nuovo Digesto Italiano, VII, UTET, 1938, p. 267; Saule, M.R., *Instituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato*, Enciclopedia del Diritto, XXIII, Giuffrè, 1973, p. 58.



ingresos de la contribución anual básica del gobierno italiano, sino de las aportaciones de los Estados miembros que fueron fijadas de previo por la Asamblea General.

- La Organización Mundial del Comercio (OMC)

La OMC figura como uno de los organismos que ha promovido con mayor intensidad el comercio internacional; y es que desde 1948 existen acuerdos internacionales de alcance mundial, creados a la sombra de Naciones Unidas, para regular el Comercio y superar las guerras comerciales de la década de los 30, atribuidas al proteccionismo mercantil.

Y es que la OMC es el resultado de todo un proceso de años promovido por la comunidad internacional, a diferencia de la mayoría de los organismos en materia comercial, esta Organización Mundial del Comercio presenta antecedentes relevantes que no podemos obviar y que en definitiva los años noventa en los cuales se enmarca su génesis, no es necesariamente el inicio de las labores dirigidas a derribar las barreras comerciales.

Jorge Witker y Jaramillo,³⁷⁹ sostienen que la OMC es el marco institucional del comercio mundial, así como el órgano administrador de los acuerdos e instituciones creadas en la Ronda de Uruguay, y sus objetivos y servicios para incrementar el empleo e ingreso, y para ello, sus miembros se obligan a reducir sus aranceles y barreras comerciales y eliminar el trato discriminatorio del comercio mundial.

Como es de esperarse, la OMC deja de ser un simple Tratado, como lo era el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), para convertirse en una organización con personalidad jurídica, en la actualidad, al 30 de noviembre de 2015, se encuentra integrada por 165 Miembros³⁸⁰.

Es importante destacar que la OMC es uno de los organismos internacionales reguladores del sistema multilateral del comercio que



³⁷⁹Witker Jorge, Jaramillo, Gerardo, *Comercio Exterior de México, Marco Jurídico y Operativo*, México, Mac Graw-hill Interamericana Editores, 1996, p. 17.

³⁸⁰Véase la página oficial de la Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm, consultado el 03 de marzo de 2015.



mayor quejas genera en el actual contexto dado el carácter poco justo de sus regulaciones y decisiones, ello se demuestra por las masivas protestas que el grupo de los llamados globalifóbicos han llevado a cabo cuando tienen lugar sus diferentes reuniones, de cuyas rondas podemos decir que únicamente alcanzan acuerdo aquellas que se realizan con un fuerte aparato represivo policial del país sede, lo que se comprueba en las llevadas a cabo en Seattle el 29 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, y en Cancún, México, en septiembre de 2003; cumbres cuyo desarrollo fue impedido por la manifestación de miles de personas convocadas principalmente por sindicatos, profesionales, anarquistas, personas comunes y obviamente, dadas las consecuencias negativas en materia ambiental, por organizaciones ecologistas.

- La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

En la capital francesa París en 1919, mucho antes que cualquiera de los otros organismos e instituciones antes referidas, surge un ente representativo de los intereses de la comunidad empresarial mundial bajo la denominación de Cámara de Comercio Internacional; recordemos que a lo interno de los distintos países encontramos una serie de cámaras integradas por el sector privado con el fin de regular su actividad doméstica comercial; pues de la misma manera, los comerciantes de la época apostaron por la creación de un aparato con fines similares pero esta vez para atender los retos de una economía con disposición mundial.

De conformidad al Diccionario de Comercio Internacional,³⁸¹ este organismo se concibe como una organización de comercio de carácter internacional establecida en París en 1919, la cual actúa como organismo de consulta del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas desde 1946, obrando a manera de centro de consulta para el intercambio de ideas e iniciativas en relación con las políticas económicas.



³⁸¹Osorio Arcila, Cristóbal, *Diccionario de Comercio Internacional*, Bogotá, Ecoe Ediciones, Colombia, 2006, p. 53.



Los miembros de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) son empresas que efectúan transacciones internacionales y también organizaciones empresariales, entre ellas muchas Cámaras de Comercio. En la actualidad las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en más de 90 de ellos.

- La Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

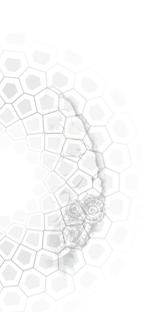
Dedicarnos al estudio de la materia mercantil internacional no significa investimos de una actitud pueril y parcial de la realidad global, admitiendo la teoría de que la liberalización comercial por sí sola iba a ser capaz de establecer un juego equitativo para todas las economías mundiales; permitiendo a diversos países poner un pie fuera del hueco del “subdesarrollo”, alcanzando así poco a poco la estabilidad anhelada. No obstante, por más que los diversos acuerdos o tratados de creación de los organismos reguladores del comercio internacional pugnen por un comercio justo, un reparto más equitativo de los recursos y el anhelado bienestar de todos; el discurso como buena impresión en papel quedó relegado a la retórica mediando siempre un abismo con la realidad imperante.

Consiguientemente, no es suficiente el hecho de que los diversos instrumentos internacionales actúen siempre bajo las premisas de justicia, pues dichas premisas han quedado como mera recomendación estéril, dado que la brecha entre ricos y pobres se extiende cada vez más. No obstante, lo que sí tiene mérito destacar es que la comunidad internacional ha demostrado la preocupación por los países en vías de desarrollo mediante la creación de organismos especiales cuya actividad esté orientada a maximizar los beneficios de países pobres en las transacciones del comercio mundial.

De hecho, como asevera Paulino Arellanes,³⁸² la Resolución 1522 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su período XV de 1960 planteó un aporte mínimo que los países desarrollados deben canalizar



³⁸² Arellanes Jiménez, Paulino Ernesto, *Regulaciones Internacionales de las Inversiones extranjera directas y de las empresas transnacionales*, Puebla, Montiel y Soriano Editores, 2003, p. 127.



como ayuda a países en desarrollo, equivalente al 1% del PIB. Ello significa que la preocupación por los índices de pobreza en aumento comienza a hacer eco en países de primer mundo.

Así, con motivo de la conferencia de Ginebra, Suiza del 16 de Junio de 1964 se crea la UNCTAD para promover la integración de los países en vías de desarrollo en la economía mundial. Si bien, su denominación pareciera hacer referencia a un simple evento bajo la terminología de “conferencia”, se trata de una verdadera organización que ha alcanzado tal evolución que se ha convertido en una autoridad.

La UNCTAD constituye un foro de negociaciones que se reúne de manera periódica (cada tres o cuatro años, con duración aproximada de tres meses), en el que participan los representantes de los países miembros, los cuales votan las decisiones a adoptarse. Así, para el desarrollo de los trabajos se forman cuatro grupos con los representantes de los países que asistan, siguiendo criterios geográficos y con base en el nivel de desarrollo:

1. El primer grupo se integra por representantes de los países en desarrollo.
2. El segundo grupo por representantes de países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo económico (OCDE).
3. El tercer grupo se integra por los representantes de países latinoamericanos.
4. Y el cuarto grupo por los países de economías centralmente planificadas, que prescinden de un mercado para la asignación de recursos.



¿Existe una verdadera gobernanza global en el seno de los organismos internacionales reguladores del comercio?

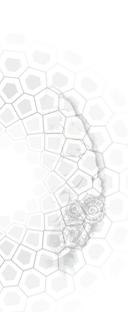
Quizás fue demasiado alentador haber formulado el epígrafe del presente apartado a manera de interrogante, pues aquél que se permita leerlo podría albergar la esperanza de ver delineada, en los siguientes predicados intelectuales, una posible respuesta afirmativa, no obstante, desde una posición epistémica y en lo absoluto pueril debemos anticipar como negativa la contestación a tal pregunta, toda vez que no existe aún una verdadera gobernanza global en las decisiones que se toman en los organismos reguladores y supervisores del comercio con vocación mundial, visto este último como piedra angular de la economía también global.

Como bien refiere Calva³⁸³ “en el actual proceso de globalización tenemos un sistema al que denomina: *manejo global sin gobierno global*. Instituciones como la OMC, el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y otras, conforman un sistema *ad hoc* de manejo global, pero que está muy lejos de ser un gobierno global y carece de un mecanismo democrático de rendición de cuentas. La tarea consistiría, entonces, en reformar las políticas y la gobernanza de la economía mundial”.

Siendo más severos que el autor anterior, nosotros nos decantamos más por denominar al actual sistema como “manipulación global en lugar de manejo o gobernanza global”. La anterior tesitura se refuerza aún más si recordamos que los actuales organismos internacionales del comercio crean instrumentos jurídicos que nutren una “*Lex Mercatoria*” o “Ley del Comerciante”, a la cual se le adjudica incluso un carácter despótico, toda vez que se trata de una clase comerciante que en el marco de la globalización se ha enriquecido desmedidamente dejándoles a su vez una potestad de autorregulación que sin duda no se halla impregnada por la búsqueda del bienestar general, la promoción de una economía sostenible, protección del medio ambiente, derechos humanos, entre otros temas que ahora forman parte de la preocupación global.



³⁸³Calva, José Luis, *Crisis económica mundial y futuro de la globalización*, Juan Pablos Editor, México, 2012, p.19.



Del estudio anterior referido a cada organismo internacional y en el cual destacábamos la composición de cada uno de ellos, es notoria la tendencia de la CNUDMI y del UNIDROIT de albergar una representación de los principales sistemas económicos, geográficos y jurídicos, intentando rescatar en buena medida una noción democrática en su toma de decisiones plasmadas en posteriores instrumentos internacionales; sin embargo, el impacto que los mismos poseen en el actual sistema económico mundial se ve opacado frente a la imponente participación de la Organización Mundial del Comercio, última en la cual las decisiones son tomadas a partir de mecanismos plutocráticos que atienden a los intereses de las potencias más poderosas, pues recordemos que la OMC³⁸⁴ obtiene la mayoría de los ingresos para su presupuesto anual de las contribuciones señaladas a sus Miembros. Estas contribuciones se establecen con arreglo a una fórmula basada en su participación en el comercio internacional, y sin hesitación alguna, los países de primer mundo son los que mayor índice de participación poseen en los intercambios de bienes y servicios.

Junto con sus aliados del sistema financiero mundial: el FMI y BM, la OMC³⁸⁵ ha marcado fuertes tendencias negativas en materia no solo económica, sino social y ambiental, y por supuesto han demostrado a su vez una evidente debilidad para gobernar adecuadamente tal sector global.

Las instituciones de Bretton Woods siguen un modelo que combina el voto ponderado y las circunscripciones y, por consiguiente, las relaciones de poder con la participación universal. Estas relaciones de poder están arraigadas en las cuotas de aportes de capital, que siguen el principio de “un dólar, un voto”. Si bien no se fosilizaron, como en el ECOSOC (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas), su proceso de redefinición fue lento, doloroso y ciertamente incompleto en los últimos años, e incluye una pequeña cuota de votos básicos que siguen el principio de “un país, un



³⁸⁴Dato obtenido de la página oficial de la Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/secre_s/budget_s.htm, consultado el 12 de octubre de 2016.

³⁸⁵Como bien refiere Jean Ziegler: “Fieles mercenarios y eficaces servidores de las órdenes de los depredadores son los bomberos pirómanos del Fondo Monetario Internacional, los fanáticos seguidores del Banco Mundial y los de la Organización Mundial de Comercio”, en: *Los nuevos amos del mundo*, disponible en: http://www.esposiblelaesperanza.com/index.php%3Fopcion%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D1197:los-nuevos-amos-del-mundo-jean-ziegler%26catid%3D18:1-globalizacion-como-explotacion-y-dominacion%26Itemid%3D9, consultado el 12 de octubre de 2016.



voto”, que se aumentó con las recientes reformas para proteger a los países pequeños y pobres.³⁸⁶ No obstante, tal mecanismo aún no ha dado muestras de un cambio en las disposiciones, cual catecismo bendito, impuestas por tales instituciones a nuestros países en desarrollo, pues siempre existe una presión sobre los miembros más débiles.

El modelo de la OMC, asimismo está basado sobre la creación de consenso mediante un sistema de “círculos concéntricos”. Este es, según, un modelo participativo en que las negociaciones se realizan entre representantes de ciertas coaliciones, los que luego responden a ellas (y, por ende, se supone que son transparentes). Este sistema es inclusivo, dado que las delegaciones participan en las negociaciones y tienen que formar parte de la decisión final, la que debe basarse sobre el principio del consenso. Sin embargo, en la práctica, este sistema demostró ser relativamente ineficaz en términos de toma de decisiones e incluye elementos de desigualdad, en particular, la presión sobre los miembros más débiles.³⁸⁷

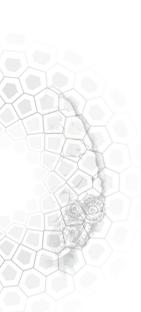
La CCI por su parte, representa los intereses del sector privado internacional, y no es necesario todo un ejercicio acrobático mental para deducir que ellos nos conducen por el sendero de su conveniencia, y suelen frenar muchas veces – tal cual sucede con el sector privado a lo interno de nuestros países – las oportunidades y regulaciones que pueden significar un latente obstáculo a su actividad netamente lucrativa. Y si bien estos son intereses sectoriales, recordemos que los esfuerzos por una gobernanza global también pueden y deben derivar de cualquier grupo de individuos y más de los mercaderes contemporáneos que muchas veces llegan a obtener ingresos más elevados que el PIB de muchos países marginados.

Finalmente, la participación que se le otorga a la única entidad internacional que procura figurar en defensa de los intereses de los menos favorecidos – UNCTAD – es limitada, toda vez que sus recomendaciones y asistencias a los países en desarrollo no tienen una naturaleza vinculante y mucho menos impactante para intentar al menos equilibrar la balanza de



³⁸⁶Ocampo, José Antonio, *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafío y prioridades de la cooperación internacional*, Argentina, Siglo XXI Editores, CEPAL, 2015, p. 44.

³⁸⁷*Idem*.



poderes internacionales – por llamar de alguna manera a toda la arquitectura organizacional internacional –; su participación en la mitigación de las asimetrías que caracterizan el actual sistema comercial multilateral ha sido imperfecta y aún ineficaz.

Por ende, ante los señalamientos anteriores refrendamos como negativa nuestra respuesta a la interrogante de la existencia de una gobernanza global en materia comercial, y nos unimos a los corifeos de aquellos que vociferan desesperadamente por una coordinación y cooperación internacional que permita permutar esta “manipulación global” por una auténtica “gobernanza global”, superando esa crisis de la democracia mundial.

Así, la vida internacional ya no se resume en una yuxtaposición de soberanías y una confrontación de poderes. Se va configurando poco a poco un humanismo internacional o, mejor, transnacional. Existen ya instituciones que pueden ser capaces de fijar prácticas eficaces; la lenta ascensión del principio de jurisdicción universal, la universalización de los derechos humanos y el reforzamiento de la integración internacional son elementos de buena gobernanza capaces de hacer frente a largo plazo a la diseminación de la violencia y desigualdad que hoy nos sigue caracterizando.³⁸⁸

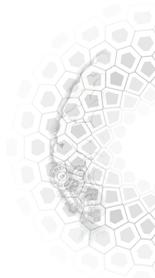
Conclusiones

Después de toda la disertación intelectual anterior nos permitimos bosquejar las siguientes conclusiones:

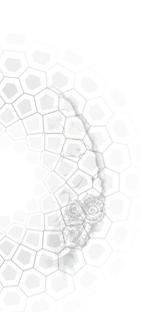
1. Actualmente la gobernanza global sigue siendo un anhelo clamado por aquellos que nos hemos vistos azotados por las tendencias negativas del proceso de globalización, es aún una buena poesía que seduce con sus versos a simples soñadores de un mundo que se halla todavía en desequilibrio.



³⁸⁸Innerarity, Daniel, *op. cit.*, p. 19.



2. Los nuevos sujetos del espacio internacional conocidos como organismos mundiales que ocupan un lugar preponderante en este nuevo proscenio, siguen empleando mecanismos de decisión inadecuados que se alejan de la verdadera noción de gobernanza global.
3. La existencia de una manipulación global que se mueve al ritmo de los hilos que maniobran los titiriteros del injusto sistema económico mundial vigente, siguen reproduciendo y profundizando las asimetrías internacionales.
4. Se establece como desafío impostergable la necesidad de reflexionar sobre las fortalezas y debilidades de las configuraciones internacionales existentes, para redistribuir una asignación de potestades que coadyuve a esta gobernanza global.
5. La comunidad empresarial internacional debe procurar un liderazgo que aporte a una gobernanza que le devuelva al comercio su inmanencia reflejada en la satisfacción de necesidades humanas para la búsqueda de un bienestar general.
6. Alcanzar una verdadera gobernanza global permitirá humanizar el proceso de globalización mismo, a través de decisiones y políticas incluyentes y democráticas.
7. Dejemos de lado el lema que verdaderamente impera en nuestra actualidad: “soluciones empresariales a problemas globales” para transitar a la bandera que deben ondear los futuros esfuerzos bajo la insignia de “soluciones democráticas globales a problemas globales”.



Referencias

Bibliográficas

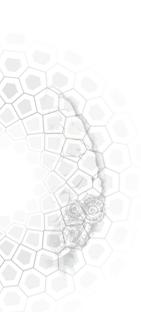
1. Arellanes Jiménez, Paulino Ernesto, *Regulaciones Internacionales de las Inversiones extranjera directas y de las empresas transnacionales*, Puebla, Montiel y Soriano Editores, 2003.
2. Calva, José Luis, *Crisis económica mundial y futuro de la globalización*, Juan Pablos Editor, México, 2012.
3. Del Arenal, Celestino, La génesis de las relaciones internacionales como disciplina científica, en: *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 2. Núm. 4. Octubre-diciembre 1981.
4. Drnas De Clément, Zlata, *Organización de la Comunidad Internacional a inicios del Tercer Milenio*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T. XL, Argentina, 2001.
5. Figueroa Pla, Uldaricio, *Organismos Internacionales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1991.
6. González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, *La Codificación del Derecho Mercantil Internacional*, Porrúa, México, 2015.
7. González Rivera, Tatiana Vanessa y Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *La codificación del Derecho Mercantil Internacional*, Porrúa, México, 2015.
8. Griffiths Spielman, John, *Teoría de la seguridad y defensa en el continente Americano, Análisis de los casos de EE.UU. de América, Perú y Chile*; Santiago, RIL editores, 2011.
9. Hidalgo Capital, Antonio Luis, *El sistema económico mundial y la gobernanza global, una teoría de la autorregulación de la economía mundial*, España, 2007.
10. Innerarity, Daniel, *La gobernanza global, de la soberanía a la responsabilidad*, Revista CIDOB d'Afers Internacionals, n.100, p.



- 11-23. Diciembre 2012.
11. Kessedjian, Catherine, *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, France, Hague Academy of International Law, 2004.
 12. Ocampo, José Antonio, *Gobernanza global y desarrollo. Nuevos desafío y prioridades de la cooperación internacional*, Argentina, Siglo XXI Editores, CEPAL, 2015.
 13. Ochoa García, Carlos, *Derecho Consuetudinario y pluralismo jurídico*, Guatemala, Cholsamaj, 2002.
 14. Osorio Arcila, Cristóbal, *Diccionario de Comercio Internacional*, Bogotá, Ecoe Ediciones, Colombia, 2006.
 15. Remiro Brotóns, Antonio; Riquelme, Rosa; *et. Al.*, *Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
 16. Righetti, G, *Instituto Internazionale di Roma per l'unificazione del diritto privato*, Nuovo Digesto Italiano, VII, UTET, 1938, p. 267; Saulle, M.R., *Instituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato*, Enciclopedia del Diritto, XXIII, Giiuffré, 1973.
 17. Serna de la Garza, José, *Reflexiones sobre el concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico, presentado en "El concepto de «gobernanza global» y los retos actuales del Derecho Público"* del Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Monterrey, Nuevo León, 23-25 de abril de 2009.
 18. Weston Janis, Mark y Noyes E., John, *International Law Cases and commentary*, United States of America, American casebook Series, 2006.
 19. Witker Jorge, Jaramillo, Gerardo, *Comercio Exterior de México, Marco Jurídico y Operativo*, México, Mac Graw-hill Interamericana Editores, 1996.

Electrónicas

20. Jean Ziegler, en: *Los nuevos amos del mundo*, disponible en:
21. http://www.esposiblelaesperanza.com/index.php%3Foption%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D1



197:los-nuevos-amos-del-mundo-jean-ziegler%26catid%3D18:1-globalizacion-como-explotacion-y-dominacion%26Itemid%3D9, consultado el 12 de octubre de 2016.

22. Página oficial de la Organización Mundial del Comercio, disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm, consultado el 03 de marzo de 2015.
23. Mayorga, Fernando, Córdoba, Eduardo, Gobernabilidad y gobernanza en América Latina, disponible en: <http://www.institut-gouvernance.org/docs/ficha-gobernabilida.pdf>, consultado el 11 de octubre 2016.
24. “Nosotros los Pueblos, la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI”, disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan004567.pdf>, consultado el 06 de septiembre de 2014.

Documentos internacionales

25. Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General Anuario 1968-1970, primera parte, cap. 11, secc. E.
26. Documentos Oficiales de la Asamblea General, vigésimo tercer periodo de sesiones, Suplemento
27. No. 16 (A/7216), párr. 14; Anuario 1968-1970, segunda parte, cap. I. secc. A.



CÁMARA DE DIPUTADOS
LXIII LEGISLATURA

“Derecho y Buen Gobierno”
Se termino de imprimir en noviembre de 2017
en la Direccion de Talleres Gráficos de Cámarade Diputados,
con un tiraje de 1000 ejemplares

La Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por medio del Consejo Editorial, se honra en publicar la obra titulada *Derecho y Buen Gobierno*, en la que participan trece reconocidas académicas y académicos de México, Ecuador, Colombia, Chile, Cuba, Nicaragua, Alemania y España, quienes reflexionan sobre la trascendencia de la norma jurídica en diversos aspectos de la vida pública, dando muestra del entusiasmo y convocatoria que concitan los proyectos realizados por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Pero los trabajos aquí presentados no sólo establecen diagnósticos, sino sobre todo alternativas serias, forjadas por mujeres y hombres altamente calificados, que desde diversos centros de investigación de Iberoamérica, han canalizado su conocimiento y experiencia en la construcción de ideas tendientes a la materialización de una mejor visión del Estado y del gobierno, para beneficio de las sociedades del siglo XXI.

A manera de colofón señalo que es propósito de las y los Diputados integrantes del Consejo Editorial, seguir apoyando el trabajo proveniente de las universidades y centros del pensamiento de todo el país, abocados al análisis de nuestra realidad, pero sobre todo, de soluciones a sus problemas. Pues estamos convencidos de que es ahí donde se produce e innova el conocimiento para el progreso de México.

Emma Margarita Alemán Olvera

Diputada Federal por el Estado de Morelos
Presidenta del Consejo Editorial

