Derechos Humanos y Políticas Públicas

ante los nuevos retos sociales en México

CARLOS H. REYES DÍAZ
ROBERTO MARTINEZ REGINO
HÉCTOR ALEJANDRO RAMÍREZ MEDINA
(Coordinadores)

UNAM
POSGRADO
Derecho

Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México

CARLOS H. REYES DÍAZ
ROBERTO MARTINEZ REGINO
HÉCTOR ALEJANDRO RAMÍREZ MEDINA
(Coordinadores)

UNAM
POSGRADO
Derecho

Primera edición, 2021.

Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México

Coordinadores:
Carlos Humberto Reyes Díaz
Roberto Martínez Regino
Héctor Alejandro Ramírez Medina

Imagen de portada: Ignacio Pérez de León Magaña
Diseño de portada y maquetación: José Manuel Guevara García

ISBN versión digital: 978-607-30-4453-0
ISBN versión impresa: 978-607-30-4458-5

Derechos reservados 2021. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio “F”, Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México.
© Carlos Humberto Reyes Díaz
© Roberto Martínez Regino
© Héctor Alejandro Ramírez Medina

Hecho en México.

UNAM
POSGRADO
Derecho

Directorio

Enrique Graue Wiechers
Rector

Leonardo Lomelí Vanegas
Secretario General

Patricia Dolores Avila Aranda
Coordinadora General de Estudios de Posgrado

Fernando Guadalupe Flores Trejo
Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho

Entidades

Raúl Contreras Bustamante
Facultad de Derecho

Manuel Martínez Justo
Facultad de Estudios Superiores Acatlán

Fernando Macedo Chagolla
Facultad de Estudios superiores Aragón

Pedro Salazar Ugarte
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Derechos Humanos y Políticas Públicas ante los nuevos retos sociales en México

CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ
ROBERTO MARTINEZ REGINO
HÉCTOR ALEJANDRO RAMÍREZ MEDINA
Coordinadores

INDICE

Prólogo 9
Carlos H. Reyes Díaz

Introducción 13
Héctor Alejandro Ramírez Medina

Presentación 15
Roberto Martinez Regino

Políticas públicas del estado mexicano para la educación en derechos humanos y autoeducación de éstos 19
Guadalupe Angélica Carrera Dorantes.

Prácticas de gobierno abierto y su impacto en el combate a la corrupción. 39
Ana Josefina Bello Jiménez.

La tutela judicial efectiva de los derechos humanos y el impulso de la distribución presupuestaria en méxico 79
Roberto Martinez Regino.

Los derechos político-electorales en México como obstáculo para el combate a la corrupción: la medida cautelar de suspensión temporal 113
Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria.

Deconstruccion y redeterminación de patrones socioculturales
en la protección del derecho a una vida libre de violencia
para la mujer a traves de un control difuso de constitucionalidad
y control de convencionalidad 131
Ma. Esperanza Vázquez Neri.

La economía social y solidaria y el derecho a la igualdad:
convergencia teórica y práctica en el contexto mexicano 157
Tatiana Vanessa González Rivera
Prudenzio Mochi Alemán

La autonomía de la voluntad y los contratos wraps 191
Eduardo Calderón Marenco
Jaime Elías Torres Buelvas

La educación en méxico durante la pandemia,
reflexiones desde la banca 229
Héctor Alejandro Ramírez Medina

PRÓLOGO

La protección de derechos humanos es una tarea permanente de cualquier sociedad democrática. La prevención de violaciones y la atención inmediata y efectiva de las mismas son premisa indispensable que rebasa al ámbito nacional y su garantía tiene elementos uniformes en el ámbito global. Su vínculo con las políticas públicas radica en la irremediable actividad del Estado para fortalecer el régimen jurídico de los derechos humanos. Aunque el diseño y la construcción de estos se ubica en mayor medida en el ámbito internacional, son las normas jurídicas y las instancias jurisdiccionales y administrativas nacionales las que los consolidan día con día.

La construcción de políticas públicas, por su parte, consiste en el diseño, construcción, implementación y ejecución de las actividades por las cuales los poderes públicos cumplen los compromisos internacionales y son todas ellas tareas permanentes en cualquier país. Se requiere de un análisis profundo y muchas veces diferenciado de país en país por el que se tomen en cuenta todas las necesidades a las que dicha política va dirigida, así como los costos y posibles afectaciones. La política que busca resolver problemas, al igual que la que intenta fortalecer objetivos legítimos de una sociedad, requiere de visiones múltiples de todos los involucrados. Ya sea que se trate de educación, combate a la corrupción, distribución del ingreso, vida libre de violencia, y otras más que son tratadas en esta obra, todas ellas tienen un común denominador, buscan hacer de la sociedad en la que vivimos un espacio idóneo para la convivencia pacífica y ordenada, así como para el desarrollo de nuestras capacidades personales y de grupo.

Una adecuada política pública es aquella que tiene a los derechos humanos como referente. El binomio políticas públicas y derechos humanos es fundamental para una sociedad democrática y funcional. Dice Tony Judt que muchos países en desarrollo no pa-

decen solamente de salarios bajos, sino también y, sobre todo, de "derechos bajos." La tendencia a valorizar todo bajo estándares meramente económicos ha propiciado -sigue Judt- que destruyamos la naturaleza, porque la belleza del paisaje es algo de lo que nadie se ha apropiado y por lo mismo, carece de valor económico. Para este autor algo va mal cuando el ser humano no coloca sus prioridades en el lugar que deberían de corresponderles. Para lograrlo, es necesario plantear de manera correcta los objetivos que queremos como sociedad y adaptar las regulaciones a dichos objetivos, es por ello por lo que, en cada norma jurídica que se elabora, en cada regulación administrativa no se puede perder de vista el objetivo de interés social que se busca como fin último.

En el campo jurídico ninguna idea es definitiva. Esta obra presenta al lector miradas variadas sobre temas diversos pero interconectados por los derechos humanos y las políticas públicas, porque nuestra sociedad requiere de expresiones que pongan atención en aquellos factores que como sociedad no podemos pasar por alto, ni dejar de repensarlos de manera cotidiana. Los derechos humanos no se agotan con un acto gubernamental, requieren de su ejercicio y fortalecimientos permanente, tienen que avanzar igual o más rápido que el cambio social, de lo contrario se corre el riesgo de ser inefectivos, o de erosionar el estado de derecho que tanto trabajo cuesta construir y mantener.

Las aportaciones que se presentan en esta obra son acercamientos académicos que están (y así debe de ser) disponibles para el análisis y el debate del lector. Por tratarse de temas de contenido social es natural que existan visiones encontradas y disconformes sobre ellos, pero una de las virtudes de la academia consiste en abordar los problemas con todas las visiones posibles y reconocer en nuestras diferencias el valor de nuestra pluralidad.

Como es natural, en un momento de pandemia como el que vivimos en este momento, es imprescindible reconocer que los derechos

humanos se ven fuertemente amenazados con posibles políticas de emergencia ineficientes que cada país adopta en muchos sectores, razón de más para no perder de vista la necesidad de fortalecer el estado de derecho, pues los grupos sociales más vulnerables son los que tienden a resentir con mayor fuerza los efectos negativos de las crisis y, por consecuencia, de las malas políticas públicas.

Resulta de gran importancia poner estos temas en confrontación permanente, pero es igualmente importante redefinir las prioridades regulatorias. Sobre esto, coincido con la opinión del Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Stephen Breyer, para quien el mal establecimiento de las prioridades es uno de los principales obstáculos a la buena regulación. En la medida en que pongamos a los derechos humanos en el centro de las políticas públicas estaremos en mejores condiciones de afrontar los retos del mundo convulso en el que vivimos.

Confío en que la obra que tiene el lector a su alcance cumpla con el objetivo de propiciar un mayor análisis y discusión sobre temas de relevancia actual y de interés general, no solamente jurídico, sino multidisciplinario.

Carlos H. Reyes Díaz
Abril, 2021

INTRODUCCIÓN

En una sociedad como la nuestra, hablar de Derechos Humanos y de cuestiones de Género hoy en día es muy importante, de igual manera lo es hablar de las políticas públicas que buscan salvaguardarlos y garantizarlos y, por supuesto del presupuesto que tanto el Congreso Federal como los gobiernos locales destinan año con año para su protección efectiva.

Sin duda alguna a prácticamente 10 años de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011 hay muchos avances, pero también grandes rezagos y desafíos que tenemos que afrontar junto con el retroceso que trajo consigo la pandemia del 2020.

Hoy tenemos mejores resultados en los indicadores e índices de Desarrollo Humano, en parte por los avances que la mencionada reforma ha logrado al poner a hombres y mujeres en el centro de acción de la política pública, dando paso también a otras grandes reformas como la que originó el Sistema Nacional de Transparencia, el cual se ha convertido en una herramienta fundamental en los estudios de los análisis de la efectividad, eficacia y eficiencia de la Política Social.

En la presente obra el lector encontrará una variedad de temas que sin duda son punta de lanza para lograr una mejor efectividad y progresividad de nuestros derechos fundamentales que permitirán a los legisladores y hacedores de políticas públicas garantizar el acceso a mejores programas sociales que alcancen a cubrir las necesidades básicas de todas las personas sin distinción logrando así una cobertura univer- sal. Tambien encontrará propuestas que, de convertirse en leyes o en reformas nos permitan dar atención y seguimiento a los problemas pendientes, así como robustecer la protección y tutela efectiva de los Derechos Humanos consagrados en nuestra Constitución tanto por la vía jurisdiccional como por la vía no jurisdiccional.

Celebro con mucho agrado el hecho que esta obra tenga igual número de autoras y autores llevando a la academia a la implemen-

tación de la paridad de género, lo que nos permitirá continuar a la vanguardia y seguir generando espacios donde la equidad y la igualdad sustantiva sean las metas a alcanzar, logrando dar sitio para todas y todos.

Reconozco el amplio esfuerzo de Guadalupe Angelica Carrera Dorantes, Ana Josefina Bello Jiménez, Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, María Esperanza Vázquez Neri, Tatiana Vanessa González Rivera, Prudenzio Mochi Alemán, Eduardo Calderón Marenco, Jaime Elías Torres Buelvas y Roberto Martínez Regino, ya que con la evaluación de algunas políticas públicas que se presentan en esta obra, sientan las bases para el debate y propuestas de las reformas pendientes.

Personalmente agradezco a Abril Uscanga Barradas y a Carlos H. Reyes Díaz, la oportunidad de desenvolverme desde 2015 en este prestigiado ámbito académico.

Héctor Alejandro Ramírez Medina
Abril 2021

PRESENTACIÓN

En la actualidad no puede negarse la importancia y trascendencia de los derechos humanos, que al ser inherentes a la naturaleza de la persona, preceden al Derecho, pero al integrarse en las diversas normas jurídicas el Estado asume un reconocimiento formal de cumplimiento en forma principal y por diversos órganos supranacionales de derechos humanos de manera complementaria.

Las crecientes necesidades y problemas sociales que acontecen en el ámbito nacional muchas de ellas comunes en la comunidad global hace necesario en forma constante nuevas formas de pensar las instituciones, de ahí que el Derecho Internacional de Derechos Humanos bajo la influencia de la globalización en el Estado generé como efecto la expansión de cada vez mayores derechos humanos en los *corpus iuris* así como diversos instrumentos y mecanismos para lograr su eficacia.

El actual Estado Constitucional y Democrático de Derecho, permite apreciar la superación de la noción democrática jacobina por el de democracia sustancial, asimismo la contemporánea caracterización de la supremacía constitucional jurídica y no política, sin duda sujeta a los órganos públicos al cumplimiento de los derechos de las personas frente al ordenamiento orgánico existente.

Así, el Estado para el cumplimiento de los derechos humanos debe desplegar políticas públicas entendidas como acciones para lograr objetivos sociales compartidos y bienestar social, en sus dos modalidades existentes; normativa y operativa, la primera con una amplia riqueza de disposiciones jurídicas nacionales e internacionales y la segunda las acciones operativas que materialicen las primeras y concreten los derechos fundamentales a través de bienes y servicios con los cuales se cumplan los derechos humanos a cargo del Estado.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, sin duda, permite apreciar que tales políticas públicas deben

partir de la definición del problema, para su posterior diseño, aprobación, ejecución y evaluación conforme a una serie de principios de racionalidad ampliada, es decir, no solo a los principios de las referidas políticas; eficiencia, eficacia, economía, productividad y oportunidad, sino también a la obligación del Estado[1] de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, las características de los derechos fundamentales; universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, los estándares internacionales de derechos humanos; como son los elementos básicos: a) disponibilidad, b) accesibilidad, c) calidad y d) aceptabilidad, así como los principios de aplicación: a) identificación del núcleo del derecho, b) progresividad, c) no regresión, d) máximo uso de los recursos disponibles, y otros que dependerán de cada derecho en particular. Aunado a ello, la suma de principios mínimos transversales como la igualdad y no discriminación, la participación, coordinación y articulación de los diversos órdenes de gobierno además de diversos mecanismos de exigibilidad.

En este sentido, es existente la asimetría entre los derechos humanos referidos en las normas jurídicas y su cumplimiento, ello es así pues el acontecer diario permite advertir los diversos tipos y grados de violaciones a derechos fundamentales, entre cuyos factores se encuentra en forma importante la falta de idoneidad de las políticas públicas operativas requeridas.

De esta manera, puede afirmarse si la eficacia de los derechos humanos a cargo del Estado requiere de políticas adecuadas pero se carece de ellas, entonces continuará la violación de los derechos de las personas, la degradación social y debilitamiento institucional, entonces es necesario el estudio de los factores que permitan desarrollar políticas públicas idóneas para la efectividad de los derechos humanos.

[1] Véase al respecto Salazar Ugarte, Pedro (Coordinador), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp.145-153.

En este contexto, el estudio de las diversas temáticas de quienes participamos en la presente publicación, tienen como objetivo reflexionar en cómo lograr el mayor efecto deseado en el cumplimiento de los derechos humanos a través de los aspectos que deben caracterizar las políticas públicas apropiadas para ello: a) mediante las diversas modalidades de la educación formal, informal y de autoenseñanza de los derechos humanos, b) el combate a la corrupción por medio de prácticas del gobierno abierto, c) la efectiva protección judicial de los derechos humanos y el impulso de la distribución del presupuesto público para financiar las políticas requeridas, d) si la protección de los derechos político-electorales es o no un obstáculo al combate a la corrupción por la inaplicación de la medida cautelar de suspensión temporal del servidor público con cargo de elección popular o con fuero, e) la deconstrucción y redeterminacion de referentes en las instituciones sociales respecto a la mujer a fin de superar la violencia que se ejerce hacia esta última, f) el enfoque de la economía social y solidaria que subordinado a la política social y por medio de la práctica de valores como la cooperación, el compromiso, el apoyo mutuo, la equidad y la solidaridad, permita superar la desigualdad social, g) la limitación de la autonomía de la voluntad del consumidor en la firma de contratos electrónicos como son los *wraps*, y h) la redefinición de acciones entre ellas económicas para la efectividad del derecho a la educación en el contexto de la pandemia.

La convergencia de los diversos estudios realizados respecto a múltiples problemas que acontecen en la realidad, con distintas causas, efectos y grados de complejidad, permiten en forma innovadora proponer implementaciones para que las políticas públicas logren la eficacia deseada de los derechos humanos. Sin duda, la presente obra es el resultado de la suma de esfuerzos, en el que se fomenta la generación de conocimiento de frontera para su oportuna aplicación.

Roberto Martinez Regino

Abril, 2021

POLÍTICAS PÚBLICAS DEL ESTADO MEXICANO PARA LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS Y AUTOEDUCACIÓN DE ÉSTOS

Guadalupe Angélica Carrera Dorantes[1]

SUMARIO: I. Planteamiento del tema. II. Desarrollo. III. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. Los avances en materia derechos humanos
2. *Panorama general de los derechos humanos en M*éxico en el 2018, según la CNDH

II. DESARROLLO

1. Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos
2. Políticas públicas del Estado mexicano para la educación en derechos humanos
3. *Autoeducación en derechos humanos* ***para ser más humano***

III. CONCLUSIONES

[1] Dra. en Derecho y Profesora de Educación Primaria. Profesora de la materia de *Teoría de la justicia y los derechos humanos* en la Maestría en Derecho de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesora de la Universidad LA SALLE y del INADEJ. Evaluadora externa del CENEVAL.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. *Los avances en materia derechos humanos.*

La humanidad ha avanzado en ciencia y tecnología, y también en derechos humanos. En este último aspecto hemos avanzado, nos damos cuenta de lo anterior cuando estudiamos desde el surgimiento del concepto de justicia y la estructuración de las teorías que la estudian desde diferentes ópticas del conocimiento: filosófico, sociológico, histórico, religioso, económico, jurídico, etc.

También cuando advertimos que hemos logrado darle una fundamentación filosófica, política, social, histórica, económica y jurídica a los derechos humanos, tanto en la doctrina, como a través de instrumentos internacionales firmados por un gran número de países, aunque algunos no han sido ratificados por potencias mundiales, como Estados Unidos y China, así como por países como Corea del Norte, países del Medio Oriente, de África, así como de nuestra región latinoamericana. También vamos avanzando mediante la jurisprudencia y la interpretación en materia de derechos humanos.

> Los Derechos Humanos no son para nada ajenos a tales circunstancias y por tanto los temas relacionados con ellos también han experimentado un notable desarrollo y expansión. En los últimos años hemos visto cómo además de ser incluidos en las constituciones y leyes de los Estados, han pasado también a la escena internacional al ser incluidos en múltiples instrumentos internacionales y al establecerse también sistemas internacionales para su protección.[2]

[2] De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *La situación actual de los derechos humanos en el mundo,* IUS, Revista Jurídica, Universidad Latina de Améri-

La Organización de las Naciones Unidas ha buscado proteger los derechos humanos, mantener la paz y la seguridad, distribuir ayuda humanitaria, promover el desarrollo sostenible y defender el derecho internacional.[3] En su página oficial de Internet, nos recuerda lo siguiente:

> El término «derechos humanos» se menciona siete veces en la Carta fundacional de la ONU, por lo que su promoción y protección son objetivos fundamentales y principios rectores de la Organización. En 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos los situó en el terreno del derecho internacional. Desde entonces, la Organización ha protegido diligentemente los derechos humanos mediante instrumentos legales y actividades en el terreno. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) fue el primer documento legal de protección de estos derechos. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los tres instrumentos forman la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos. Una serie de tratados internacionales y otros instrumentos adoptados desde 1945 han aumentado la legislación internacional de derechos humanos.[4]

En el Informe Anual del 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se apunta que:

---

ca, http://www.unla.mx/iusunla39/reflexion/LA%20SITUACION%20ACTUAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MUNDO.htm, consultado el 3 de junio del 2019 a las 21:05 hrs.

[3] Véase página oficial de Naciones Unidas: https://www.un.org/es/sections/what-we-do/protect-human-rights/, consultada el 3 de junio del 2019 a las 21:30 horas.

[4] *Idem.*

El Informe consta de una introducción y seis capítulos. En la introducción se destacan las medidas adoptadas por los Estados Miembros durante el 2017, dirigidas a promover y proteger los derechos humanos conforme a sus obligaciones internacionales. El Capítulo I ofrece un panorama general de las actividades de la Comisión durante el año, entre ellas, la aprobación del Plan Estratégico para el período 2017-2021 y la reorganización de la Secretaría Ejecutiva. Asimismo, presenta iniciativas positivas de algunos Estados miembros que contribuyen a enfrentar los desafíos de los derechos humanos. Estas iniciativas y acciones sirven de ejemplo para futuras acciones que contribuyan a la protección de los derechos humanos. De igual manera, el Capítulo I reafirma la prioridad que tiene la CIDH de continuar fortaleciendo la estrategia de comunicación y coordinación con otros organismos regionales y universales, y un ejemplo de ello es el lanzamiento del Mecanismo de Acciones Conjuntas para Contribuir a la Protección de las Personas Defensoras de los Derechos Humanos.

El Capítulo II refleja la gestión del sistema de peticiones y casos y las medidas cautelares, haciendo énfasis en los esfuerzos actuales de la CIDH para reducir y eliminar el atraso procesal. El Capítulo III está dedicado a las actividades de las Relatorías Temáticas, de País y Actividades de Promoción y Capacitación.

El Capítulo IV.A presenta un panorama de la situación de los derechos humanos en la región durante el año 2017. Esta sección se concentra en las personas, grupos, colectividades, y asuntos que son objeto de atención particular de la CIDH. En este sentido, ofrece un análisis de las principales tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas pertinentes a los derechos humanos, desde el enfoque de los Ejes Transversales y los Ejes Prioritarios establecidos en el Plan

> Estratégico 2017-2021. Estos ejes están vinculados a temáticas como la institucionalidad democrática; seguridad y violencia; y la independencia judicial del ministerio público y acceso a la Justicia. Asimismo, cubre los desarrollos concernientes a los derechos de los pueblos indígenas, mujeres, migrantes, niñas y niños, personas privadas de su libertad, personas afrodescendientes, defensoras y defensores de derechos humanos, personas LGBTI, personas con discapacidad y personas mayores en América durante 2017. También incluye un análisis de tendencias y asuntos prioritarios pertinentes a los derechos vinculados con justicia, reparación, memoria y verdad, la libertad de expresión y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.[5]

Estos son algunos logros apuntados. Pero a pesar de tan importantes avances, tenemos cuestiones básicas con grandes rezagos. Una de éstas es la eficacia de los derechos humanos, que es un reto a nivel global. La atención a este aspecto implica a su vez, diversos aspectos y diversos estudios multidisciplinarios y transdisciplinarios, tanto de la comunidad internacional, como por regiones, y por Estados soberanos.

Al respecto, Cuauhtémoc Manuel De Dienheim Barriguete, precisa lo siguiente:

> Sin embargo, paradójicamente y no obstante todo lo anterior, podemos percibir con tristeza que en el tema de los Derechos Humanos, aún queda mucho por hacer pues las violaciones a los derechos elementales de la persona humana proliferan por doquier, y la llamada “universalidad”

[5] CIDH presenta su Informe Anual. Comunicado de Prensa. https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/056.asp, consultada el 3 de junio del 2019 a las 10:20pm.

de tales derechos, aún no es una realidad que se viva en todo el mundo.[6]

En el Informe Anual 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también se especifican algunos retrocesos en Latinoamérica:

Existe en la región un panorama alarmante de retrocesos en materia de protección de los derechos humanos, y así está reflejado en la parte A del Capítulo IV. Estos graves retrocesos se registran en varios temas, especialmente en cuestiones relativas a la protección de niños, niñas y adolescentes, pueblos indígenas, migrantes y refugiados.[7]

Tenemos retrocesos y retos para hacer que se vivan los derechos humanos, por eso debemos sumar esfuerzos continuos y buscar soluciones que ayuden a disminuir tan grande problema.

2. *Panorama general de los derechos humanos en México en el 2018, según la CNDH.*

En México, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en su informe de labores 2018, difundido en medios de comunicación el 3 de junio del 2019, precisa que en ese año recibieron 158,960 quejas por presuntas violaciones de derechos humanos, principalmente en materia de salud, seguridad, y justicia, considerando que estos son algunos de los retos y deficiencias.[8]

En su Informe Anual del 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) destacó que "Con respecto a México, el seguimiento identifica avances significativos en materia constitu-

[6] *Idem.*

[7] *Idem.*

[8] Información difundida en los medios de comunicación el 3 de junio del 2019. Vista en el programa de TV Once Noticias, del Instituto Politécnico Nacional.

cional y legislativa en los últimos años, sin embargo, persisten los desafíos en materia de violencia e inseguridad reflejados en elevados números de desapariciones, homicidios y denuncias de tortura. Ante ello, la CIDH señaló que el reto del Estado mexicano es cerrar la brecha existente entre su marco normativo y el reconocimiento de los derechos humanos en la práctica."[9]

Ante el reto del Estado mexicano para cerrar la brecha existente entre el marco normativo y el reconocimiento de los derechos humanos en la práctica, es importante revisar y reestructurar líneas estratégicas para la mejora de políticas públicas.

En este trabajo nos enfocamos a una de ellas, que debe ser de prevención, a través de la educación y autoeducación de los derechos humanos.

II. DESARROLLO

Así como le damos importancia a la celebración de tratados, de reformas constitucionales y legislativas, y a la resolución de casos mediante el sistema de medios de impugnación en las instancias previstas en nuestro orden jurídico, también debemos incrementar las acciones en materia de prevención, cultura, difusión, educación y autoeducación en derechos humanos.

El **reto educativo y las políticas públicas al respecto**, urge que de manera inmediata, se actualicen por los Estados democráticos, como el Estado mexicano.

No es la panacea, pues la problemática es compleja y debe abordarse de manera multidisciplinaria y transdisciplinaria, pero es un aspecto que debe trabajarse para ***atender la deshumanización*** que estamos viviendo, en la que las tecnologías de la información se usan para difundir lo que ocurre en nuestro entorno y en lugares lejanos.

[9] CIDH presenta su Informe Anual, *op. cit.*

No debemos darnos por vencidos y aceptar como normal que seres humanos vivan violaciones de derechos humanos que llamaría monstruosas: torturas, mutilaciones, violaciones masivas cometidas por militares en contra de mujeres y niños, violaciones de padres a hijos o entre cónyuges, tratos crueles, inhumanos o degradantes, detenciones arbitrarias, discriminaciones, decapitaciones, etcétera.

1. *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos*

Precisamente por lo que acontece en nuestro país, es importante que el Plan Nacional de Desarrollo se elabore conforme al marco legal, que "se encuentra principalmente en el artículo 26 de la Constitución Política, la Ley de Planeación y los artículos 9 y del 27 al 42 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal."[10]

Tengamos presente que "El Plan Nacional de Desarrollo se presenta en cumplimiento al artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se elabora de acuerdo con lo establecido en la Ley de Planeación, **tiene como finalidad establecer los objetivos nacionales, las estrategias y las prioridades que durante la Administración deberán regir la acción del gobierno, de tal forma que ésta tenga un rumbo y una dirección clara**. Representa el compromiso que el Gobierno Federal establece con los ciudadanos y que permitirá, por lo tanto, la rendición de cuentas, que es condición indispensable para un bueno gobierno. El Plan establece los objetivos y estrategias nacionales que serán la base para los programas sectoriales, especiales, institucionales y regionales que emanan de éste."[11]

[10] https://www.google.com/search?q=fundamento+constitucional+-del+Plan+Nacional+de+Desarrollo&oq=fundamento+constitucional+del+Plan+Nacional+de+Desarrollo&aqs=chrome..69i57j0.16013j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Consultada el 3 de junio del 2019 a las 19:34 hrs.

[11] http://copladem.edomex.gob.mx/plan_nacional_de_desarrollo. Consultado el 3 de junio del 2019 a las 19:44.

El Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, en el apartado de Derecho a la educación, no establece **los objetivos nacionales, las estrategias y las prioridades que durante la Administración deberán regir la acción del gobierno, de tal forma que ésta tenga un rumbo y una dirección clara en la educación para los derechos humanos.**

Aunque hay que precisar que comprende apartados respecto de la *Libertad e igualdad, Salud para toda la población, Cultura para la paz, para el bienestar y para todos.*[12]

El Estado debe atender este aspecto importante, a la luz de un Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos, como el elaborado en la primera edición de 2006 de la Cátedra de Derechos Humanos de la UNAM, de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales[13], o similar al modelo del de Colombia del 2006, o el de Uruguay del 2018, por supuesto actualizando y retomando lo que proceda, según la opinión de los expertos y los estándares internacionales de la materia.

En el Plan de 2006 referido para México, se precisan entre otros, los siguientes aspectos:

1. Lineamiento general
2. Objetivos
3. Solicitudes a las autoridades educativas
4. Recomendaciones a la sociedad civil
5. Estrategias
6. Educación básica: preescolar, primaria, secundaria
7. Educación en derechos humanos y educación media y superior

[12] *Idem.*

[13] *Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos 2006,* Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos, https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/DHEmergente/Sitio%20web/Foro%20Educacion_files/PlanNacional%20de%20Educacion%20DH.pdf, consultado el 4 de junio del 2019 a las 7:02 am.

8. Educación en derechos humanos en la educación no formal
9. Educación en derechos humanos desde el horizonte del servicio público
10. Educación en derechos humanos y medios de comunicación

También se especifican las instituciones participantes, la secretaría Técnica, y el Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos.[14]

Es importante que se revise el Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos 2006 y los subsecuentes Programas Nacionales de Educación en Derechos Humanos, y se actualice considerando la problemática actual, los intereses y las necesidades que se tienen. También incorporando las políticas públicas que han sido creadas mediante las sentencias firmes y la jurisprudencia.

También se identificó el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018. En el sitio oficial de la Biblioteca de Publicaciones Oficiales del Gobierno de la República, se precisa de éste lo siguiente:

> En 2014, la Secretaría de Gobernación (Segob), a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos, publicó el Programa Nacional de Derechos Humanos 2014-2018, en el cual se informa de los retos y desafíos que enfrenta el Estado en la materia, así como de las medidas que se han adoptado para afianzar una democracia basada en el respeto a las garantías individuales y sociales.
>
> En la actualidad, México debe hacer frente a retos importantes, como, por ejemplo, la desconfianza hacia sus instituciones: de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 59.5% de los hombres y 58.1% de las mujeres descon-

[14] *Idem.*

fían de la policía ministerial o judicial; asimismo, la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública de 2012 señala que 61.9% de la población tiene poca o nula confianza en la policía.

Por su parte, la Agenda Nacional de Derechos Humanos 2013 (ANDH) de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), presentada en el marco de la consulta para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (PND), consigna cifras sostenidas y un incremento de las quejas recibidas por violaciones de derechos humanos. Por ello, en la reforma constitucional de derechos humanos publicada en junio de 2011 se planteó un nuevo paradigma para hacer de la protección de los derechos humanos una obligación de toda autoridad.

La CNDH cuenta con un registro de aproximadamente 42,300 personas desaparecidas, de las cuales 15,921 están en calidad de fallecidas no identificadas y 726 fueron objeto de desaparición forzada e involuntaria. Por su parte, la organización internacional Human Rights Watch documentó 249 desapariciones forzadas de diciembre de 2006 a diciembre de 2012; de éstas, en 149 casos se cuenta con pruebas de la participación de agentes estatales. La tortura es también un tema recurrente; de una queja registrada por la CNDH en 2005 se pasó a 2,126 en 2012.

Lamentablemente, los derechos humanos en México, de acuerdo con esta publicación, no se han consolidado debido a que la educación en la materia no ha incidido de la manera esperada; además, los instrumentos de evaluación y las asignaturas de derechos humanos y género en los subsistemas y programas del servicio profesional de carrera no son suficien-

tes, y tampoco existen incentivos institucionales que ayuden a fomentar la formación y la capacitación.[15]

Una educación en y para los derechos humanos debe precisar qué y cómo educar en esta materia, buscando el perfeccionamiento de los seres humanos, es decir, **uno de los propósitos es hacernos más humanos.**

2. *Políticas públicas del Estado mexicano para la educación en derechos humanos*

Debemos trabajar en la ***educación formal*** en la enseñanza y la vivencia de los derechos humanos, en ***todos*** los niveles educativos, con metodologías de aprendizaje en el aula, en el día a día, en cada semestre, cuatrimestre, ciclo escolar, etcétera; con apoyo, por ejemplo, del teatro, cine, canto, talleres, seminarios, dinámicas vivenciales, y en el currículo oculto, pues desafortunadamente, muchas violaciones de derechos humanos se dan en aulas escolares, o a consecuencia de la necesidad de los alumnos de acreditar las materias, o de obtener títulos académicos, es decir, algunas autoridades escolares académicas o administrativas, y profesores, violan derechos humanos de los alumnos de instituciones educativas, en todos los niveles escolares.

En la educación ***informal***, podemos buscar trabajar con el apoyo y colaboración de los medios de comunicación. También en el uso de las tecnologías de la información y comunicación, los sistemas de información en red, en Internet, en las Redes Sociales, en *Whats App*, en *Twitter*, etcétera.

[15] Biblioteca de Publicaciones Oficiales del Gobierno de la República (blog), https://www.gob.mx/publicaciones/articulos/programa-nacional-de-derechos-humanos-2014-2018-105443?idiom=es, consultada el 4 de junio del 2019 a las 10:05 hrs.

También debe seguir ocupándose el Estado, a través de sus instituciones, en educar en derechos humanos a los servidores públicos de éstas, para que sean ejemplo de respeto a estos derechos. Paradójicamente, en las instituciones de gobierno se violan derechos humanos de muchos servidores públicos, por ejemplo, en lo referente a las jornadas de trabajo excesivas, muchas veces injustificadas por falta de planeación de los superiores jerárquicos.

3. Autoeducación en derechos humanos para ser más humanos

Además de la educación formal e informal en derechos humanos, *es necesario y urgente que la ciudadanía sea más participativa y creativa al respecto.* Sigamos construyendo redes mundiales para trabajar en el logro de los ideales de los seres humanos: **bienestar, progreso, desarrollo, tolerancia, respeto, paz, felicidad, etcétera.**

Diversos instrumentos jurídicos internacionales precisan que todos los seres humanos tenemos derecho a la felicidad.

Y diversos estudios abonan en entender qué es la felicidad y en cómo podemos ser felices.

Un ejemplo de un esfuerzo en transmitir cómo ser y hacer feliz a las sociedades modernas es el documental ***HAPPY,*** que se encuentra en *Netflix*.

> Pero, ¿de qué se trata *Happy*? Es un documental en el que se recorren los 5 continentes y se buscan las claves de la felicidad en cada rincón del mundo. El director es **Roko Belic** y el film se estrenó en el 2011, luego de recorrer y visitar 14 países.
>
> Dura 76 minutos y se propone encontrar un punto común entre los principales anhelos de todo ser humano. Las historias que presenta Happy son diversas y los entrevistados hablan de las dificultades diarias con las que tiene que lidiar cada uno de ellos.

> Además, cuenta con testimonios de científicos y expertos en cada materia, para poder profundizar en lo que dice cada una de las personas que se animaron a formar parte con su relato.
>
> Pero, el punto más importante del documental es, sin dudas, refutar que el dinero es la base de la felicidad.[16]

En este documental se mencionan algunas políticas públicas establecidas en algunos países para promover el bienestar y la felicidad de los seres humanos.

Algo más que podemos hacer es comenzar a trabajar cada día en la introspección, teniendo como propósito cambiar y mejorar nosotros, en ***ser más humanos***, más tolerantes, conocernos con nuestros afectos positivos: amor, bondad, etc. Pero también trabajando y controlando la envidia (tenemos conocimiento de sucesiones testamentarias e intestamentarias en las que entre familiares se matan por esta u otras emociones). Igual debemos trabajar para disminuir, la violencia, el odio (que ha llevado a cometer crímenes de odio contra la mujer, feminicidios, crímenes de odio contra la comunidad LGBTI (lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales); así como de asesinatos de niños que han sido matados por tres mil pesos, para vender sus órganos, etc.

Por todo lo anterior debemos trabajar en nosotros mismos para ser más tolerantes y abiertos para tratar estos temas, está bien que esté en la ley (derecho vigente), pero que también esté en nuestra cultura y que respetemos los derechos humanos de los demás.

De ahí que debamos seguir trabajando en cómo ser más humanos cada uno.

---

[16] https://www.mundotkm.com/ar/politica/844286/de-esto-se-trata-happy-el-documental-que-recomienda-mauricio-macri, consultado el 4 de junio del 2019 a las 10:45 hrs.

En *El libro de la Alegría*[17], Douglas Adams, científico experto en temas de felicidad, entrevista a dos guías espirituales: el Dalai Lama y el Arzobispo Tutú.

Mediante reflexiones y anécdotas, exploran la esencia del ser humano, sus sentimientos positivos y negativos, como: amor, compasión, generosidad, alegría momentánea y alegría verdadera, generosidad, la importancia de desarrollar el bienestar de todos los seres vivos, el surgimiento de prejuicios, la empatía y aceptar la diferencia con los demás, la importancia de aceptarnos tal como somos, la importancia de estar feliz y de ser compartido y empático, algunos problemas de la infelicidad(la hostilidad, el ser socialmente retraido, el estar triste, el reconocimiento de que necesitamos amor y conexión para nuestro bienestar, **la aceptación de que todos somos iguales**, el pensar en el prójimo como un método para controlar las preocupaciones, la interconexión entre los seres humanos, la tristeza y el miedo, el coraje y la valentía, y el reconocer que estamos en construcción.

En una parte de la Introducción del libro reseñado, se precisa lo siguiente:

> *Desde el principio, este libro fue concebido como un pastel de cumpleaños de tres pisos.*
>
> *El primer piso son las enseñanzas del Dalai Lama y del arzobispo Tutu acerca de la alegría. ¿Realmente es posible ser una persona alegre a pesar de los problemas del día a día, desde la frustración del tráfico de primera hora de la mañana hasta el miedo a no ser capaz de mantener a nuestra familia; desde la ira que sentimos hacia aquellos que nos han hecho daño hasta el dolor por la pérdida de un ser querido; desde los estragos de la*

[17] Su santidad el Dalai Lama, Arzobispo Desmond Tutú, Adams, Douglas, *El libro de la alegría, Barcelona, Grijalvo, 2016.*

enfermedad hasta el abismo de la muerte? ¿Cómo podemos aceptar la realidad de nuestra vida sin renunciar a nada y, al mismo tiempo, trascender al dolor y al sufrimiento que le son propios? E incluso cuando la vida nos trata bien, ¿cómo podemos vivir en la alegría cuando muchos otros sufren, cuando una pobreza demoledora le roba el futuro a la gente, cuando la violencia y el terror campan a sus anchas por las calles, cuando la destrucción del medioambiente pone en peligro la vida en este planeta? Este libro intenta responder a estas preguntas y a muchas más.

El segundo piso del pastel está compuesto por las investigaciones más recientes sobre la alegría, así como del resto de las cualidades que, según los autores, son esenciales para que la felicidad perdure. Los últimos hallazgos en el estudio del cerebro y en el campo de la psicología experimental han traído consigo un conocimiento más profundo del ser humano. Dos meses antes de viajar a la India, quedé para comer con Richard Davidson, neurocientífico y uno de los pioneros de la investigación sobre la felicidad.

En su laboratorio, ha estudiado la práctica de la meditación y ha descubierto que esta conlleva beneficios mensurables para el cerebro. Nos sentamos en la terraza de un restaurante vietnamita de San Francisco y, mientras comíamos rollitos de primavera y el sempiterno viento de la ciudad le alborotaba el pelo de corte juvenil, aunque salpicado de canas, Davidson me explicó que en una ocasión el Dalai Lama le había confesado que la ciencia de la meditación le resultaba estimulante, sobre todo a primera hora de la mañana, sentado, recién levantado de la cama. Si esta práctica ayuda al Dalai Lama, qué no podrá hacer por los demás.

A menudo percibimos la espiritualidad y la ciencia como fuerzas antagónicas, ambas apretando el cuello de la otra. Sin embargo, el arzobispo Tutu ha expresado su profunda creencia

en la importancia de lo que él denomina «la verdad autor ratificada»: cuando campos distintos del conocimiento señalan hacia una misma conclusión. Del mismo modo, el Dalai Lama hizo especial hincapié en el hecho de que este libro no es budista ni cristiano, sino que se trata de un texto universal basado, además de en la opinión y en la tradición, en la ciencia. (Yo mismo soy judío, aunque también me defino como seglar. Casi parece un chiste: un budista, un cristiano y un judío entran en un bar…)

El tercer piso del pastel lo conforman las historias de toda una semana en Dharamsala con el Dalai Lama y el arzobispo Tutu. El objetivo de estos capítulos más personales es permitir que el lector se una al viaje desde el primer abrazo hasta la despedida final.[18]

El Estado tiene la rectoría de las políticas públicas, pero los ciudadanos debemos tener la iniciativa para trabajar en nosotros mismos y en nuestras comunidades para hacer realidad los derechos humanos a un mejor presente y futuro.

Debemos cambiar y mejorar, para poder trabajar en nuestro alrededor con nuestros seres queridos y familiares, así como con nuestras comunidades.

III. CONCLUSIONES

1. La humanidad ha evolucionado en aspectos científicos y tecnológicos. También en diversos temas de derechos humanos.
2. Los derechos humanos se han incorporado en instrumentos internacionales, en las constituciones y leyes de los Estados. También se han establecido sistemas internacionales para su protección.

[18] *Idem.*

3. Pero a pesar de tan importantes avances, tenemos cuestiones básicas con grandes rezagos. Una de éstas es la eficacia de los derechos humanos, que es un reto a nivel global. La atención a este aspecto implica a su vez, diversos aspectos y diversos estudios multidisciplinarios y transdisciplinarios, tanto de la comunidad internacional, como por regiones, y por Estados soberanos.
4. El **reto educativo y las políticas públicas en materia de derechos humanos**, urge que, de manera inmediata, se actualicen por los Estados democráticos, como el Estado mexicano.
5. Deben retomarse aspectos básicos de Programas Nacionales de Derechos Humanos considerando los estándares internacionales.
6. Debemos trabajar en la ***educación formal*** en la enseñanza y la vivencia de los derechos humanos, en ***todos*** los niveles educativos, con apoyo, por ejemplo, del teatro, cine, canto, talleres, seminarios, dinámicas vivenciales, y en el currículo oculto.
7. En la educación ***informal***, podemos buscar trabajar con el apoyo y colaboración de los medios de comunicación. También en el uso de las tecnologías de la información y comunicación, los sistemas de información en red, en Internet, en las Redes Sociales, en *Whats App*, en *Twitter*, etcétera.
8. También debe seguir ocupándose el Estado, a través de sus instituciones, en educar en derechos humanos a los servidores públicos de éstas.
9. Es necesario y urgente que la ciudadanía sea más participativa y creativa al respecto, construyendo redes mundiales para trabajar en el logro de los ideales de los seres humanos: **bienestar, progreso, desarrollo, tolerancia, respeto, paz, felicidad, etcétera.**

10. Es recomendable ver el documental "*Happy*" para reflexionar respecto de la felicidad. Y leer "*El libro de la alegría"* para hacer una introspección de nuestra esencia como seres humanos.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN

Biblioteca de Publicaciones Oficiales del Gobierno de la República (blog), https://www.gob.mx/publicaciones/articulos/programa-nacional-de-derechos-humanos-2014-2018-105443?idiom=es,

CIDH presenta su Informe Anual. Comunicado de Prensa. https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/056.asp

De Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel, *La situación actual de los derechos humanos en el mundo,* IUS, Revista Jurídica, Universidad Latina de América, http://www.unla.mx/iusunla39/reflexion/LA%20SITUACION%20ACTUAL%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20EN%20EL%20MUNDO.htm

http://coplademem.edomex.gob.mx/plan_nacional_de_desarrollo.

https://www.google.com/search?q=fundamento+constitucional+-del+Plan+Nacional+de+Desarrollo&oq=fundamento+constitucional+del+Plan+Nacional+de+Desarrollo&aqs=chrome..69i57-j0.16013j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8

https://www.mundotkm.com/ar/politica/844286/de-esto-se-trata-happy-el-documental-que-recomienda-mauricio-macri

Naciones Unidas: https://www.un.org/es/sections/what-we-do/protect-human-rights/

Plan Nacional de Educación en Derechos Humanos 2006, Comité Nacional de Educación en Derechos Humanos, https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/DHEmergente/Sitio%20web/Foro%20Educacion_files/PlanNacional%20de%20Educacion%20DH.pdf

Su santidad el Dalai Lama, Arzobispo Desmond Tutú, Adams, Douglas, *El libro de la alegría,* Barcelona, Grijalvo, 2016.

PRÁCTICAS DE GOBIERNO ABIERTO Y SU IMPACTO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Ana Josefina Bello Jiménez[1]

"El poder tiende a corromper,
el poder absoluto corrompe absolutamente."
Lord Acton, Historiador inglés

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición y alcances de la corrupción. III. Percepción de la corrupción a nivel internacional y nacional. IV. Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. V. Relación entre el SNT y en SNA. VI. Gobierno abierto. VII. Herramientas tecnológicas en materia de gobierno abierto. VIII. Conclusiones. IX. Fuentes

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente no se concibe un sistema democrático sin acciones en materia de combate a la corrupción, siendo un problema a nivel internacional que impacta al sector público y privado, en lo económico, político y social, por todo ello es un tema presente en la agenda política de cualquier gobierno.

En ese sentido nuestro país ha realizado reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo los principios sobre los cuales se erige un complejo sistema de combate a la corrupción, a partir del fortalecimiento de los derechos humanos

[1] Licenciada y Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana, graduada con honores, Maestra en Relaciones Internacionales por el Colegio de Veracruz, catedrática invitada en programas de posgrado de la UNAM, correo electrónico anajbelloj@gmail.com.

y la coordinación de diversas autoridades en los tres órdenes de gobierno.

El rebate a las prácticas corruptas en el sector público fortalece la confianza en el mismo legitimando sus acciones; siendo la transparencia en la gestión pública, la rendición de cuentas, la innovación tecnológica y social, pero sobre todo la participación ciudadana, pilares del gobierno abierto, herramientas idóneas para fortalecer la gobernanza y combatir la corrupción.

Bajo esa tesitura, el presente documento hace un análisis de algunas herramientas tecnológicas, que nacen como propuestas de gobierno abierto, teniendo impacto en la contención de la corrupción.

II. DEFINICIÓN Y ALCANCES DE LA CORRUPCIÓN

Hoy por hoy hablar de corrupción es algo cotidiano en nuestra realidad, siendo una problemática global y sistémico donde concurren elementos económicos, políticos y sociales, así como diversos agentes públicos y privados. *La corrupción nos daña profundamente, tiene efectos negativos en el Producto Interno Bruto, afecta los principios del fair play del mercado, desprestigia a las instituciones, promueve la inequidad social y, destruye nuestra dignidad y autonomía persona.*[2]

Un debate habitual sobre el génesis de esta problemática es atribuirlo a factores culturales de la sociedad, como referencia conviene citar una declaración del expresidente de México Enrique Peña Nieto, durante su reunión con los 300 Líderes más Influyentes de México el 8 de septiembre de 2014, donde expresó.

[2] Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, "Causas de la corrupción y soluciones para enfrentarla", en Salazar Ugarte, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco Alberto y Flores Mendoza, Imer Benjamín (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p.223, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4315/26.pdf*, consultada el 20 de abril de 2019.

> "Y me sostengo en este dicho. Estoy convencido de que el problema que tenemos para enfrentar la corrupción parte, primero de reconocer que es una debilidad de orden cultural. (...)
> Entonces, a partir del fortalecimiento de instituciones que permitan combatir prácticas de corrupción, que permitan definir políticas que sirvan o que inhiban eventuales prácticas de corrupción, será como estemos avanzando realmente en la formación de una cultura ética en la sociedad mexicana.[3]

Issa Luna Pla contradice esta afirmación con base en estudios de científicos sociales con cuatro décadas investigando en el comportamiento humano y su propensión a cometer actos de corrupción, precisando que *hay estudios que indican que el comportamiento corrupto no necesariamente surge de un proceso gradual, sino que puede ser el resultado de que una persona decida aprovecharse de una situación única,*[4] siendo el ejemplo claro el contexto de un funcionario público y no necesariamente un tema cultural.

Luna Pla hace referencia a la investigación de Raymundo Campos, cuyo experimento social en México, confirmó que los individuos y funcionarios con alto nivel de monitoreo de sus pares tenían un registro menor de corrupción, asimismo las sanciones tienen un efecto importante para inhibir la misma, pero también pueden tener un efecto no esperado; sin duda son estudios importantes que deberían emplearse hacia el diseño de mejores incentivos para cumplir la ley y represalias más eficaces para combatir la corrupción.[5]

---

[3] *https://aristeguinoticias.com/0809/mexico/a-construir-una-nueva-etica-contra-la-corrupcion-llama-el-presidente-pena-nieto/,* consultada el 7 de abril de 2019.

[4] Luna Pla, Issa, "La corrupción no es un problema cultural", *Hechos y derechos*, México, número 43, enero-febrero 2018, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11956/13718,* consultada el 7 de abril de 2019.

[5] *Idem.*

Continúa Luna Pla, señalando que *otros estudios han probado que las personas que tienen un alto nivel de creencia en la justicia y en un "mundo mejor" tienden a tener una menor intención de cometer actos de corrupción.* Información con nivel científico que fortalece la idea de que la impunidad debilita la justicia y acelera la descomposición social. Estos datos coadyuvarían a priorizar el fortalecimiento de los poderes judiciales y los procedimientos de investigación judicial.[6]

Como puede observarse el debate y estudio de la corrupción es basto, complicando su definición. Una acepción sencilla y clara es la proporcionada por el Programa Global contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas, al definirla *como un "comportamiento de los individuos y funcionarios públicos que se desvían de las responsabilidades establecidas y usan su posición de poder para satisfacer fines privados y asegurar sus propias ganancias.*[7]

En esa misma línea Transparencia Internacional[8] proporciona una definición y tipología, retomada por la Secretaría de la Función Pública desde diciembre de 2013 en el *apartado definición de corrupción*:

> Consiste en el abuso del poder para beneficio propio. Puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor y política, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca.
> *Corrupción a gran escala.* La corrupción a gran escala consiste en actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del

---

6 *Idem.*

7 Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana*", Revista Mexicana de Sociología 78*, México, núm. 1, enero-marzo, 2016, *http://mexicanadesociologia.unam.mx/index.php/v78n1/41-v78n1-a5*, consultada el 8 de abril de 2019.

8 *https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf,* consultada el 7 de abril de 2019.

Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común.

Actos de corrupción menores: Los actos de corrupción menores consisten en el abuso cotidiano de poder por funcionarios públicos de bajo y mediano rango al interactuar con ciudadanos comunes, quienes a menudo intentan acceder a bienes y servicios básicos en ámbitos como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otros organismos.

Corrupción política: Manipulación de políticas, instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los responsables de las decisiones políticas, quienes se abusan de su posición para conservar su poder, estatus y patrimonio. [9]

Sin duda la corrupción no es de naturaleza cultural, es un problema donde convergen problemas de desigualdad social, impunidad y falta de rendición de cuentas, siendo prioritario la implementación de herramientas que permitan la contención y eventualmente erradicación de la misma.

En la actualidad la agenda en torno a la corrupción se enfoca en los siguientes cinco puntos de estudio, a) las presiones de grupos de poder en el proceso legislativo, que pueden generar legislaciones sesgadas con la intención de beneficiarse; b) análisis comparativos de gobernanza y la gestión, así como la implementación de indicadores confiables que permitan realizar una comparación; c) estudios sobre reformas administrativas, en aras de identificar los beneficios de estas transformaciones y estimar la adaptación y desarrollo de las mismas en las estructuras político-administrativas, d) estudio de los factores culturales y de contexto, relacionados con los cambios ad-

[9] *https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion,* consultada el 6 de abril de 2019.

ministrativos; y e) análisis de los elementos causales y mecanismos detrás de la corrupción. [10]

III. PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL.

En este rubro es importante mencionar la labor de la sociedad civil, cuya participación dio origen a establecer con rigor metodológico estudios de la corrupción, los cuales son tomados como referencia en la administración pública. Al presente, estos tipos de estudios también son realizados por el gobierno, de manera independiente o colaborativa con el sector privado, en aras de establecer métodos constructivos para reformar los sistemas legales y políticos.

La evaluación del desempeño del quehacer gubernamental, se ha convertido en un aspecto fundamental para el estudio y en su caso diseño de políticas públicas, por tanto, contar con instrumentos que permitan medir los niveles de corrupción, contribuye a fortalecer los mecanismos institucionales de transparencia y rendición de cuentas, así como a evaluar la eficacia de las políticas públicas para combatir la corrupción.

En este apartado se analizarán las principales estadísticas internacionales y nacionales, que son referentes importantes para dimensionar el fenómeno en estudio, a través de metodologías rigurosas que año a año son analizadas en aras de obtener indicadores que permitan la comparación y al mismo tiempo se acerquen a la realidad histórica del año evaluado.

Es innegable que a través de la medición de los niveles de corrupción es condición *sine qua non* para tomar medidas que permitan mejorar la vida política, económica y social de las democracias modernas, sin medición no puede haber mejora alguna, por ende la omisión

[10] *http://administracionpublica.cide.edu/agenda-de-temas-en-torno-a-la-corrupcion/*, consultada el 7 de abril de 2019.

de la misma implica esfuerzos ociosos que fomentan la justificación el gasto en este rubro a partir de la simulación.

3.I. Índice de Percepción de la Corrupción

El Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) es un instrumento de medición de la corrupción en el sector público a nivel internacional, que publicada anualmente la organización no gubernamental Transparencia Internacional, data del año 1995 y su metodología desde el año 2012 permite la comparación entre los países evaluados. *El IPC es el indicador de corrupción más usado en todo el mundo.*[11]

Las razones por las que el IPC es uno de los principales indicadores de gobernanza en el mundo son: a) es el indicador que más países abarca; b) es una fuente confiable, toda vez que la metodología empleada promedia al menos tres fuentes distintas, e incluso hasta 13, reduciendo con ello los errores; c) la escala empleada puede diferenciar entre niveles de corrupción percibida con mayor nivel de especificidad; d) el IPC logra conciliar distintos aspectos de la corrupción en un solo indicador, permitiendo con ello la comparación.[12]

Es importante subrayar que a la fecha no hay un indicador que mida niveles nacionales de corrupción objetivos en forma directa y exhaustiva, por tal motivo la información obtenida es una *percepción* que se basa en el resultado de 13 fuentes de datos distintas de 12 instituciones independientes para medir la corrupción en el sector público y territorios, teniendo una escala de 0 (corrupción elevada) a 100 (transparencia elevada).

[11] *https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/preguntas_frecuentes_ipc-2017.pdf,* consultada el 7 de abril de 2019.

[12] *Idem.*

Para elaborar el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) 2018 se utilizaron 13 fuentes de datos:

1. Evaluación Institucional y de las Políticas Nacionales 2016 del Banco Africano de Desarrollo
2. Indicadores sobre Gobernabilidad Sostenible 2018 de Bertelsmann Stiftung
3. Índice de Transformación 2017-2018 de Bertelsmann Stiftung
4. Servicio de riesgo país 2018 de Economist Intelligence Unit
5. Naciones en Transición 2018 de Freedom House
6. Condiciones comerciales e indicadores de riesgo 2017 de Global Insight
7. Encuesta de Opinión Ejecutiva 2018 del Anuario de Competitividad Mundial de IMD World Competitiveness Center
8. Political and Economic Risk Consultancy Asian Intelligence 2018
9. Guía Internacional sobre Riesgo País 2018 de PRS Group International
10. Evaluación Institucional y de las Políticas Nacionales 2017 del Banco Mundial
11. Encuesta de Opinión Ejecutiva 2018 del Foro Económico Mundial
12. Encuesta a expertos para el Índice de Estado de Derecho 2017-2018 de World Justice Project
13. Variedades de Democracia (V-Dem) 2018[13]

[13] *https://www.tm.org.mx/metodologiaipc2018/*, consultada el 7 de abril de 2019

Esta evaluación inició con 41 países y territorios, cantidad que ha aumentado con el tiempo, desde el año 2017 se evalúan a 180[14], *para que un país/territorio sea incluido en el ranking, deberá aparecer en al menos tres fuentes de datos del IPC. Si un país no figura en el ranking, esto se debe exclusivamente a que no existe información suficiente obtenida a través de encuestas y no supone un indicio de que no haya corrupción en el país.* [15]

Las preguntas usadas para recopilar la información del IPC versan sobre: soborno, desvío de fondos públicos, impunidad en los funcionarios públicos, posibilidad de los gobiernos de contener la corrupción y hacer cumplir mecanismos de integridad eficaces en el sector público, obstáculos administrativos, que propicien la corrupción, nepotismo, juzgamiento penal efectivo de funcionarios corruptos, leyes adecuadas sobre divulgación financiera y prevención de conflictos de intereses para funcionarios públicos, protección de denunciantes, periodistas e investigadores vinculados a casos de corrupción, captura del Estado por intereses particulares, acceso de la sociedad civil a información pública. Por otra parte, no recaba percepciones o experiencias ciudadanas de corrupción, fraude fiscal, flujos financieros ilícitos, lavado de dinero, corrupción en el sector privado, economías y mercados informales.[16]

Para la edición 2018 los resultados revelan un *fracaso de la mayoría de los países para controlar significativamente la corrupción está contribuyendo a una crisis en la democracia en todo el mundo.*[17] Es decir, si bien se advierten aciertos y avances en la mayoría de los evaluados no se ha logrado adelantos determinantes, de manera breve el resultado general fue el siguiente:

---

[14] *Cfr. https://www.transparency.org/research/cpi/cpi_early/0*, consultada el 7 de abril de 2019.

[15] *https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/preguntas_frecuentes_ipc-2017.pdf,* consultada el 7 de abril de 2019.

[16] *Idem.*

[17] *https://www.transparency.org/cpi2018*, consultada el 7 de abril de 2019.

> Más de dos tercios de los países analizados obtienen menos de 50 puntos. La puntuación media es de tan solo 43. Desde 2012, solamente 20 países han registrado mejoras significativas en sus respectivas puntuaciones; entre ellos figuran Estonia y Costa de Marfil. En otros 16 países, entre los que destacan Australia, Chile y Malta, las puntuaciones han empeorado de forma significativa.
>
> Dinamarca y Nueva Zelanda se sitúan en las primeras posiciones del Índice con 88 y 87 puntos, respectivamente. En la parte baja de la tabla se encuentran Somalia, Sudán del Sur y Siria, con 10, 13 y 13 puntos, respectivamente. Por regiones, Europa Occidental y la Unión Europea (con 66 puntos de media) son las mejor puntuadas, y África (con una media de 32 puntos) la que presenta una peor puntuación media, seguida muy de cerca por Europa Oriental y Asia Central (35 puntos de media).[18]

El Índice de Percepción de la Corrupción 2017 incluye un comparativo desde 2012, donde se advierten los siguientes resultados para México, 2017 con 29 puntos, 2016 con 30 puntos, 2015 con 31 puntos, 2014 con 35 puntos, 2013 y 2012 con 34 puntos,[19] observándose que la tendencia de las calificaciones es descendente, registrándose un pequeño ascenso en 2014 año de las reformas en materia de transparencia.

La tendencia descendente de México se confirma nuevamente en la última edición del IPC, con un registro 28 puntos, siendo categorizado en los países y territorios con indicador descendente junto con Australia, Chile, Malta y Turquía.[20] *De acuerdo a Transparencia*

---

[18] *https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2018,* consultada el 7 de abril de 2019.

[19] *https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017,* consultada el 22 de abril de 2019.

[20] *https://www.transparency.org/cpi2018,* consultada el 7 de abril de 2019.

Internacional, el declive de derechos políticos básicos en México como la libertad de expresión y de prensa es una de las causas principales por las que la prevención de la corrupción en el país es limitada.[21]

Con base en el estudio, la organización formuló una serie de recomendaciones para erradicar la corrupción en los países con calificaciones bajas, tal como México.

- Fortalecer las instituciones responsables de mantener el control y equilibrio sobre el poder político, y garantizar su capacidad para operar sin intimidación.
- Frenar la impunidad al cerrar la brecha de implementación entre la legislación anticorrupción y su aplicación.
- Apoyar a las organizaciones de la sociedad civil que mejoran el compromiso político y la supervisión pública sobre el gasto gubernamental, particularmente a nivel local.
- Apoyar a los medios de comunicación libres e independientes, y garantizar la seguridad de los periodistas y su capacidad para trabajar sin intimidación ni hostigamiento.[22]

Como puede advertirse el reto para México es grande, pues la percepción a nivel internacional de acuerdo al IPC es a la baja, pese a las reformas estructurales que se analizarán más adelante.

3.2. Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental

La Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG) es un instrumento de medición bienal que publica el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) se enfoca en analizar la calidad de los servicios públicos, en aras de mejorar y modernizar los mis-

[21] *https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional-2/,* consultada el 7 de abril de 2019.

[22] *Idem.*

mos, siendo la última actualización el 22 de marzo de 2018 con la publicación de resultados 2017.

Retomando las buenas prácticas del sector privado, la administración pública incorpora en sus procesos de trabajo un enfoque empresarial, analizando la calidad de sus trámites y servicios a partir de satisfacción de las expectativas de los usuarios de los mismos, para tales efectos es necesario implementar encuestas de calidad.

> La ENCIG mide el nivel de satisfacción de la población con respecto del agua potable, el drenaje y alcantarillado, el alumbrado público, los parques y jardines, la recolección de basura, la policía, las calles y avenidas, y las carreteras y caminos sin cuota. De igual forma, se mide la satisfacción de la población con los servicios de educación pública básica, educación pública universitaria, servicios de salud del IMSS, ISSSTE y Seguro Popular, energía eléctrica, transporte público masivo automotor, autobuses de tránsito rápido, metro o tren ligero y autopistas de cuota. En general, la satisfacción promedio a nivel nacional pasó de 43.5% en 2015, a 44.5% en 2017. [23]

El objetivo general de la ENCIG *es obtener información que permita generar estimaciones con representatividad a nivel nacional y estatal sobre las experiencias, percepciones y evaluación de la población de 18 años y más en ciudades de 100 mil habitantes.*[24] Siendo conveniente resaltar que la metodología incluye la medición de la percepción y expectativas de la población sobre niveles de corrupción en el sector público y privado, con el fin de proveer información útil y ofrecer elementos para la toma de decisiones de política pública.

---

[23] *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf,* consultada el 12 de abril de 2019.

[24] *https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/,* consultada el 16 de abril de 2019.

Los principales resultados de la ENCIG en su edición 2017 en el rubro de corrupción son los siguientes:

Durante 2017, la corrupción se ubicó nuevamente en el segundo lugar de los problemas que preocupan más a los mexicanos. Sin embargo, el porcentaje de población preocupada por este fenómeno pasó de 50.9% en 2015 a 56.7% en 2017. La inseguridad y delincuencia se mantuvo como el principal problema que preocupa a la población con 73.7%, superior al 66.4% estimado en 2015.

Por otro lado, el mayor porcentaje en experiencias de corrupción se estimó en el contacto con autoridades de seguridad pública con 59.5% de los casos; seguido de los trámites relacionados con permisos de uso de suelo, demolición o construcción; solicitudes de constancias de libertad de gravamen u otros trámites en el Registro Público de la Propiedad con 30.7 por ciento.

Además, se estima que la tasa de prevalencia de corrupción pasó de 12,590 víctimas por cada 100 mil habitantes en 2015, a 14,635 en 2017; mientras que la incidencia pasó de 30,097 actos de corrupción por cada 100 mil habitantes a 25,541 en 2017. [25]

Como puede observarse del estudio proporcionado por el INEGI la corrupción es un problema real que afecta la gobernanza de México, un problema que de acuerdo a estadísticas oficiales va en aumento y que requiere acciones inmediatas por parte del gobierno con políticas públicas eficaces.

[25] *https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf*, consultada el 12 de abril de 2019.

IV. REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La corrupción es un problema innegable, que de manera gradual ha trascendido el discurso político a impactantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, transparencia y combate a la corrupción, en aras de fortalecer la confianza en el gobierno.

Estas reformas establecen la base a nivel constitucional de una compleja coordinación institucional, que busca garantizar los derechos humanos al mismo tiempo que robustece la democracia, permitiendo a la sociedad mexicana tener mejores condiciones de vida.

4. 1 Reforma en materia de derechos humanos

Siendo presidente Felipe Calderón Hinojosa el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la reforma que modificó la denominación del capítulo I del Título Primero tradicionalmente denominado *Garantías individuales* y ahora *De los derechos humanos y sus garantías*, y los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Méxicanos (CPEUM): 1°, 3°, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97; 102, apartado B; y 105 fracción II, inciso g.[26]

Esta reforma marcó un antes y después en el constitucionalismo mexicano cuyo alcance aún sigue siendo objeto de estudio por la amplitud de la normatividad internacional en materia de derechos humanos y progresividad de los mismos, en ese contexto actualmente la Constitución hace obligatorio el estudio de los derechos humanos a la luz de los diversos tratados internacionales, además de ser referencia imperativa la interpretación auténtica por parte de los

[26] *https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011,* consultada el 16 de abril de 2019.

órganos internacionales encargados de hacerlo, lo que se conoce como control de convencionalidad.

> El control de convencionalidad debe conjugarse con la técnica de interpretación conforme recogida en el artículo 1º de la Constitución y que constituye un método que tiene como finalidad la armonización y complementariedad de las normas inferiores con las normas constitucionales y convencionales. El propósito principal de esta figura no es servir de instrumento para inaplicar o invalidar normas vigentes, sino la armonización entre las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.[27]

Es conveniente recordar que históricamente los derechos humanos son el resultado de la lucha social contra los abusos de quienes ostentaban el poder público, siendo por tanto esta idea básica en los sistemas democráticos. No obstante lo anterior, no se ha logrado garantizar el pleno goce de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, íntimamente vinculados con las políticas públicas y el ejercicio eficiente del presupuesto, siendo una de las principales causas la corrupción en el aparato gubernamental.

Situación plenamente identificada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al señalar en la *resolución 1/17 derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción* de fecha 12 de septiembre de 2017 lo siguiente:

> La lucha contra la corrupción guarda una relación inequívoca con el ejercicio y disfrute de los derechos humanos. La

[27] Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos una guía conceptual,* México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. *21, http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf, consultada el 8 de abril de 2019.*

> impunidad impulsa y perpetúa actos de corrupción. Por ello, el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla es una obligación imperiosa con el fin de alcanzar el acceso efectivo a una justicia independiente e imparcial y para garantizar los derechos humanos. En el contexto de la OEA, la lucha contra la corrupción tiene un rol importante en la implementación de compromisos fundamentales que los Estados miembros han asumido. Como reafirma la Carta Interamericana: "Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos […] [y] el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho […] Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".[28]

Al respecto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos señala que no existen estudios empíricos que conecten el impacto de la corrupción y las violaciones a los derechos humanos, toda vez que la documentación existente se centra en aspectos conceptuales, impidiendo con ello un análisis que trascienda a la implementación de políticas públicas.[29]

Como puede advertirse la importancia del combate a la corrupción es un tema fundamental, al poner en jaque el pleno ejercicio de los derechos humanos, siendo necesario trascender el aspecto

---

[28] *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf consultada el* 12 *de abril de* 2019

[29] Vázquez, Daniel (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p.5, *http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/DH-Corrupcion-Mexico-Anexo.pdf, consultada el 20 de abril de* 2019

normativo a instrumentos de medición objetivos que permitan la planeación y evaluación de las políticas públicas en este rubro.

4.2 Reforma en materia de transparencia.

Durante el periodo presidencial de Enrique Peña Nieto se publicó el 7 de febrero de 2014 en el DOF la reforma en materia de transparencia, modificandose los artículos 6°, 73, 76, 78, 89, 105, 108, 110, 111, 116 y 122 de la CPEUM.[30]

Esta reforma refrenda la importancia del derecho humano a la información, estableciendo el principio de máxima publicidad en la documentación bajo resguardo de los sujetos obligados y la obligación de los sujetos obligados de documentar los actos que derive del ejercicio de sus facultades y competencias, poniendo con ello candados a la inexistencia de la información. La reforma, publicada contiene tres ejes principales:

a) El fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública:

- Aumento del catálogo de sujetos obligados.
- Establecimiento de mecanismos y procesos de revisión expeditos: nuevos criterios de clasificación y reserva, correcta documentación y actualización periódica de las obligaciones de transparencia.
- Resoluciones del antiguo IFAI, para convertirse en un órgano nacional, llamado ahora Instituto Nacional de Transparen-

[30] *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014,* consultada el 20 de abril de 2019.

cia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). [31]

b) La consolidación de un sistema nacional de transparencia:

- Obligación de las entidades federativas de establecer, en sus constituciones, organismos autónomos, especializados, imparciales y colegiados, responsables de garantizar el derecho de acceso a la información y de protección de datos personales.
- Atribución del INAI para revisar y avalar las resoluciones de los organismos locales autónomos especializados en transparencia.[32]

c) El establecimiento de nuevas facultades para el organismo garante a nivel federal:

- Ampliación del ámbito de actuación del instituto, al que se otorgó autonomía constitucional como órgano garante del derecho de acceso a la información pública y se le colocó a la cabeza del nuevo Sistema Nacional de Transparencia.[33]

Producto de esta reforma son la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados

[31] Merino, Mauricio, "Opacidad y corrupción: las huellas de la captura. Ensayo sobre la definición del problema que entrelaza al Sistema Nacional de Transparencia y al Sistema Nacional Anticorrupción", *Cuadernos de Transparencia*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, número 26, mayo 2018, p. 27, *https://www.imipe.org.mx/sites/default/files/pdf/ct26.pdf*, consultada el 20 de abril de 2019.

[32] *Idem.*

[33] *Ibidem,* p. 28.

(LGPDPPSO) y la Ley General de Archivos (LGA), publicadas en el DOF el 4 de mayo de 2015,[34] 26 de enero de 2017[35] y 15 de junio de 2018;[36] respectivamente. Estableciendo una línea base que robustece el derecho de acceso a la información y la transparencia, en un marco de protección de los datos personales y sistemas de gestión documental.

Derivado de la reingeniería constitucional en materia de transparencia y protección de datos personajes, se instaura el Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (SNT),

> El Sistema Nacional de Transparencia (SNT) es la etapa más avanzada de las reformas en materia de transparencia y acceso a la información que han ocurrido en México. En cierta forma, el SNT fue una consecuencia lógica a la imposibilidad de que, a doce años de la primera ley emitida en esa materia, existiera un marco homogéneo de transparencia y acceso a la información en todos los niveles de gobierno, en todos los poderes del Estado e incluso entre todas las personas que utilizan recursos públicos. Hasta la reforma constitucional de 2014, había sido muy complicado impulsar marcos normativos que coincidieran con las mejores prácticas internacionales.[37]

El SNT esta integrado por el INAI, quien lo preside, los Organismos Garantes de las Entidades Federativas; la Auditoría Superior de la Federación (ASF); el Archivo General de la Nación (AGN), y el

[34] *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015,* consultada el 13 de abril de 2019.

[35] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017* consultada el 13 de abril de 2019.

[36] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5526593&fecha=15/06/2018,* consultada el 13 de abril de 2019.

[37] Merino, Mauricio, *op. cit.*, p. 26.

INEGI. Este cuerpo colegiado de acuerdo a la LGTAIP es el encargado de establecer los procedimientos, instrumentos y políticas para fortalecer la rendición de cuentas en México.

> El Sistema Nacional se conformará a partir de la coordinación que se realice entre las distintas instancias que, en razón de sus ámbitos de competencia, contribuyen a la vigencia de la transparencia a nivel nacional, en los tres órdenes de gobierno. Este esfuerzo conjunto e integral, contribuirá a la generación de información de calidad, a la gestión de la información, al procesamiento de la misma como un medio para facilitar el conocimiento y evaluación de la gestión pública, la promoción del derecho de acceso a la información y la difusión de una cultura de la transparencia y su accesibilidad, así como a una fiscalización y rendición de cuentas efectivas. [38]

Sin duda la labor del SNT es inacabable, pues la operatividad de la reforma en materia de transparencia implica no solo el reto de la coordinación de diversos sujetos obligados de naturalezas diversas, en los tres órdenes de gobierno, abarca también el estudio de los programas y políticas implementados por éstos, en aras de dar cabal cumplimiento al marco normativo, reflejo de ello son los diversos acuerdos[39] en materia de acceso a la información, transparencia, archivo y protección de datos personales que emite de manera constante el precitado cuerpo colegiado.

[38] Artículo 29 de la LGTAIP.

[39] *http://snt.org.mx/index.php/consejo-nacional/acuerdos,* consultada el 17 de abril de 2019.

4.3 Reforma en materia de combate a la corrupción.

Publicada en el DOF el 27 de mayo de 2015, también durante la administración del presidente Enrique Peña Nieto, la reforma en materia de combate a la corrupción modifica 14 artículos de la CPEUM: 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122[40] representando un reconocimiento formal del problema tan grande de la corrupción y sentando las bases jurídicas para abatir la misma.

> (…) el SNA nació sobre la idea de la corrupción como un problema estructural y sistémico, diverso en sus consecuencias y mucho mayor que la comisión de faltas o delitos individuales o errores burocráticos. Su puesta en marcha implica, a su vez, la colaboración entre distintas instituciones, la participación de los ciudadanos, la modificación del sistema disciplinario para los servidores públicos y la introducción de una nueva lógica de inteligencia institucional.[41]

Las leyes secundarias que sustenta al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) se publicaron el 18 de julio del 2016 en el DOF, siendo las siguientes:

Leyes expedidas: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción[42] (LGSNA), Ley General de Responsabilidades Administrativas[43] (LGRA), Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrati-

[40] *http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015,* consultada el 17 de abril de 2019.

[41] Merino, Mauricio, *Op. cit.*, pp. 34-35.

[42] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445048&fecha=18/07/2016,* consultada el 18 de abril de 2019.

[43] *Idem.*

va[44] (LOTFJA), y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación[45] (LFRCF).

Leyes reformadas: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República,[46] Código Penal Federal,[47] Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.[48]

El SNA conforme al artículo 113 de la CPEUM, *es la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos,* y está integrado de la siguiente manera:[49]

a) *Un Comité Coordinador*: Un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo preside; el titular de la ASF; el titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción; el titular de la Secretaría de la Función Pública (SFP); un representante del Consejo de la Judicatura Federal (CJF); el Presidente del INAI y El Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA). [50]
b) *Un Comité de Participación Ciudadana (CPC)*: Está integrado por cinco ciudadanos de probidad y prestigio que se hayan

[44] *Idem.*

[45] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445046&fecha=18/07/2016,* consultada el 15 de abril de 2019.

[46] Abrogada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República el 20 de diciembre de 2018, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFGR_201218.pdf,* consultada el 18 de abril de 2019.

[47] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445043&fecha=18/07/2016,* consultada el 18 de abril de 2019.

[48] *http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445044&fecha=18/07/2016,* consultada el 18 de abril de 2019.

[49] Artículo 7 de la LGSNA.

[50] Artículo 10 de la LGSNA.

destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción.[51]

c) *Un Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización (SNF):* Integrado por la ASF, la SFP; las entidades de fiscalización superiores locales, y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas.[52]

d) *Los Sistemas Locales,* también llamados *Sistemas Anticorrupción de las Entidades Federativas* (SLA).[53]

La reforma en materia de combate a la corrupción y la normatividad secundaria correspondiente, se encuentra íntimamente vinculada con el bienestar de la población y por ende con la procuración de los derechos humanos y el sistema democrático mexicano, teniendo como finalidad recuperar la confianza en las instituciones públicas, complementando de esta manera las reformas constitucionales mencionadas con antelación.

> En México nos encontramos en una importante coyuntura para mejorar las capacidades estatales en la lucha contra la corrupción. No sólo tenemos el marco de derechos humanos creado en la reforma constitucional del 2011, sino que en abril del 2017 se instaló el Sistema Nacional Anticorrupción que fortalece dos elementos en esta política pública: la búsqueda de una mayor coordinación interinstitucional y una mayor participación ciudadana. [54]

[51] Artículo 16 de la LGSNA.

[52] Artículo 37 de la LGSNA.

[53] Artículos 3 fracción XIII y 36 de la LGSNA.

[54] Daniel (coord.), *op. cit.*, p. 36

En ese sentido, el siguiente paso corresponde trascender de la normatividad a la operatividad de tres sistemas: SNT, SNA y SNF, estableciendo una política pública anticorrupción eficaz que se apoye en los mecanismos en materia de transparencia y rendición de cuentas preexistentes en el sistema normativo mexicano.

V. RELACIÓN ENTRE EL SNT Y EN SNA

Actualmente el marco normativo implica una coordinación del SNT, SNA y SNF, este último inscrito en el segundo de los mencionados, en aras de establecer políticas públicas que permitan abatir la corrupción y fortalecer la confianza en el sector público.

La relevancia de la conexión entre transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción, radica en que la primera ofrece las herramientas para conocer las acciones del gobierno a partir de información veraz y de calidad, la segunda permite a la sociedad dar un seguimiento del contenido publicado y exigir la justificación de las acciones u omisiones gubernamentales, mientras que el tercero posibilita a la sociedad exigir la sanción con motivo de abusos del poder. La conexión entre el SNT y el SNA puede resumirse de la siguiente manera.

- Ambos sistemas deben coordinar acciones entre autoridades de distintos órdenes de gobierno y distintos poderes en relación con sus atribuciones específicas que se refieren respectivamente a hechos de corrupción, fiscalización y control de recursos públicos, así como de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales que incluye documentar, difundir y otorgar acceso a información relacionada con la gestión gubernamental, fiscalización y el ejercicio de recursos públicos.

- Asimismo, coordinan acciones dirigidas a servidores públicos, a personas que ejercen recursos públicos o realizan actos de autoridad, a sindicatos y partidos políticos o a personas que contratan al servicio público.
- De igual manera, se integran por algunas instituciones coincidentes. Estas son la Auditoría Superior de la Federación, que participa por una parte en el SNT y por la otra en el SNA a través del Comité Coordinador y Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, y el INAI y los organismos garantes locales quien también participan a través del Comisionado Presidente o los Comisionados Presidentes en el SNA o los SLA como integrantes del Comité Coordinador respectivamente.
- En ambos sistemas se reconoce la importancia de la participación de la sociedad civil. [55]

Como puede advertirse, existe una conexión entre el SNT y el SNA, teniendo el primero más tiempo operando, por ende, es conveniente el estudio de casos de éxito para su implementación o en su caso adaptación en las políticas anticorrupción.

VI. GOBIERNO ABIERTO

Hoy por hoy las prácticas más novedosas en materia de transparencia consisten en la implementación de políticas públicas de gobierno abierto, de la mano con la implementación transparencia proactiva es decir *el conjunto de actividades que promueven la identificación, generación, publicación y difusión de información adicional o*

[55] "Manual el sistema nacional anticorrupción y sus vínculos con el sistema nacional de transparencia*", http://snt.org.mx/images/Doctos/prop_libro_usaid_300518_low.pdf,* consultada el 20 de abril de 2019.

complementaria a la establecida con carácter obligatorio por la Ley General.[56]

Temas innovadores fruto de la reforma en materia de transparencia, teniendo relativamente reciente reconocimiento en la LGTAIP y acuerdos emitidos por el SNT, empero antes de que se legislara al respecto ya se gestaban proyectos de esta naturaleza a través del entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos, IFAI actualmente INAI. Aunado a lo anterior, *existen antecedentes en esta materia desde finales de los setentas;*[57] sin embargo la versión actual surge durante la administración del presidente estadounidense Barack Obama.

> En esta experiencia son tres los hitos identificables: los dos primeros definidos a partir de los documentos "Transparencia y Gobierno Abierto" de enero de 2009 y "Directriz para el Gobierno Abierto" de diciembre de ese mismo año. El tercero de ellos comienza en 2011, cuando el mandatario estadounidense presenta, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Open Government Partnership que en este documento se identifica como Alianza para el Gobierno Abierto (AGA).[58]

La Alianza fue presentada el 12 de julio de 2011 en el marco de una conferencia titulada *Open Government Partnership: An Inter-*

---

[56] *http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Transparencia-Proactiva-acciones.aspx,* consultada el 7 de abril de 2019.

[57] Ramos Alderete, José Luis, "Gobierno Abierto: una visión de sus antecedentes, surgimiento y conceptualización" *Encrucijada revista electrónica del centro de estudios en administración pública,* México, Número 24, Septiembre-Diciembre 2016, Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 9, *http://www.revistas.unam.mx/index.php/encrucijada/article/download/57767/51201*, consultada el 10 de abril de 2019.

[58] *http://www.snt.org.mx/images/Doctos/Acuerdo_Modelo_de_Gobierno_Abierto_para_PAG.pdf*, consultada el 14 de abril de 2019.

national Discussion, la representación de México estuvo a cargo del entonces IFAI, la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), a casi un mes después de ese evento, México informó que su Plan de Acción se integraría tomando como base los principios de la iniciativa, y por medio de una consulta a la sociedad civil y las dependencias y entidades del gobierno federal.[59]

Este tipo de practicas innovadoras ha propiciado el dialogo constante con la sociedad civil, la academia y los órganos locales garantes del acceso a la información, siempre en coordinación con el INAI, como puede advertirse en el micro sitio de gobierno abierto de la página oficial del Instituto: *https://micrositios.inai.org.mx/gobiernoabierto/*

Como ya se citó el fundamento legal de gobierno lo encontramos en el artículo 59 de la LGTAIP, señalando lo siguiente: *Los Organismos garantes, en el ámbito de sus atribuciones coadyuvarán, con los sujetos obligados y representantes de la sociedad civil en la implementación de mecanismos de colaboración para la promoción e implementación de políticas y mecanismos de apertura gubernamental.*

Al respecto el SNT publicó el *Acuerdo por el cual se establece el modelo de gobierno abierto del sistema nacional de transparencia acceso a la información pública y protección de datos personales*, en dicho documento se establecen cuatro elementos básicos en materia de prácticas de gobierno abierto: a) transparencia, se refiere a la apertura de procesos e información, b) participación ciudadana, construcción de espacios de interlocución entre sociedad y gobierno, c) rendición de cuentas, consiste en el control, seguimiento y vigilancia de la ciudadanía; y d) innovación, que se refiere a los modelos de gestión enfocados en solucionar problemas públicos.

[59] *https://micrositios.inai.org.mx/gobiernoabierto/?page_id=803*, consultada el 12 de abril de 2019.

El llamado gobierno abierto ha suscitado diversos estudios, proponiendo cada autor una definición propia, teniendo como constante la transparencia, rendición de cuentas, la innovación tecnológica y/o social, y elementos de participación ciudadana. Una definición sencilla e integral es la siguiente.

> [Gobierno abierto] es una transición del viejo modelo en donde la sociedad ejerce su soberanía a través de los órganos representativos hacia un modelo de democracia participativa aprovechando las ventajas que proporcionan las tecnologías de la información para que los ciudadanos a través de su conocimiento y experiencia se involucren en la toma de decisiones gubernamentales y en la generación de políticas públicas, bajo esquemas de coproducción e innovación cívica y social.[60]

Más allá de conceptualizar gobierno abierto el siguiente reto es operar un nuevo paradigma gubernamental, que permita trascender la publicación de información a acciones concretas anticorrupción, generando sinergia en todos los sistemas implicados en la lucha contra la corrupción.

VII. HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS EN MATERIA DE GOBIERNO ABIERTO.

Como ha quedado precisado en líneas anteriores la transparencia complementa el aparato normativo anticorrupción, proporcionando herramientas de utilidad. En este apartado se analizarán algunos casos exitosos de herramientas innovadoras que nacen como proyectos de gobierno abierto, brindando a la sociedad verdaderos instrumen-

[60] *http://www.orfis.gob.mx/wp-content/uploads/2017/05/cuadernillo-ga-final.pdf*, consultada el 9 de abril de 2019.

tos de control y rendición de cuentas, cuyo éxito para el combate a la corrupción depende de la participación social.

7.1 Plataformas digitales para la participación ciudadana

En este rubro englobamos aquellas paginas de internet que fomentan la participación de la ciudadanía a partir de la metodología de *decidim.*

> *Decidim* es una plataforma de democracia participativa de código abierto para ciudades y organizaciones. Pero *Decidim* es más que una plataforma digital: es un proyecto e infraestructura abierta y gratuita que incluye código, documentación, diseño, cursos de capacitación, un marco legal, interfaces de colaboración, comunidades de usuarios y facilitación, y una visión común.[61]

A través de esta plataforma es posible configurar espacios para la participación social, tales como iniciativas, asambleas, procesos o consultas, además de poder agregar reuniones cara a cara, encuestas, propuestas, votaciones, seguimiento de resultados, y comentarios.[62]

Los proyectos que han implementado esta herramienta tecnología en México, en orden cronológico son:

a) Ayuntamiento del Puerto de Veracruz, con la plataforma *http://decide.veracruzmunicipio.gob.mx*, en este espacio puede observar distintos procesos de participación desde el Plan Municipal de Desarrollo, rescate de lugares públicos y consultas en diversos programas del Ayuntamiento.
b) Ayuntamiento de Mérida, con la plataforma *https://decide.merida.gob.mx*, si bien comparte elementos propios de la

[61] *https://decidim.org/faqs/*, consultada el 10 de abril de 2019.
[62] *https://decidim.org/features/*, consultada el 10 de abril de 2019.

metodología el único ejercicio consiste en los foros de consulta para la integración del Plan Municipal de Desarrollo.

c) c) Ayuntamiento de San Pedro Garza García, con la plataforma *https://decide.sanpedro.gob.mx/*, cuenta con el ejercicio de presupuesto participativo de 2019.

d) d) Ciudad de México, con la plataforma *https://plazapublica.cdmx.gob.mx/*, en este sitio se observan diversos procesos en materia de políticas públicas.

Los elementos comunes en estas plataformas son: registros sencillos de usuarios, avisos de privacidad, calendarios de los procesos publicados, facilidad para presentar propuestas, en su caso normatividad, videos tutoriales, mapas, teniendo el único candado en la fase de votación, ya que los procesos están enfocados en los habitantes de los municipios o en su caso de la Ciudad de México.

Este tipo de plataformas electrónicas brinda de manera accesible los elementos de participación ciudadana, haciendo posible un dialogo permanente gobierno y sociedad enfocado en las problemáticas de la región, puntualizando que el éxito de este tipo de proyectos es que existan condiciones que propicien una comunicación, evitando monólogos institucionales.

7.2 Sistema de consulta de obras y acciones municipales de Veracruz (COMVER)

El Sistema de consulta de obras y acciones municipales de Veracruz (COMVER) es una plataforma digital del Órgano de Fiscalización Superior del Estado de Veracruz (ORFIS), que se alimenta de la información proporcionada por los Ayuntamientos y Entidades Paramunicipales a través del Sistema de Información Municipal (SIMVER)[63], que se pue-

[63] El Sistema de Información Municipal de Veracruz (SIMVER), inscrito en el Registro Público del Derecho de Autor con número 03-2014-071510021800-01, es

de consultar en el sitio *http://sistemas.orfis.gob.mx/SIMVERP/*64. Esta plataforma cuenta con la siguiente información:

- Registro de la obra pública desde el año 2015 a la fecha, de los 212 municipios que integran a Veracruz.
- La información puede consultar de manera global y por municipio, con un detalle de los datos por rubro y fondo.
- Georreferenciación de obras.
- Detalle fotográfico.
- Avance físico y financiero de la obra
- Información en datos abiertos
- Ventanilla para quejas, con el correspondiente aviso de privacidad, permitiendo adjuntar información a la queja.

Sin duda este tipo de herramientas representan un control en el caso de practicas corruptas en el sector de obra pública municipal, cuyo éxito depende de la participación social, es decir si bien existe una plataforma con información de interés en datos abiertos, con un detalle puntualizado de las obras públicas en los municipios de Veracruz, debe fomentarse en la población el interés de consultar este tipo de plataformas digitales y en su caso reportar lo correspondiente.

---

una herramienta tecnológica que permite el envío al ORFIS de la información programática, presupuestal y financiera de los Entes Fiscalizables Municipales, a través de una plataforma segura que opera vía internet, y además emite un recibo electrónico que da certeza a sus usuarios sobre la recepción de estos documentos, eliminando así los costos asociados a su entrega física.

Con el SIMVER, el ORFIS da cumplimiento a lo establecido en el Artículo 30 de la Ley de Fiscalización Superior y Rendición de Cuentas para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

[E]l acceso al sistema está permitido sólo a usuarios con clave de acceso y contraseña.

[h]*ttp://www.orfis.gob.mx/sistema-de-informacion-municipal-de-veracruz-simver-2/*, consultada el 10 de abril de 2019.

64 . *http://sistemas.orfis.gob.mx/SIMVERP/*, consultada el 10 de abril de 2019.

7.3 Visor Urbano

La plataforma Visor Urbano visible en *https://visorurbano.com/*, transparenta el desarrollo urbano de la ciudad de Guadalajara, es un proyecto de alto impacto que *fue seleccionado por la organización Bloomberg Philantropies en el reto Mayors Challenge 2016 de entre 290 proyectos debido a su alto potencial para combatir la corrupción, lograr procesos más transparentes y esclarecer la gestión del territorio.*[65]

> Visor Urbano es una plataforma digital de gestión urbana que contiene de manera digital las normas y planes de desarrollo urbano de la ciudad. De manera inmediata podrás consultar qué tipo de negocios y construcción se pueden realizar en el predio seleccionado. También cuenta con un área especializada de mapas donde podrás consultar los planes de desarrollo de la ciudad, todas las licencias de negocios y permisos de construcción emitidos, podrás acceder a la maqueta en 3D del centro de Guadalajara, conocer las redes hidráulicas y el arbolado de la ciudad. Toda la información presentada en Visor Urbano será de consulta libre.[66]

Esta herramienta utiliza datos abiertos y contiene información de los predios georreferenciada sobre tipos de servicios y comercios permitidos, normas, licencias y su estado actual. De esta manera moderniza los trámites ahorra tiempo y dinero al usuario, y se combate la corrupción y la discrecionalidad en la emisión de permisos para el desarrollo urbano.

---

[65] *https://guadalajara.gob.mx/tags/visor-urbano*, consultada el 11 de abril de 2019.

[66] *https://visorurbano.com/preguntasfrecuentes*, consultada el 11 de abril de 2019.

Sin duda el uso de las tecnologías mejora la calidad de los servicios públicos, más aún si suma transparencia y eficacia en el proceso, estableciendo con esto un dique en la corrupción de este rubro, que de acuerdo a la ENCIG 2017 ocupa el segundo lugar de mayor porcentaje en experiencias de corrupción.[67]

7.4 Presupuesto Ciudadano Jalisco

El Poder Ejecutivo del Estado de Jalisco desarrolló la plataforma digital Presupuesto Ciudadano, *http://presupuestociudadano.jalisco.gob.mx/*, *buscando extender una invitación a la sociedad a conocer más sobre el presupuesto y a que se sienta motivado a asumir su responsabilidad de involucrarse en el seguimiento y vigilancia del buen uso de los recursos públicos.*[68]

Esta plataforma acerca al ciudadano en los complejos temas presupuestales de manera breve, clara, sencilla y transparente, en aras de realizar la planeación del gasto, para tales efecto se apoya de diagramas, tutoriales e información de interés de manera ordenada y de fácil acceso.

> La directora general de Programación, Presupuesto y Evaluación del Gasto Público, de la Subsecretaría de Finanzas (Subsefin), María Guadalupe Cid Escobedo, relató que durante las casi cinco semanas que la plataforma "Presupuesto Ciudadano" tuvo abierta la opción para recibir proyectos, fueron un total de 39 ciudadanos los que participaron activamente, los cuales ingresaron un total de 285 iniciativas destinadas al Gasto Público 2019, siendo el tema de Salud el más recurrido con 18 plan-

[67] *Supra* 3.2. Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental.

[68] *http://presupuestociudadano.jalisco.gob.mx/*, consultada el 11 de abril de 2019.

teamientos, seguido de Movilidad urbana, con 17, y Campo con 16.[69]

Reflejo de la importancia e impacto en materia de gobierno abierto, esta plataforma fue galardonada con el premio a la innovación en transparencia 2018 en la categoría estatal[70].

Siendo el presupuesto de egresos uno de los instrumentos principales en materia de control del gasto, resulta relevante este tipo de iniciativas que fomenta la participación ciudadana en la planeación del gasto, a través de una metodología que no comprometa la realización de otros programas prioritarios.

VIII. CONCLUSIONES

La corrupción es un problema tan real como el frío o calor, que implica acciones inmediatas, es decir el discurso político sin acción es igual a la legislación sin políticas públicas efectivas que permitan su evaluación y en su caso modificación.

Es importante trascender de estudios teóricos a empíricos en materia de violaciones de derechos humanos, al existir conexión entre el pleno goce de éstos con las practicas corruptas en el sector público y la calidad en los servicios que brinda el gobierno.

La historia nos ha demostrado que transparencia no es sinónimo de honestidad y probidad en el servicio público, no podemos negar el gran avance en la materia, pero tampoco podemos afirmar que *per se* reduce o inhibe la corrupción.

Sin embrago, se advierten experiencias exitosas como es el caso del gobierno abierto, donde cada año se observan mejores propues-

[69] *https://sepaf.jalisco.gob.mx/prensa/noticia/8799*, consultada el 19 de abril de 2019.

[70] *http://presupuestociudadano.jalisco.gob.mx/experiencias/preciudadano/*, consultada el 19 de abril de 2019.

tas, siendo imperativo incentivar la participación ciudadana, ya que en ella recae el éxito en la lucha contra la corrupción.

Si bien existen reformas de gran calado, que trascienden a normas, lineamientos y políticas públicas, es necesario realizar un diagnóstico de la operatividad de éstas, con el objetivo de establecer una eficaz coordinación que permita alcanzar los objetivos de la normatividad de la materia.

En ese sentido, el siguiente paso corresponde trascender de la normatividad a la operatividad de tres sistemas: SNT, SNA y SNF, estableciendo una política pública anticorrupción eficaz que se apoye en los mecanismos en materia de transparencia y rendición de cuentas preexistentes en el sistema normativo mexicano y potencializar con ellos el combate a la corrupción, creando sinergia en los mencionado sistemas, cuyo primer reto es la coordinación eficaz y funcional.

IX. FUENTES

BIBLIOGRÁFICAS

CÁRDENAS GRACIA, Jaime Fernando, "Causas de la corrupción y soluciones para enfrentarla", en Salazar Ugarte, Pedro, Ibarra Palafox, Francisco Alberto y Flores Mendoza, Imer Benjamín (coords.), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p.223, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4315/26.pdf*, consultada el 20 de abril de 2019.

LUNA PLA, Issa, "La corrupción no es un problema cultural", *Hechos y derechos*, México, número 43, enero-febrero 2018, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11956/13718*, consultada el 7 de abril de 2019.

MERINO, Mauricio, "Opacidad y corrupción: las huellas de la captura. Ensayo sobre la definición del problema que entrelaza al Sistema Nacional de Transparencia y al Sistema Nacional Anticorrupción", *Cuadernos de Transparencia*, México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, número 26, mayo 2018, p. 27, *https://www.imipe.org.mx/sites/default/files/pdf/ct26.pdf,* consultada el 20 de abril de 2019.

RAMOS ALDERETE, José Luis, "Gobierno Abierto: una visión de sus antecedentes, surgimiento y conceptualización" *Encrucijada revista electrónica del centro de estudios en administración pública,* México, Número 24, Septiembre-Diciembre 2016, Centro de Estudios en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 9, *http://www.revistas.unam.mx/index.php/encrucijada/article/download/57767/51201*, consultada el 10 de abril de 2019.

SANDOVAL BALLESTEROS, Irma Eréndira "Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana*", Revista Mexicana de Sociología 78*, México, núm. 1, enero-marzo, 2016, *http://mexicanadesociologia.unam.mx/index.php/v78n1/41-v78n1-a5*, consultada el 8 de abril de 2019.

SALAZAR UGARTE, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos una guía conceptual,* México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. *21, http://corteidh.or.cr/tablas/r33063.pdf, consultada el 8 de abril de 2019.*

VÁZQUEZ, Daniel (coord.), *Los derechos humanos y la corrupción en México análisis de las tendencias en las entidades federativas entre el 2000 y el 2014,* México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Institutos de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p.5, *http://*

www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/DH-Corrupcion-Mexico-Anexo.pdf, consultada el 20 de abril de 2019

LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

INTERNET

http://administracionpublica.cide.edu/agenda-de-temas-en-torno-a-la-corrupcion/, consultada el 7 de abril de 2019.
https://aristeguinoticias.com/0809/mexico/a-construir-una-nueva-etica-contra-la-corrupcion-llama-el-presidente-pena-nieto/, consultada el 7 de abril de 2019.
https://decidim.org/faqs/, consultada el 10 de abril de 2019.
https://decidim.org/features/, consultada el 10 de abril de 2019.
http://decide.veracruzmunicipio.gob.mx, consultada el 10 de abril de 2019.
https://decide.merida.gob.mx, consultada el 10 de abril de 2019.
https://decide.sanpedro.gob.mx/, consultada el 10 de abril de 2019.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOFGR_201218.pdf, consultada el 18 de abril de 2019.
https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011, consultada el 16 de abril de 2019.
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332003&fecha=07/02/2014, consultada el 20 de abril de 2019.
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5391143&fecha=04/05/2015, consultada el 13 de abril de 2019.
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017 consultada el 13 de abril de 2019.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5526593&fecha=15/06/2018, consultada el 13 de abril de 2019.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445048&fecha=18/07/2016, consultada el 18 de abril de 2019.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445046&fecha=18/07/2016, consultada el 15 de abril de 2019.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445043&fecha=18/07/2016, consultada el 18 de abril de 2019.

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445044&fecha=18/07/2016, consultada el 18 de abril de 2019.

http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015, consultada el 17 de abril de 2019.

https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/EstSegPub/encig2018_03.pdf, consultada el 12 de abril de 2019.

https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/, consultada el 16 de abril de 2019.

https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion, consultada el 6 de abril de 2019.

https://guadalajara.gob.mx/tags/visor-urbano, consultada el 11 de abril de 2019.

https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional-2/, consultada el 7 de abril de 2019.

http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/Transparencia-Proactiva-acciones.aspx, consultada el 7 de abril de 2019

https://micrositios.inai.org.mx/gobiernoabierto/?page_id=803, consultada el 12 de abril de 2019.

https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-17-es.pdf, consultada el 12 de abril de 2019

http://www.orfis.gob.mx/wp-content/uploads/2017/05/cuadernillo-ga-final.pdf, consultada el 9 de abril de 2019.

http://www.orfis.gob.mx/sistema-de-informacion-municipal-de-veracruz-simver-2/, consultada el 10 de abril de 2019.

https://plazapublica.cdmx.gob.mx/, consultada el 10 de abril de 2019.

http://presupuestociudadano.jalisco.gob.mx/, consultada el 11 de abril de 2019.

http://presupuestociudadano.jalisco.gob.mx/experiencias/preciudadano/, consultada el 19 de abril de 2019.

https://www.tm.org.mx/metodologiaipc2018/, consultada el 7 de abril de 2019

https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/preguntas_frecuentes_ipc-2017.pdf, consultada el 7 de abril de 2019.

https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf, consultada el 7 de abril de 2019.

https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2018, consultada el 7 de abril de 2019.

https://www.transparency.org/cpi2018, consultada el 7 de abril de 2019.

https://www.transparency.org/research/cpi/cpi_early/0, consultada el 7 de abril de 2019.

https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017, consultada el 22 de abril de 2019.

https://www.transparency.org/cpi2018, consultada el 7 de abril de 2019.

http://snt.org.mx/index.php/consejo-nacional/acuerdos, consultada el 17 de abril de 2019.

http://snt.org.mx/images/Doctos/prop_libro_usaid_300518_low.pdf, consultada el 20 de abril de 2019.

http://www.snt.org.mx/images/Doctos/Acuerdo_Modelo_de_Gobierno_Abierto_para_PAG.pdf, consultada el 14 de abril de 2019.

http://sistemas.orfis.gob.mx/SIMVERP/, consultada el 10 de abril de 2019.

https://sepaf.jalisco.gob.mx/prensa/noticia/8799, consultada el 19 de abril de 2019.

https://visorurbano.com/preguntasfrecuentes, consultada el 11 de abril de 2019.

https://visorurbano.com/, consultada el 11 de abril de 2019.

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL IMPULSO DE LA DISTRIBUCIÓN PRESUPUESTARIA EN MÉXICO

Roberto Martinez Regino[1]

SUMARIO: I.Introducción, II. La satisfacción de derechos fundamentales por el Estado conforme a estándares de derechos humanos, III. La violación de derechos humanos y su judicialización para su efectividad a través de políticas públicas, IV. El recurso judicial efectivo y la tutela judicial en el debate distributivo presupuestal en México, V. Conclusiones, VI. Fuentes de información.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es innegable el estrecho vínculo entre los derechos humanos y el Estado, pues este último a través de su proceso evolutivo ha ido plasmando los primeros en diversos ordenamientos jurídicos nacionales desde su Constitución así como en diversos tratados internacionales[2]. Ello ha traído consigo, el reconocer el deber de satisfacer o cumplir derechos fundamentales a su cargo, a través de políticas públicas que permitan desplegar bienes y servicios y así satisfacer múltiples y variadas modalidades de los derechos de las personas conforme a sus diferentes necesidades.

Así en el cumplimiento por el Estado de las dimensiones; negativa o positiva de los derechos humanos, el respaldo presupuestal

[1] Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Estancia posdoctoral a través de CONACYT en el Programa de Posgrado Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: regino_ct3@hotmail.com

[2] Entendida dicha expresión “tratados internacionales” en forma general o amplia, conforme al artículo 2 apartado a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

resulta de vital importancia pues con ella habrá de financiarse las acciones públicas, de tal manera que la búsqueda constante de la mejor distribución de recursos económicos en el Estado, trae consigo necesariamente respuestas positivas o afirmativas de este último para el respeto y protección de los derechos fundamentales.

En este contexto, pese a la existencia de los derechos fundamentales y la obligación del Estado de cumplirlos conforme a estándares nacionales e internacionales, se violan derechos humanos ante la indebida distribución y ejecución presupuestaria, que impiden que las políticas públicas sean en forma idónea financiadas a fin de proporcionar bienes y servicios públicos, bajo los cuales las personas satisfagan sus respectivos derechos.

Frente a este problema, y ante la ausencia de respuestas por parte de entes públicos no jurisdiccionales, las personas y también los propios órganos públicos bajo la supremacía constitucional de tipo normativo, judicializan la violación al contenido constitucional entre ellos a los derechos humanos para que a través de los juzgadores se pueda impulsar una debida distribución del gasto público.

En tal sentido, la justiciabilidad que las personas esperan recibir, implica necesariamente el uso y ejercicio del recurso judicial que sea eficaz, esto es, capaz de lograr como resultado y efecto el cumplimiento de los derechos controvertidos y evitar que sean reducidos a solo aspiraciones. Debido a ello, resulta trascedente el estudio de los medios de control constitucional correctivos existentes y aplicables a fin de identificar su idoneidad para atender dicho problema en la sociedad. Sin duda, no puede dejarse inadvertida la efectividad del recurso judicial, pues es este quien permitirá desarrollar el derecho procesal a la tutela judicial efectiva, a través de cada una de sus importantes etapas.

Por tanto, el presente estudio permitirá identificar si el propio Estado, cumple con esta dualidad de derechos referidos a fin de tutelar los derechos de las personas en forma preventiva y correctiva

ante el problema planteado, evitando así la judicialización de violaciones a derechos por el Estado entre ellos al derecho sustantivo de tutela judicial efectiva ante instancias supranacionales además de la responsabilidad de magnitud internacional.

II. LA SATISFACCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL ESTADO CONFORME A ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

Es notoria la existencia de derechos fundamentales pero esto no es sino el efecto de recoger los derechos que le pertenecen al ser humano[3] a través de diversos *corpus iuris* comenzando desde la Constitución en el Estado en forma esencialista, es por ello que los derechos humanos son estándares de evaluación de todo régimen jurídico-político y expresión por este ultimo de la dignidad humana por el simple hecho de ser humano.

Hoy en día los límites al poder lo son los derechos humanos cuya satisfacción implica defender la esencia humana de los hombres aunque en ocasiones existan problemas de interpretación, armonización entre derechos y aplicación, mayor aun cuando su positivización no solo se ha limitado en normas nacionales sino también a través de fuentes internacionales; *hard law* así como *soft law*, constituyendo así "directrices de acción, criterios de legitimidad y reglas de solución de conflictos que parecen razonables a hombres de muy diversa procedencia"[4].

[3] Ello considerando que algunos derechos son innatos, tales como la libertad, cuya idea ya se encontraba en antecedentes como es en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, o su concepción como derechos naturales referidos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia.

[4] García-Huidobro, Joaquín, "Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema", en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, IIJ-UNAM, 2017, p.114.

En tal sentido, la existencia de derechos humanos supone la vinculación de cuatro elementos como son:[5] dos sujetos; uno titular de derechos y otro quien se encuentra obligado a cumplir con el correlativo a tal derecho, una prestación objeto del derecho, y el fundamento justificatorio de tal derecho; basado en el carácter del ser humano y a su dignidad.

La existencia misma del Estado y el logro de sus objetivos —derechos humanos y orden social a fin de atender las incontables necesidades de la sociedad—, ha hecho necesario el establecimiento y actualización constante de un marco de referencia jurídico, esto es, del Estado de Derecho Constitucional y Democrático bajo el cual deban sujetar su comportamiento quienes integran dicha entidad y esta última al menos en forma mínima cumpla funciones entre ellas "distinguir entre diversos componentes sociales; asignar a cada uno de ellos sus tareas; delimitar sus propias esferas de actuación y las posibles relaciones entre sí; darle el carácter de valioso a cada una de las distinciones anteriores, y asignarle un carácter deóntico a las acciones que deban realizar los actores identificados"[6].

Lo anterior, ha traído consigo en forma constante la inserción de cada vez mayores derechos humanos en cuerpos normativos desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) así como en demás normas jurídicas jerárquicamente inferiores a esta, trascendiendo en forma importante la reforma a la CPEUM en el 2011 bajo el cual se colocó como eje central del sistema jurídico mexicano a los derechos fundamentales, igualando en la misma jerarquía normativa los derechos contenidos en ordenamientos inter-

[5] *Cfr.* Massini Correas, Carlos I., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos" en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, IIJ-UNAM, pp.154-155.

[6] Cossío D., José Ramón, "Estado de Derecho: Conceptos, funciones y límites*", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 11, 2007, p.56.

nacionales a los existentes en la Constitución[7], modificando así en forma paradigmática la actuación del Estado ante la existencia del bloque de constitucionalidad en derechos humanos, al implicar "normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución"[8], bajo el cual se amplían valoraciones en materia de constitucionalidad entre ellas respecto a derechos humanos.

Sin duda, no puede negarse que el derecho constitucional ha dejado de ser el derecho del Estado-Nación pues a él debe sumarse el de fuente internacional y con ello asumir el paradigma emergente respecto a la integración e interpretación a través de herramientas como es la *interpretación conforme* y el *principio pro homine* por medio del bloque de constitucionalidad o por la red de derechos; esta última así denominada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Pese a la notable existencia de diferencias entre normas; como *regla*, es decir, "un enunciado condicional que conecta una consecuencia jurídica cualquiera con una clase de supuestos concretos: <<Sí F, entonces G>>. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un estatus, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o invalidez de un acto"[9], y por otra parte de *principios*, es decir, "mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo

[7] Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 202, registro 2006224.

[8] Huerta Lara, Ma. Del Rosario, "El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo", *Letras jurídicas,* Núm. 26, Julio-Diciembre 2012, p.4.

[9] Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Minima Trotta-IIJ UNAM 2008, p.74.

depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas"[10]; determinados tanto por principios como por reglas opuestas, se había comenzado a mantener en el olvido los segundos a favor de la aplicación de las primeros, empero, ante el nuevo paradigma se ha reposicionado una nueva forma en la que se piensa y articula el Derecho.

Ello es así pues las colisiones que pueden presentarse entre las propias reglas admiten una forma lógica para resolverlo como es el silogismo, sin embargo, respecto a las colisiones de derechos este último es insuficiente, limitado, lo cual invita a reflexionar nuevas lógicas jurídicas como es el test de razonabilidad, una "herramienta argumentativa que permite identificar los principios de derechos humanos y aplicar las reglas correspondientes en la nueva integración e interpretación del derecho"[11], bajo el cual los jueces conforme a facultades discrecionales pero sujetándose a técnicas de argumentación basados en estándares de interpretación del Derecho, el principio pro persona, obligaciones de derechos humanos así como de test de razonabilidad o ponderación, se encuentran impedidos a emitir decisiones arbitrarias que deriven en incertidumbre jurídica.

En este contexto es identificable la existencia de derechos fundamentales cuya satisfacción directa corresponde a la persona misma, sin embargo, se encuentran aquellos cuya satisfacción depende de bienes y servicios que proporcionan los entes públicos. Así bajo esta última modalidad, existe una inminente relación entre derechos humanos y los recursos económicos, pues los primeros requieren de los segundos a fin de financiar acciones bajo las cuales se desarrollaran las respectivas políticas públicas, es decir, "objetivos públicos

[10] Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.

[11] Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles,* México, IIJ-UNAM, 2018, p.6.

compartidos, con el alcance de programas de acción orientados a la consecución de fines sociales valiosos"[12], es por ello que se afirma que los derechos humanos son "servicios sociales financiados por los contribuyentes y administrados por el Estado para mejorar el bienestar individual y colectivo"[13].

Debido a lo anterior, la existencia de los recursos económicos y su distribución a través del presupuesto público conocido en México como Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF), se sigue un proceso "para relacionar sistemáticamente la erogación de recursos con la consecución de objetivos previamente establecidos"[14] y toma especial relevancia toda vez que es a través de este último, en el que se habrá de distribuir la riqueza del país por la Cámara de Diputados a fin de desplegar acciones concretas.

En tal sentido, el cumplimiento de los derechos fundamentales por entes públicos hoy tiene como base el deber de implementar políticas públicas financiables a fin de sujetarse a estándares de derechos humanos de tipo constitucional pero también internacional. Así entre los primeros se encuentran las características de los derechos fundamentales como la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad[15], mientras los segundos corresponden al contenido a tratados internacionales aceptados y ratificados por México[16] en el sistema universal como regional americano para

[12] Álvarez Ledezma, Mario I, "Derechos Humanos y Políticas Públicas" en Rossi, Andrea, Zavala, Luis Eduardo (coords), *Políticas Publicas y Derechos Humanos en México*, México, ITESM, 2010, p.121.

[13] Holmes, Stephen y Sunstein, Casss R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011, p.69.

[14] Chapoy Bonifaz, Dolores Beatriz, *Gasto y financiamiento del Estado*, México, UNAM-IIJ, 2013, p.1.

[15] Artículo 1 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[16] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Número 3, del Comité de Derechos Humanos del

la protección de derechos humanos, tales como; el uso máximo de recursos, progresividad, medidas adecuadas, recursos efectivos, tomar en cuenta el desarrollo del país, la no discriminación, niveles mínimos de satisfacción de los derechos y protección de miembros vulnerables de la sociedad en tiempos graves de recursos.

En este contexto, es a través de la indivisibilidad de los derechos humanos que le son aplicables a todo tipo de derechos fundamentales los estándares antes referidos pues no existe diferencia en la naturaleza de aquellos aun cuando se pretenda estudiarlos desde diversos puntos de clasificación.

Esta amplia diversidad de criterios no se oponen ni contradicen sino que se complementan, pero deben tomar como punto de partida el cumplimiento de un núcleo esencial del derecho conforme al contexto social, al identificar las necesidades sociales prioritarias, acorde a la igualdad sustantiva y material a fin de que pueda deslizarse el propio Estado en el cumplimiento progresivo de los derechos humanos a través de medidas adecuadas como son políticas públicas entre ellas la presupuestaria, no solo incrementando dinero a las instituciones públicas sino logrando aumentar la efectividad en la satisfacción de los derechos de las personas.

En tal sentido, la utilidad de los test no solo debe limitarse en su uso para el estudio de restricciones a derechos cuando hay principios en conflicto, tales como: test de restricción, de igualdad y no discriminación, ponderación y prohibición de regresividad, considerando que también existen otros ante el incumplimiento de obligaciones del

Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Numero 9, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", documento de avance sobre las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, Declaración E/C. 12/2007/1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 21 de septiembre de 2007, entre otros.

Estado por omisión como: el test de núcleo esencial del derecho, progresividad, uso máximo de los recursos disponibles, entre otros.[17] De esta manera, todos los entes públicos deben cumplir sus funciones conforme a los test referidos, a partir del estudio factico exhaustivo correspondiente no solo para identificar los deberes del Estado que debe cumplir sino para establecer directrices bajo los cuales se garantice la ejecución de la respuesta de bienestar al derecho controvertido.

Aunado a lo anterior, y atendiendo a diversos criterios de jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha realizado, puede apreciarse la obligación del Estado de ajustarse a los parámetros de derechos humanos al implementar políticas públicas las cuales requieren de la adecuada distribución del gasto público para que estas últimas sean idóneamente financiables.

Por tanto, en la actualidad los derechos humanos han cubierto al Estado de Derecho Constitucional y Democrático lo cual ha trascendido en un nuevo esquema normativo bajo el cual el diseño, aprobación y ejecución de políticas públicas y su debido financiamiento económico deben cumplir los estándares de derechos humanos a fin de lograr que los bienes y servicios públicos logren la satisfacción de los derechos de las personas que dependen de ellos.

III. LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SU JUDICIALIZACIÓN PARA SU EFECTIVIDAD A TRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Pese al alto contenido principialista que enriquece al bloque de constitucionalidad de derechos humanos en el país, aún se aprecia que dicha técnica no termina de permear en la realidad, pues es evidente que los órganos públicos continúan desarrollando comportamientos y bajo ellos funciones sin ajustarse a tales referentes.

[17] Véase al respecto a Vázquez, Daniel, *op.cit.*, p.7.

Lo anterior es así, pues en la realidad acontecen violaciones a derechos fundamentales a quienes su satisfacción de necesidades y derechos dependen de bienes y servicios públicos, al negárseles o en su caso proporcionándoselos sin la calidad y cobertura idónea ante la indebida distribución de recursos económicos a los entes públicos que permita financiarlos. Ello se debe a dos vertientes principales:

1. *En la indebida distribución económica:*

    a La injustificada aprobación del PEF por la Cámara de Diputados bajo el cual se reduce o no se asigna recursos económicos a determinados órganos públicos.
    b Ante la existencia de subejercicios económicos.

2. *Una vez asignados recursos económicos, la ausencia de asegurar resultados de satisfacción de derechos humanos.*

Situaciones que implican por una parte la indebida distribución económica, pero también por otra el incumplimiento del deber de asegurar a través del financiamiento a bienes y servicios públicos "que sus acciones –políticas, planes, presupuestos, programas– resulten en un aumento del disfrute de los derechos por parte de la población",[18] ante el ejercicio de facultades discrecionales y la desatención a los parámetros de derechos humanos bajo el cual el Estado debe sujetarse. Sin duda se trata de una notoria contradicción de un ordenamiento como es el PEF de tercer grado normativo[19] jerárquicamente inferior a la CPEUM y a los tratados internacionales con

[18] Blyberg, Ann, "El caso de la asignación incorrecta: Derechos económicos y sociales y el trabajo presupuestario", *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, v.6, n.11, dic. 2009 semestral, p.144.

[19] Ello es así considerando el contenido de la actual jerárquica constitucional reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado consiste en: a) La Constitución federal, b) Tratados internacionales, c) leyes generales, federales

contenido de derechos humanos, capaz de actuar como ancla para el cumplimiento de los derechos de las personas.

En este contexto, el trabajo presupuestario de derechos humanos de reciente desarrollo en las últimas dos décadas, aporta una serie de herramientas para la promoción y disfrute de derechos humanos, debido a ello y atendiendo a sus diversas áreas[20] entre ellas la correspondiente en derechos sustantivos, se relacionan los derechos humanos y sus diversos estándares con el presupuesto público pese a la dificultad que ello implica.

De tal manera, el estudio del primer problema referente a la indebida distribución de recursos económicos del gasto público, debe atender a las acciones u omisiones de la propia autoridad que los generan, como a continuación puede apreciarse:

1. *Por parte del ente legislativo*

La Cámara de Diputados al hacer uso de sus facultades conforme a lo dispuesto por los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la CPEUM discute el proyecto del PEF enviado por el Ejecutivo y a través de los diversos consensos dentro de la propia pluralidad de quienes lo integran aprueban diversos recursos económicos a los antes públicos, pero al no sujetarse a los parámetros de derechos humanos, la afectación a derechos fundamentales se presenta:

y locales. Tesis: P.IX/2007, Semanario Judicial de la Federación de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, p.6, registro IUS 172650.

[20] Existen diversas áreas de trabajo presupuestario entre las cuales destacan la transparencia en la elaboración de presupuestos, presupuestos participativos, la elaboración del presupuesto bajo el enfoque de género, bajo la perspectiva infantil, *Frontloadin* o derechos humanos en los presupuestos, así como políticas públicas macroeconómicas y los derechos humanos entre ellos en los DESC. Al respecto puede consultarse la obra de Blyberg, Ann, *op.cit.,* pp. 137-142.

a *Por acción legislativa*. Debido que se realizan diversos actos bajo los cuales y con toda intención se decide que instituciones, programas y planes se financiaran, de tal manera que puede indicar no asignar o reducir recursos económicos afectando los derechos de las personas al no implementar otras acciones o programas que puedan atender en igual o mejor calidad y cobertura los servicios públicos requeridos.

b *Por omisión legislativa.* En el ejercicio de la facultad aprobatoria de la política presupuestal, se omite o guarda silencio en forma total o parcial respecto a la necesidad de proporcionar recursos económicos en la cantidad necesitada para atender diversas necesidades de la sociedad a través de las políticas de las instituciones.

En tal sentido, ante el retardo en la aprobación del PEF o asignación de recursos económicos a las instituciones a causa del silencio para realizarlo, acontece la inconstitucionalidad por omisión legislativa, el incumplimiento de mandato constitucional en un plazo determinado de crear una norma jurídica determinada, es decir, "…la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación"[21].

Aunado a lo anterior, es importante precisar que dicha inconstitucionalidad por omisión legislativa posee diversas variantes de acuerdo a lo indicado por la pro-

[21] Fernández Rodríguez, José Julio, "Inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel, (Coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM-IIJ, 2007, p.13.

pia SCJN atendiendo a la ausencia absoluta o total de la ley —que debiera de emitirse— a la omisión parcial o relativa —al existir en parte dicha normatividad pero no completa conforme lo ordena la propia Constitución— así como a las competencias obligatorias "de carácter imperativo y vinculante, de manera que el destinatario de la norma no puede negarse a su cumplimiento ni demorar indiscriminadamente el mismo so pena de violentar la norma fundamental"[22] del ente legislativo, lo cual permite apreciar una diversa tipología a fin de dimensionar el problema que acontece: [23]

a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente…

2. *Subejercicios económicos por parte de los entes u órganos públicos al desempeñar funciones formal y materialmente administrativas*

A través de la división de poderes, los entes públicos deben cumplir entre otras funciones[24] la correspondiente a la de especialidad, con independencia de la asignada en sentido

[22] Rangel Hernández, Laura, I*nconstitucionalidad, por omisión legislativa. Teoría General y su Control jurisdiccional en México,* México, Porrúa, 2009, p.31.

[23] *Cfr.* Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p.1527.

[24] Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford, tercera reimpresión, 2010, pp.36-37.

formal, de tal manera que todos los entes públicos al realizar funciones materialmente administrativas bajo la cual deben ejercer los recursos económicos proporcionados a través del PEF pueden llegar a presentar subejercicios, esto es, "las disponibilidades presupuestarias que resultan, con base en el calendario de presupuesto, sin cumplir las metas contenidas en los programas o sin contar con el compromiso formal de su ejecución"[25], y que al no ser subsanados en el plazo correspondiente se reasignan dichos recursos económicos a otros rubros. Ello acontece debido a diversas causas como son:[26] la falta de capacidad del ente público para gastar el fondo completo asignado, diversos obstáculos que impiden que las personas puedan acceder a bienes y servicios públicos, aunado a la ausencia de la anuencia política de quien dirige la institución para gastar en forma total el recurso económico o en forma oportuna al existir retraso en las trasferencias de tales medios o sin sujetarse a la adecuada planeación.

Su complejidad nos permite reflexionar que su acontecimiento lo es no solo por acción administrativa, cuyos actos se concretan a lograr el no gasto o no ejercicio de recursos económicos al destino para el que fueron asignados y con ello lograr por los entes públicos que sean redirigidos a otros rubros diferentes a su distribución legislativa, sino también por omisión legislativa bajo el cual se evitan realizar actos de ejercicio de tales medios económicos al fin propuesto en la partida presupuestal y con ello también su inconstitucionalidad por omisión administrativa, al no realizar el ente

[25] Artículo 2 fracción LII de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

[26] Véase al respecto Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales,* Nueva York y Ginebra, 2017, pp.133-135.

público respectivo los deberes administrativos indicados por la propia CPEUM en un tiempo excesivamente prolongado.

Respecto al segundo de los problemas, esto es, el no asegurar resultados de satisfacción de derechos humanos aun cuando se asignan recursos económicos suficientes, implica la no realización de gastos económicos apropiados para la materialización de políticas y planes bien diseñados, ante la confusión de las siguientes ideas:[27]

a) Mayores ingresos no implica en forma necesaria mayores gastos, pues puede optarse en el ahorro respectivo ante la propia naturaleza de ciertos derechos cuyo cumplimiento no está condicionado a la disponibilidad de recursos y su progresividad, lo cual puede constituir un fondo de respaldo para los mismos.
b) Todos los niveles de gobierno deben asumir su responsabilidad de cumplir con los deberes de derechos humanos en la forma en la que se va a erogar el presupuesto.
c) La utilización de fondos disponibles en forma eficiente.
d) La existencia de fondos económicos fuera del presupuesto puede hacer difícil al gobierno identificar el destino de dicho gasto respecto al cumplimiento de los deberes de derechos humanos del gobierno.

En tal sentido, resulta de vital importancia la ausencia de discriminación en el gasto a fin de que deje de acontecer que se dirijan los fondos a regiones o grupos favorecidos, no se gaste en forma total los fondos existentes destinados a los derechos humanos, se intercambien gastos entre órganos públicos y dentro de los mismos, la existencia de fugas económicas respecto al pago al proveedor de ser-

[27] *Ibidem,* pp. 125-127.

vicios y beneficiarios correspondientes o al proceso de fondos de un nivel de gobierno a otro, así como la realización de gastos inútiles.

Como puede advertirse, la política presupuestaria como una medida adecuada que puede adoptar el Estado presenta problemas y ello impide que a partir de un contenido mínimo de satisfacción a derechos humanos y atendiendo al contexto de desarrollo del propio Estado y a los grupos en estado de vulnerabilidad, pueda lograrse sin discriminación su progresividad a través de la efectividad del uso máximo de los recursos económicos existentes.

Debido al contexto de dicha problemática, a continuación se estudiará la caracterización de los medios de control constitucional correctivos aplicables a fin de apreciar si resultan idóneos para satisfacer los derechos; al recurso judicial efectivo y la tutela judicial efectiva.

IV. EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO Y LA TUTELA JUDICIAL EN EL DEBATE DISTRIBUTIVO PRESUPUESTAL EN MÉXICO

La inserción de diversos derechos humanos en el actual Estado de Derecho Constitucional y Democrático no tendría ninguna utilidad si aquellos no se hacen efectivos, el incumplimiento de acciones administrativas y legislativas que permitan materializar la protección de los mismos por parte de entes públicos debe contar con un medio que permita exigirlos ante el órgano que defiende y resguarda el contenido referencial normativo en el Estado en sentido formal y material, esto es, por medio de garantías secundarias así llamadas por Luigi Ferrajoli[28] o de la existencia de un recurso judicial efectivo, ideado como aquel ”medio de defensa que puede conducir a un análisis por parte de un tribunal competente para determinar si ha habido o no

[28] Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 2010, p.59.

una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación"[29].

Este último guarda especial relación con la tutela judicial efectiva[30], pues a partir de aquel podrá iniciar el segundo; como un derecho procesal a través del desarrollo de tres de las etapas que lo componen "a) La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) La obtención de una sentencia de fondo, motivada y fundamentada, en un tiempo razonable. c) La ejecutoriedad o cumplimiento del fallo"[31]. En virtud de este relevante vínculo referido, dentro del Derecho creado por órganos supranacionales como es la Corte IDH, la protección judicial debe contar con dos vertientes importantes:[32] a) la existencia de recurso judicial efectivo caracterizable[33], por existir formalmente, tramitarse de manera sen-

[29] Tesis: 2a./J. 12/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, p. 763, registro 2010984.

[30] Contenido en diversas disposiciones nacionales e internacionales como son en el artículo 17 de la CPEUM, ordinal 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2 párrafo tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los párrafos A1-A3, B4 y C9 de la Observación General Número 9 "La aplicación interna del Pacto" aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[31] Pardo Rebolledo, Jorge Mario, "El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cervantes Alcayde, Magdalena, et. al., (coordinadores) ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN-UNAM-IIJ, 2014, p.132.

[32] *Cfr.* Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

[33] Al respecto puede consultarse Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, No. 276, párrafo 31; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C, No. 293, párr. 314; Caso Duque Vs. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2016, Serie C, No. 322, párr. 149; Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, No. 315, párr. 199. Caso de los pueblos

cilla, rápida, independiente e imparcial y resolver o dar soluciones de manera oportuna, completa y coherente a los derechos violados a las personas, a través de la debida[34] organización de todo el aparato gubernamental del poder público, pero también, b) por proporcionarle medios para que sus decisiones puedan ejecutarse[35]. En tal sentido su inefectividad contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos es una transgresión por el Estado parte[36].

En este contexto, ante el problema planteado de violación de derechos humanos por una indebida distribución del presupuesto público a los antes públicos, bajo los cuales se deben satisfacer los derechos de las personas conforme a los estándares de derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad, es de primordial interés identificar dentro de los mecanismos jurisdiccionales

indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, No. 304, párrafo 165; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70 y 91, párrafo 191; y Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párrafo 90.

[34] *Cfr.* Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998, párr. 166.

[35] Véanse al respecto los casos: Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 82; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C, No. 305, párr. 244; Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228, párr. 104; Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C, No. 144, párr. 217; Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, No.197, párr. 72; Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 209; Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2015, Serie C, No. 297, párrafo 196.

[36] *Cfr.* Tesis: 1a./J. 22/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 325, registro 2005917.

la idoneidad de los medios de control constitucional correctivos, susceptibles de ejercer tanto por los propios órganos públicos tales como son: la controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad, y por otra parte aquel que pueden activar los justiciables, esto es, el juicio de amparo.

1. *Acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo*

Sin duda, la realidad nos permite apreciar que la impugnación de los órganos públicos respecto al PEF por su indebida distribución de recursos económicos o por la falta de resultados eficaces con los recursos asignados, ha acontecido en forma directa hacia dicho documento ya sea por acción u omisión legislativa o incluso administrativa a través de demandas de medios de control constitucional tales como la acción de inconstitucionalidad para dirimir "las contradicciones que se den entre la constitución, por un lado, y cierta clase de leyes, federales y locales, así como tratados internacionales, por otro"[37] y la controversia constitucional para hacer cesar por las partes "una invasión al campo de acción que como autonomía, facultades o atribuciones, tienen concedida o la anulación de un acto de autoridad que es contrario a la constitución"[38].

Por su parte, es notoria también la utilización por los justiciables del juicio de amparo, —garantía mediante el cual se busca proteger derechos fundamentales en sede judicial—, para inconformarse del problema social referido en forma directa contra el decreto del PEF, así como en forma indirecta por la negativa de recibir bienes y servicios bajo los cuales satisfagan

[37] Arteaga, Elisur, *Derecho constitucional, México*, 2010, Oxford, p.1064.
[38] *Ibidem*, p.1009.

sus derechos humanos a causa de medidas inadecuadas entre ellas la presupuestaria.

Propiamente, presentadas las demandas respectivas por dichos medios, el juzgador en diversas casuísticas las ha admitido y ordenado el desarrollo del procedimiento respectivo, por lo que no acontece mayor problema en esta etapa.

2. *La obtención de una sentencia de fondo, fundada y motivada, en un tiempo razonable*

Al no existir en forma expresa o en su caso clara acerca de la naturaleza jurídica del PEF en la CPEUM, la SCJN al emitir precedentes y jurisprudencia ha determinado negarle el carácter de norma general, en cambio ha indicado que se trata de un acto de aplicación de la ley de ingresos al considerar que es esta última quien otorga competencias, derechos y obligaciones y no el presupuesto público[39].

Lo anterior ha traído como consecuencia que al ejercitarse la acción de inconstitucionalidad por actos del ente legislativo, se determine su improcedencia pues al no ser el PEF una norma general no puede atenderse dicha inconformidad a través de dicho medio de control constitucional; pues su esencia es la de evitar el contraste de una norma general respecto a la Constitución. De igual manera, el uso de dicha garantía ante el debate de omisiones; absoluta y relativa o parcial, ha recibido la misma suerte toda vez que carece[40] según la Corte de la idoneidad jurídica y ello imposibilita ser atendible por dicha garantía.

[39] Tesis: P./J. 23/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 256, registro IUS 194260. Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 251, registro IUS 194259.

[40] Tesis P./J. 23/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, Mayo de 2005, p. 781, registro IUS 178566.

Por lo que respecta a la controversia constitucional, su impugnación a través de actos intencionales del PEF ha pretendido invalidarlo con independencia de ser o no una norma general, empero, el éxito de ello ha dependido del número de votos que han alcanzado por los ministros para que sus efectos se consideren *inter partes* o en su caso *erga omnes*. Aunado a ello, tratándose de omisiones legislativas y administrativas respecto a la distribución del gasto público, ha variado la procedencia y en otras su improcedencia, lo que ha generado incertidumbre para atender dicha problemática.

Así el uso del juicio de amparo al impugnar el PEF en forma directa por actos u omisiones al aprobar o al ejercerse el presupuesto público de manera que se violan derechos humanos, ha implicado que los juzgadores emitan sentencias definitivas negativas o improcedentes atendiendo al principio de relatividad que caracteriza las sentencias concesorias de amparo y cuyos alcances según la Corte imposibilitan pronunciarse en una distribución o redistribución del gasto público pues ello implicaría otorgar efectos generales excediendo la formula Otero[41]. Sin embargo, la forma indirecta en la que el justiciable ha judicializado sus derechos fundamentales a causa de la indebida distribución de recursos económicos o ineficaz ejercicio para satisfacer los derechos humanos, ha permitido al juzgador pronunciarse acerca de la protección de aquellos y de la naciente generación de precedentes que puedan impulsar una cada vez

[41] Vía acción u omisión de las autoridades respecto al problema planteado, el principio de relatividad de las sentencias de amparo es una limitante para resolver el presente problema conforme al artículo 73 de la ley de amparo así como a los criterios interpretativos de la SCJN: Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p.43, registro IUS 168633, Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620, registro IUS 2004534.

mejor equitativa asignación y ejercicio presupuestal, pero sin que aun haya soluciones concretas de tipo judicial a las diversas casuísticas bajo las cuales la autoridad responsable deba financiar las políticas públicas que satisfagan los derechos de los justiciables.

Como puede advertirse, el diseño jurídico de los medios de control constitucional correctivo referidos presenta límites de manera que trascienden en la emisión de sentencia fundada y motivada que pueda resolver el problema que se plantea, de manera que la falta de idoneidad de procedencia de los mismos ha prolongado en el tiempo la existencia de la problemática, mientras aumentan cada vez mayores casuísticas que se exigen en sede judicial.

3. *La ejecutoriedad o cumplimiento de la sentencia*

La existencia de sentencias definitivas que mediante la impugnación indirecta del PEF han prosperado a través del juicio de amparo, se han limitado a retirar los obstáculos normativos o incluso facticos, de manera que el juzgador puede llegar a ordenar a las autoridades responsables que satisfagan los derechos fundamentales de los justiciables, y con ello actualizar o crear políticas públicas necesarias para que al requerir de financiamiento económico la ejecución de estas últimas se materialice, empero, al no contar con recursos los entes públicos para ello y mayor aun al decidir sujetarse al principio de legalidad presupuestaria a fin de no ser sujeto de procedimientos de responsabilidad, el cumplimiento de la sentencia emitida al respecto se prolonga en el tiempo debiendo esperar los entes públicos y los justiciables hasta en tanto exista una ampliación presupuestaria autorizada conforme a los tiempos del propio ente legislativo.

Sin duda, en este escenario se vuelve imprescindible el desarrollo de las funciones que deben realizar tanto los juzgadores al emitir sentencias innovadoras bajo una nueva concepción de la división de poderes y conforme al activismo judicial para impulsar políticas públicas con su respectivo financiamiento de manera que se puedan superar ciclos de indebida distribución presupuestaria, aunado a ello, las autoridades responsables deben asimilar que el cumplimiento de la sentencia posee la fuerza de la CPEUM bajo la cual no pueden aducir dejar poder realizarlo al tener que respetar el principio de legalidad presupuestaria.

Sin duda, la existencia de estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos permite en la actualidad comprender que no puede justificarse que los entes públicos pretendan no cumplir los fallos judiciales que protegen derechos fundamentales, ante la ausencia de recursos económicos a causa de una indebida distribución presupuestaria o en su caso ineficaz ejercicio de recursos económicos para satisfacer los derechos humanos. En tal sentido la Corte IDH ha indicado que:[42]

> ...en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución.

[42] Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, No. 246, párrafo 211.

Sin duda, en la actualidad el Derecho Internacional de Derechos Humanos a través del sistema universal y regional por medio de su complementariedad al Derecho interno ha permitido impulsar que el Estado proteja los derechos de quienes se encuentran bajo su jurisdicción no solo al insertar derechos fundamentales en sus ordenamientos jurídicos sino al establecer garantías conforme a los cuales puedan ser defendidos los derechos de las personas si aún no son efectivos.

En tal sentido, ante las obligaciones que el Estado tiene respecto a la satisfacción de derechos implica consigo el tener que cumplir con sus deberes de "respetar" y "proteger", el primero al no poder violar directa o indirectamente por acción u omisión los derechos fundamentales y en todo caso realizar acciones de cumplimiento negativas o positivas. Por otra parte el segundo, implica realizar todo lo racionalmente posible para que las personas sujetas a su jurisdicción no se les violen sus derechos humanos, lo que trae consigo a su vez que el Estado, prevenga, investigue, sancione y repare la afectación correspondiente a través de obligaciones en específico como son:[43] a) implementar medidas positivas generales de armonización normativa interior y organizacionales conforme a aquella internacional, así también positivas especiales de igualación a personas o grupos que por su contexto se encuentre en estado de vulnerabilidad; b) proteger a los derechos de las personas de amenazas de agentes público o privados; y c) cooperar con los órganos internacionales para que éstos puedan desarrollar sus actividades de control, para erradicar la impunidad.

De tal manera, que ante el problema planteado de la indebida distribución y ejercicio presupuestal, no solo se incumple el deber del

[43] Véase al respecto Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Pelayo Möller, Carlos María, "La obligación de "respetar y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 2, 2012, pp.155-159, 162-164.

Estado de respetar los derechos humanos al suministrar suficientes recursos económicos para financiar bienes y servicios que satisfagan los derechos de las personas sino que tampoco se cumple el correlativo a garantizar los derechos fundamentales al no retirarse[44] los obstáculos que impiden u obstaculizan al recurso judicial efectivo para que las personas defiendan sus derechos. Ello permite identificar que existe una asimetría aun ausente en armonizar las normas jurídicas nacionales a las internacionales, ajustar la estructura pública y fomentar la práctica que permita satisfacer los derechos de las personas.

Sin duda, el Estado como unidad al ser parte de tratados internacionales le son vinculantes diversidad de obligaciones que no puede incumplir a fin de no incurrir en responsabilidad de tipo internacional. La dinámica realidad social obliga asumir diversas necesidades y retos a fin de cumplir con los objetivos que le dan existencia al propio Estado.

V. CONCLUSIONES

En la actualidad no puede concebirse un Estado sin que su marco de referencia normativo se encuentre impregnado de derechos humanos, como no puede dejarse de pensar que el Estado como unidad se encuentra obligado a satisfacer aquellos que dependen de bienes y servicios públicos, lo cual requiere de la debida distribución y ejercicio del presupuesto público, que permita su máxima eficiencia. Sin embargo, en la realidad se aprecia que continúa incidiendo en forma importante en los entes públicos la adopción de facultades discrecionales o no justificadas conforme a los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos al momento

[44] Opinión Consultiva OC-11/90 (1990), Corte IDH, 10 de agosto de 1990. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, Nº 11, párr. 34.

de decidir financiar o no políticas públicas, lo cual trae como efecto la regresividad de los derechos fundamentales y su violación.

Si bien es necesario el reconocimiento de cada vez mayores derechos humanos en las normas jurídicas y los entes públicos se encuentran obligados atendiendo a sus competencias a satisfacerlos con acciones oportunas y eficaces, la negativa al deber de respeto y garantía de aquellos, debe permitir su exigibilidad a través de recurso judicial efectivo ante órganos cuya función jurisdiccional busque impulsar la efectividad de los derechos fundamentales.

Como puede advertirse ante la presente problemática no se cumple la tutela judicial efectiva en su dimensión procedimental, pues su segunda y tercera etapa no llegan a ser materializadas debido al diseño normativo de los actuales medios de control constitucional correctivos que actúan como recursos judiciales sin ser efectivos al no lograr los resultados para resolver la violación a derechos fundamentales como parte del contenido del actual bloque de constitucionalidad.

El *statu quo* del diseño normativo y los resultados prácticos de las actuales garantías secundarias se encuentran superadas para atender el fenómeno social planteado, ello aunado a la ausencia de actualización interpretativa por el guardián constitucional acerca de las reglas presupuestales y principios inmersos en la presente discusión, lo que ha traído consigo que la justiciabilidad de derechos humanos a través del impulso de políticas públicas y su debido financiamiento eficaz llegue a cuenta gotas, incumpliendo no solo a la CPEUM sino incurriendo en responsabilidad internacional a falta de cumplimiento de estándares de derechos humanos contenidos en ordenamientos en los que México es parte.

Así mientras continúe la negativa de cumplimiento por el Estado de la tutela judicial efectiva en su aspecto procedimental en el ámbito nacional, a falta de recurso judicial efectivo, continuará aconteciendo violaciones a derechos humanos, lo que puede tener como

consecuencia que los justiciables acudan ante instancias internacionales a exigir el cumplimiento de sus derechos humanos violados en específico, entre ellos a la tutela judicial y recurso judicial efectivo como derechos sustantivos.

Sin duda, si bien se requiere de la apropiación de los derechos humanos por quienes les compete distribuir y ejercer la distribución eficaz de recursos económicos, resulta de vital importancia, la actualización legislativa e interpretativa de instituciones jurídicas, tales como son el presupuesto público, la eficacia de los derechos humanos y los medios de control constitucional correctivos estudiados.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁLVAREZ LEDEZMA, Mario I, "Derechos Humanos y Políticas Públicas" en Rossi, Andrea, Zavala, Luis Eduardo (coords), *Políticas Publicas y Derechos Humanos en México*, México, ITESM, 2010.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford, tercera reimpresión, 2010.

CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz, *Gasto y financiamiento del Estado*, México, UNAM-IIJ, 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Inconstitucionalidad por omisión", en Carbonell, Miguel, (Coordinador), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM-IIJ, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Garantías. La ley del más débil,* Madrid, Trotta, 2010.

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema", en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, IIJ-UNAM, 2017.

GUASTINI, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Minima Trotta-IIJ UNAM 2008.

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Casss R., *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Argentina, Siglo XXI Editores, 2011.

MASSINI CORREAS, Carlos I., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos" en Saldaña Serrano, Javier, *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, IIJ-UNAM.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Haciendo realidad los derechos humanos a través de los presupuestos gubernamentales,* Nueva York y Ginebra, 2017.

PARDO REBOLLEDO, Jorge Mario, "El papel de las cortes constitucionales en la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", en Cervantes Alcayde, Magdalena, et. al., (coordinadores) ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales? Debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN-UNAM-IIJ, 2014.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, I*nconstitucionalidad, por omisión legislativa. Teoría General y su Control jurisdiccional en México,* México, Porrúa, 2009.

VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles,* México, IIJ-UNAM, 2018.

ORDENAMIENTOS NACIONALES:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley de Amparo.
Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES

Convención Americana de Derechos Humanos.
Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
Declaración E/C. 12/2007/1 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales del 21 de septiembre de 2007.
Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Documento de avance sobre las normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.
Observación General Número 3, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Observación General Número 9, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Observación General Número 9 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
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".

ORDENAMIENTOS DE OTROS ESTADOS:

Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776.

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia.

REVISTAS

COSSÍO D., José Ramón, "Estado de Derecho: Conceptos, funciones y límites", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 11, 2007.

BLYBERG, Ann, "El caso de la asignación incorrecta: Derechos económicos y sociales y el trabajo presupuestario", *Sur. Revista internacional de derechos humanos*, v.6, n.11, dic. 2009 semestral.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, PELAYO MÖLLER, Carlos María, "La obligación de "respetar y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 10, No. 2, 2012.

HUERTA LARA, Ma. Del Rosario, "El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo", *Letras jurídicas,* Núm. 26, Julio-Diciembre 2012.

SENTENCIAS SUPRANACIONALES E INTERNACIONALES:

Caso Baena Ricardo y otros, Vs. Panamá, Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003.

Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C, No. 144.

Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70 y 91.

Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C, No. 305.

Caso de los pueblos indígenas kuna de madungandí y emberá de bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, No. 304.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71.

Caso Duque Vs. Colombia, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2016, Serie C, No. 322.

Caso Flor Freire Vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, No. 315.

Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246.

Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C, No. 293.

Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, No. 276.

Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228.

Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, No.197.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1998.

Caso Wong Ho Wing Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2015, Serie C, No. 297.

*Opinión Consultiva OC-11/90 (*1990), Corte IDH, 10 de agosto de 1990, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Serie A, Nº 11.

TESIS Y JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Tesis: 1a./J. 22/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 325, registro 2005917.

Tesis: 2a./J. 12/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, p. 763, registro 2010984.

Tesis: P.IX/2007, Semanario Judicial de la Federación de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, p.6, registro IUS 172650.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 202, registro 2006224.

Tesis: P./J. 11/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006.

Tesis: P./J. 23/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 256, registro IUS 194260.

Tesis: P./J. 24/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IX, Abril de 1999, p. 251, registro IUS 194259.

Tesis P./J. 23/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, Mayo de 2005, p. 781, registro IUS 178566.

Tesis: P./J. 134/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Octubre de 2008, p.43, registro IUS 168633, Tesis: IX.1o.5 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, p.2620, registro IUS 2004534.

LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MÉXICO COMO OBSTÁCULO PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN TEMPORAL

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria[1]

I.Introducción II. El combate a la corrupción y la suspensión temporal de los Servidores Públicos: su inaplicabilidad con base en los Derechos Político-Electorales III. Conclusión IV. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Combatir la corrupción no es mero discurso, se requieren de elementos especializados en materia legal, así como de sistemas estratégicos para lograr los resultados buscados, en específico la sanción al servidor público y/o particular, así como la recuperación de los activos.

Por tanto, nos encontramos frente a un Derecho Humano que prevé y exige lo narrado en el párrafo anterior: el derecho humano a una buena administración, el cual se compone básicamente de tres elementos: 1. Transparencia, 2. Rendición de Cuentas y 3. Combate a la corrupción.

La Transparencia en México la encontramos en el artículo 6º, apartado A, fracción I Constitucional y en el artículo 5.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que a la letra indican

[1] Doctora en Derecho por la UNAM, Posdoctorado en Derecho en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla por el Programa Posdoctoral del CONACYT para investigadores de alto nivel académico, Estancia Posdoctoral en la Universidad del Salento en Lecce, Italia, Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Derecho Penal y Procesal Penal Alemán de la George-August Universidad de Gottingën en Alemania, Estancia Posdoctoral en la Universidad de Valencia en España.

Artículo 6º Constitucional:

> A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:
> I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

Artículo 5.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción:

> Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción
> 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Bajo esa perspectiva, en materia de transparencia, todos los servidores públicos y particulares que tengan contrataciones con la administración pública deberán hacer públicos sus movimientos al respecto, es decir, los servidores públicos están obligados constitucionalmente a rendir cuentas, específicamente las que se refieren a la declaración patrimonial y al conflicto de intereses, tal y como lo indica el artículo 108 Constitucional, último párrafo:

> Los servidores públicos a que se refiere el presente artículo estarán obligados a presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes y en los términos que determine la ley.

En ese sentido, el combate a la corrupción se realiza desde el ámbito procesal, específicamente en el Sistema Nacional Anticorrupción que cuenta con determinados procedimientos cuyo fin es sancionar y recuperar activos.
En el combate a la corrupción operan los siguientes procedimientos:

1. Procedimiento penal acusatorio para los delitos cometidos por hechos de corrupción, el cual se basa en lo indicado por el Código Nacional de Procedimientos Penales mediante imputaciones de delitos por el Fiscal Nacional Anticorrupción o los Fiscales Anticorrupción de los Estados, dependiendo de la competencia y calidad de los recursos públicos.
2. Procedimiento Administrativo de Responsabilidad, el cual basa sus cimientos constitucionales en el artículo 73, fracción XXIX-V, así como en el artículo 109, fracción III; la ley secundaria de la materia procesal administrativa disciplinaria la encontramos en la Ley General de Responsabilidades Administrativas; cabe señalar que algunos estados de la República Mexicana tienen sus leyes locales de responsa-

bilidades administrativas, lo cual a nuestro parecer es un error, pues el artículo 73, XXIX-V indica que el único para legislar en materia de responsabilidades administrativas, así como la distribución de sus competencias es el Congreso de la Unión, no así las Legislaturas de los Estados. Algunos de los Estados de la República Mexicana que tienen como norma fundamental de responsabilidades administrativas a la Ley General de Responsabilidades Administrativas son Campeche y Zacatecas.

3. El Procedimiento Administrativo de Ejecución, el cual se utilizará para embargos precautorios en el caso de las medidas cautelares dictadas en contra de algún servidor público y/o particular que se encuentre dañando a la hacienda pública con su actuar reiterativo ilícito, para la ejecución de sanciones económicas en el caso de que el Servidor Público y/o particular haya sido condenado por el Tribunal de Justicia Administrativa competente; en ambos casos la autoridad que deberá realizar dichos procedimientos es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público basándose en lo que prevé el Código Fiscal de la Federación.
4. El procedimiento civil de extinción de dominio, que podrá ser solicitado por el Fiscal Anticorrupción competente en el momento en el que inicie una investigación por cualquier delito cometido por hechos de corrupción, lo anterior de acurdo a lo que indica el artículo 22 Constitucional en la reforma del 14 de marzo del 2019.

Cabe señalar que el combate a la corrupción desde el ámbito procesal se puede aplicar solamente a determinados servidores públicos, es decir, no a todos ellos se les podrían aplicar determinados mecanismos procesales de combate a la corrupción, por ejemplo, las medidas cautelares que prevé la Ley General de Responsabilidades

Administrativas, ni tampoco vincularlos a proceso o dictarles una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa en su contra.

Es el caso de los derechos políticos electorales, en los que la constante lucha por evitar las venganzas políticas ha dado pie para que se inserten en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente en el artículo 99, fracción V, que a la letra indican:

> Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.
>
> …
>
> …
>
> …
>
> Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, sobre:
>
> I. …
>
> II. …
>
> III. …
>
> IV. …
>
> V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución

> de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables;

En ese sentido, los derechos políticos electorales los ha retomado nuestra carta magna como uno de los ejes de control constitucional para la protección de derechos fundamentales.

Jorge Carlos Herrera Valleján y Alejandro Sánchez Sánchez nos indican que:

> Es sin duda que, en una verdadera democracia, los derechos y reconocimiento que tienen por parte de la Constitución al Sufragio activo y pasivo, así como los derechos de asociación política, derecho a pertenecer a un partido político y derecho a integrar autoridades electorales en las entidades federativas, deben estar garantizados, y en México el medio es el Juicio para la protección de los Derechos Políticos Electorales.[2]

Ésto para el combate a la corrupción implica una seria dificultad, en virtud de que, protegido por la norma jurídica, un servidor público con un cargo de elección popular puede estar realizando actos de corrupción sin que se le separara de su cargo.

Es decir, en México contamos con un juicio de protección a los derechos políticos electorales, pero para el combate a la corrupción ¿tiene funcionalidad o es un obstáculo?

[2] Revista Iberoamericana para la investigación y el desarrollo educativo, *Análisis para la protección de los derechos políticos electorales del Ciudadano como protector de los Derechos Político-electorales,* ISSN 2007-2619, enero-junio 2013.

II. EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN Y LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS: SU INAPLICABILIDAD CON BASE EN LOS DERECHOS POLÍTICOS ELECTORALES.

Una de las medidas de alejamiento que prevé el actual derecho administrativo disciplinario es la medica cautelar de suspensión temporal del Servidor Público, con la reserva legal de que el mismo sea separado temporalmente de su cargo bajo el cumplimiento de su mínimo vital, es decir, mediante el pago del 33% de su salario neto, lo anterior con el fin de evitar que se sigan cometiendo actos que, a juicio de las autoridades operativas del Sistema Nacional Anticorrupción, pueden ser motivo de actos y/o hechos de corrupción.

Dicha medida cautelar esta prescrita en el artículo 124, fracción I con relación al artículo 123 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas que a la letra indican:

> Artículo 123. Las autoridades investigadoras podrán solicitar a la autoridad substanciadora o resolutora, que decrete aquellas medidas cautelares que:
>
> I. Eviten el ocultamiento o destrucción de pruebas;
> II. Impidan la continuación de los efectos perjudiciales de la presunta falta administrativa;
> III. Eviten la obstaculización del adecuado desarrollo del procedimiento de responsabilidad administrativa;
> IV. Eviten un daño irreparable a la Hacienda Pública Federal, o de las entidades federativas, municipios, alcaldías, o al patrimonio de los entes públicos.

> No se podrán decretar medidas cautelares en los casos en que se cause un perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.
> Artículo 124. Podrán ser decretadas como medidas cautelares las siguientes: I. Suspensión temporal del servidor público señalado como presuntamente responsable del empleo, cargo o comisión que desempeñe. Dicha suspensión no prejuzgará ni será indicio de la responsabilidad que se le impute, lo cual se hará constar en la resolución en la que se decrete. Mientras dure la suspensión temporal se deberán decretar, al mismo tiempo, las medidas necesarias que le garanticen al presunto responsable mantener su mínimo vital y de sus dependientes económicos; así como aquellas que impidan que se le presente públicamente como responsable de la comisión de la falta que se le imputa. En el supuesto de que el servidor público suspendido temporalmente no resultare responsable de los actos que se le imputan, la dependencia o entidad donde preste sus servicios lo restituirán en el goce de sus derechos y le cubrirán las percepciones que debió recibir durante el tiempo en que se halló suspendido;

Es decir, de acuerdo a las investigaciones realizadas por la autoridad investigadora de la Unidad de Responsabilidades Administrativas de cualquier ente de la Administración Pública y en términos del artículo 102, fracción VI, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[3], puede solicitar, previamente con razonamientos jurídicos de la necesidad de la misma, esta medi-

[3] Corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine.

da cautelar durante el tiempo que la considere aplicable o hasta que finalice el procedimiento administrativo de responsabilidad.

Sin embargo, estas medidas no se pueden aplicar a Servidores Públicos con cargo de elección popular y con fuero, es decir, aquellos que contempla el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues previmente se les tiene que iniciar un juicio de procedencia, en el cual los principales actores son la Cámara de Diputados como investigador y la Cámara de Senadores como Tribunal Justiciable, además de que los mismos tienen derechos políticos electorales que los protegen para que no sean separados de su cargo.[4]

[4] Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado. Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación. Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley. Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable. Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, en su caso los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, y los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables. El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en

Lo anterior pudiera determinar la dificultad para evitar que un acto de corrupción se siguiera cometiendo por un Servidor Público de este nivel.

En palabras de María Amparo Casar, el fuero es la inmunidad procesal de la cual gozan determinados funcionarios públicos:

> El régimen de inmunidad del que actulamente gozan algunos funcionarios en México a nivel federal abarca tanto la inviolabilidad como la inmunidad procesal; también es pertinente señalar que funcionarios federales de los poderes ejecutivo y judicial, así como de organismos autónomos tienen inmunidad procesal. Vale la pena aclarara que, si bien al régimen de inmunidad en México se le conoce popularmente como fuero, en la Constitución este termino se utiloza para referirse a la inviolabilidad de opiniones de la que gozan exclusivamente los Diputados Federales y los Senadores, mientras que el llamado desafuero está directamente vinculado con la declaración de procedencia, procedimiento por medio del cual la Cámara de Diputados retira la inmunidad processal que la Constitución otorga a ciertos funcionarios públicos.[5]

tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto. En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia. Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.
Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

[5] Política y Gobierno, *Freedom and Speech in Mexico: Between Immunity and Impunity,* Maria Amparo Casar, ISSN 1665-2037, volumen 25, número 2, México julio-diciembre 2018.

De acuerdo con esta autora, México se encuentra dentro de los países que otorgan la inmunidad procesal a un mayor número de funcionarios (al menos 2,543 considerando a los funcionarios estatales protegidos por la comisión de delitos federales).[6]

En ese sentido, la protección con respecto a la inmunidad procesal los servidores Públicos tiene un primer plano: la constitucionalidad del fuero.

Sin embargo, quince estados de la República Mexicana han eliminado el fuero[7], lo que implicaría que no se requiere ningún juicio de procedencia ante sus Legislaturas Locales para iniciarles un procedimiento administrativo de responsabilidad y, por ende, dictarles una medida cautelar de suspensión temporal durante el tiempo de su cargo público, aún y cuando éste sea de elección popular.

Sin embargo, el procedimiento administrativo de responsabilidad, propio del Derecho Administrativo Disciplinario y del Sistema Nacional Anticorrupción actual en México, entra en conflicto legal con los derechos políticos electorales de los Servidores Públicos cuyos cargos son de elección popular; dicho derechos se encuentran en los artículos 35, fracciones I, II y III y 99 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 27 y el artículo 25, b) de la Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, los cuales determinan que:

> Artículo 35. Son derechos del ciudadano:
>
> I. Votar en las elecciones populares;

[6] *Ídem.*

[7] https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-estados/13-estados-eliminan-el-fuero-los-otros-se-resisten/ consultada el 29 de marzo del 2019 a las 11:27 am

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;

Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 23. Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y 24

c. tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

> Artículo 25
>
> Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
> b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
> c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Bajo esa perspectiva, y en virtud de que se trata de un derecho fundamental, los derechos político electorales, como control de constitucionalidad y de convencionalidad, se podrían ponderar en cuanto a importancia al procedimiento administrativo de responsabilidad con respecto a la medida cautelar de suspensión temporal del servidor público, toda vez que es un derecho para el servidor público de elección popular el ejercer su cargo durante el tiempo que éste tiene permanencia, pues la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral en su Libro Tercero prevé el Juicio de Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano.

Específicamente dicho medio de impugnación se encuentra en el artículo 3, 2 de dicha ley:

> Artículo 31
> …
> …

1. b) La definitividad de los distintos actos y etapas de los procesos electorales.

   2. El sistema de medios de impugnación se integra por:

1. a) El recurso de revisión, para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;
2. b) El recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal;
3. c) El juicio para la protección de los derechos político–electorales del ciudadano;

Asimismo, en el libro tercero de dicha ley se indica el procedimiento para la interposición del juicio para la protección de los derechos políticos electorales, cuyas premisas básicas radican en el artículo 79 que a la letra indica:

> Artículo 79
>
> TITULO UNICO
> De las reglas particulares
>
> CAPITULO I
> De la procedencia
>
> 1. El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual o a través de sus representantes legales, **haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos**. En el supuesto previsto en el inciso e) del párrafo 1 del siguiente

> artículo, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada.
> 2. Asimismo, resultará procedente para impugnar los actos y resoluciones por quien teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas.

Bajo esa perspectiva, el artículo 80, inciso f tiene total apertura para efecto de considerar que cualquier acto de autoridad puede violentar los derechos políticos electorales de los servidores públicos de elección popular, en virtud de que el mismo se basa únicamente en presunciones.

Dicho numeral legal indica a la letra:

> Artículo 80
>
> 1. El juicio podrá ser promovido por el ciudadano cuando:
> a) …;
> b) …;
> c) …;
> d) …;
> e) …;
> f) Considere que un acto o resolución de la autoridad es violatorio de cualquier otro de los derechos político-electorales a que se refiere el artículo anterior, y
> g) …

Es así como la medida cautelar de suspensión temporal contenida en el artículo 124, fracción I de la Ley General de Responsabilidades Administrativas pudiera violentar los derechos políticos electorales del Servidor Público de elección popular de participar en

las decisiones políticas, aún y cuando ello traiga como consecuencia la comisión permanente o reiterada de algún acto de corrupción.

Es por ello que consideramos que estos derechos políticos electorales son un obstáculo para el combate a la corrupción, pues se basa en un riesgo garantista que antepone un derecho humano contenido en el ámbito constitucional contra un derecho humano de igual nivel como lo es el derecho humano a una buena administración.

Es así como el sistema nacional anticorrupción carece de eficacia jurídica y de alcances materiales para combatir la corrupción en contra de estos servidores públicos, pues los mismos pueden cometer actos de corrupción sin que se les pueda suspender temporalmente del cargo a costa de los daños que pudieran causar a la Hacienda Pública.

En ese sentido el fuero y los derechos políticos electorales, como elementos de orden garantista, son obstáculos para el combate a la corrupción; en contrapropuesta a estas figuras jurídicas, el funcionalismo jurídico pudiera ser una excelente opción para combatir la corrupción en estos ámbitos, es decir, la restricción de estos derechos humanos para las Servidores Públicos de elección popular, únicamente en el ámbito del combate a la corrupción, resultan necesarios.

III. CONCLUSIÓN

El combate a la corrupción merece un tratamiento especial en materia legal, desde la investigación, sus procedimientos y la ejecución de condenas respecto a faltas administrativas y/o hechos de corrupción.

El régimen de combate a la corrupción en México debe ser excepcional, esto se refiere a que se debe restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos, es decir, no se pueden tolerar actos de corrupción protegidos por derechos constitucionales y/o convencionales como lo son los derechos políticos electorales, pues es necesario ponderar el acto de perjuicio causado en la sociedad por corrupción;

por tanto, el control de constitucionalidad actual que protege dichos derechos es un obstáculo para el combate a la corrupción, pues, en términos de un control difuso o concentrado de constitucionalidad y/o convencionalidad, la norma que acoge la suspensión temporal del servidor público contenida en el artículo124, fracción I de la Ley General de Responsabilidades Administrativas no es eficaz, aun y cuando se pretenda evitar con la continuación de actos que se presuman son de corruptela.

Lo idóneo sería que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se plasmará un apartado específico de combate a la corrupción, en el cual, mediante análisis lógicos jurídicos previos, se encontrarán restricciones a los ejercicios de los derechos humanos de los Servidores Públicos y/o particulares para evitar que a través de un derecho ampliamente garantista se sigan cometiendo actos de corrupción.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---- Política y Gobierno, *Freedom and Speech in Mexico: Between Immunity and Impunity,* Maria Amparo Casar, ISSN 1665-2037, volumen 25, número 2, México julio-diciembre 2018.
---- Revista Iberoamericana para la investigación y el desarrollo educativo, *Análisis para la protección de los derechos políticos electorales del Ciudadano como protector de los Derechos Político-electorales,* ISSN 2007-2619, enero-junio 2013.
---- https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-estados/13-estados-eliminan-el-fuero-los-otros-se-resisten/
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley General de Responsabilidades Administrativas.
Convención Americana de Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DECONSTRUCCION Y REDETERMINACIÓN DE PATRONES SOCIOCULTURALES EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LA MUJER A TRAVES DE UN CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Ma. Esperanza Vázquez Neri[1]

SUMARIO: I. Introducción. II. El rol de las Instituciones sociales en la protección al derecho de la mujer a una vida libre de violencia. III. La protección jurídica del derecho de la mujer a una vida libre de Violencia en México. IV. Deconstrucción y redeterminación de los patrones socioculturales en la protección de una vida libre de violencia para la mujer a través de un control difuso de constitucionalidad y control de convencionalidad. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos humanos encuentra su origen a partir de la segunda guerra mundial, hecho histórico que marca la pauta de la idea de *derecho humanitario* a raíz de las violaciones que sufrieron las personas en base a la idea de *razas diferentes*, ideología sostenida en el principio de eugenesia, con la cual se dotaba de *cientificismo* a un racismo exacerbado, que según sus seguidores buscaba el buen origen, o sea, el mejoramiento de la raza humana. Esta idea se propago y llego a México, en donde se creó la *Sociedad Mexicana de Eugenesia para el Mejoramiento de la Raza,*[2] fundada en 1931, por medio de la cual desde un aspecto positivo buscaba disminuir las

---

[1] Académica de la Facultad de Derecho y Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, campus Ciudad Universitaria.

[2] Suárez y López Guazo, Laura, *Eugenesia y racismo en México, México D.F., UNAM, 2005,* Colección Posgrado, p. 10.

enfermedades hereditarias al cuidar la reproducción y genética de las personas, sin embargo por medio de la eugenesia también, se ha llevado a cabo prácticas que hoy día serian consideradas como discriminatorias y violatorias de derechos humanos, pues el paradigma histórico en el que nos encontramos admite la aceptación y reconocimiento de toda diversidad.

En lo que hace a los derechos de la mujer -grosso modo-, comenzaron a florecer después de la Segunda Guerra Mundial, por medio del movimiento social denominado "segunda ola", feminismo europeo y norteamericano entre los siglos XIX y XX, que buscaba el reconocimiento de diversas libertades de la mujer de clase media y casada, las cuales se encontraban privadas de un desarrollo como personas en sus esferas publicas y privadas, por ejemplo, la mujer era excluida del empleo remunerado dejándola bajo una dominación patriarcal del marido, el cual se encontraba legitimado legalmente y bajo su libre albedrío para subordinar a su mujer en el ámbito privado y público, además ante la minusvalía tanto económica como social del trabajo doméstico y no ser reconocido dicho trabajo, ni económica, ni socialmente, se relego a la mujer al hogar, haciendo de este su lugar.

En la época actual, aún existen pensamientos, incluso de letrados, sobre el papel que debe jugar la mujer en la sociedad, la cual en algunos grupos la mujer debe ser *más vista que oída*, considerando que esta debe estar en su casa o que la mujer que trabaja es por que no ha logrado casarse para poder tener una casa que atender, unos niños que educar y un esposo a quien cuidar.

Lo anterior, resulta en una serie de disposiciones sociales, culturales e incluso jurídicas por medio de las cuales se somete y asegura el control de la mujer al poder, primero del padre y después del esposo, esto es, la facultad del hombre para asegurar el dominio sobre la mujer bajo una concepción de *patriarcado*, el dominio de lo femenino por lo masculino, aceptado por la mayoría de los miembros de una sociedad que dice ser *moderna, garantista e incluyente.*

Resulta insuficiente pensar que por medio de la implementación legislativa de normas jurídicas que además de ser desconocidas en la mayoría de casos por el personal de procuración e impartición de justicia, funcionarios públicos y por ende de la sociedad misma a la que dichas normas se presuponen van dirigidas, no son validadas por los miembros de la sociedad, me refiero a que no son reconocidas, aceptadas y atendidas por las personas, incluso por personas dedicadas al servicio público, en donde en muchos casos hacen únicamente lo que ellos creen que la ley les faculta, evidentemente desconociendo lo que son los derechos humanos, como se reconocen, protegen y garantizan, lo que es el control de convencionalidad o el control difuso de constitucionalidad, desconocen los procedimientos, en algunos casos por la supuesta implementación de un sistema de justicia de corte oral o acusatorio, a la cual le temen sin preocuparse por conocerle, pero en gran medida, la falta de protección a la mujer es por la programación que tienen como individuos para actuar en base a los estereotipos, valores, ideas, prejuicios y demás patrones socioculturales preconcebidos desde la infancia y durante su desarrollo, patrones que llevan a cabo a través de una razón instrumental que lleva al sujeto a la practica de acciones del día a día, sin preguntarse que pasa con su actuar, contrario a la racionalidad que debiera caracterizar a la persona en el ejercicio de su conducta la cual debiera tender a una razón reflexiva, toda vez que el ser humano es un fin y no un medio o instrumento.

II. EL ROL DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES EN LA PROTECCIÓN AL DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Reflexionar respecto a como las instituciones sociales pueden determinar a un individuo en una sociedad, es buscar entender como conocemos y comprendemos el mundo que nos rodea.

Para ello los griegos nos referían dos formas fundamentales se genera el pensamiento, el conocimiento y la concepción del mundo. Para Platón, el idealista, basa su teoría de las ideas en que la verdad del ser y de la realidad de este se encuentra en el mundo de las ideas, esto es en el pensamiento, y que el cuerpo humano es una especie de prisión que no permite a nuestro ser poder llegar al verdadero conocimiento de la realidad, por lo que los sentidos con los que percibimos dicha realidad pueden engañarnos y confundirnos haciéndonos creer como verdad algo que no lo es, captando solo las sombras de la verdad y no la verdad misma. Para este griego el origen el conocimiento proviene de la vida natal y es por medio de la existencia sensible que el alma reconoce lo que ya conocía y se encontraba adormecido. Mientras que, para Aristóteles, todo lo que esta en la inteligencia ha pasado a través de los sentidos, esto es que el conocimiento intelectual se obtiene a partir del conocimiento sensible por medio de un proceso de abstracción.

Ahora bien, siguiendo la idea Aristotélica de que conocemos el mundo a través de los sentidos, lo que yo veo, escucho, siento o degusto es lo que me hace formarme una idea de la realidad, de la verdad, sin embargo recordando la idea platónica, puede suceder que lo que veamos o escuchemos, en realidad no sea la verdadera realidad, esto es, puede ser que veamos que una mujer atiende las cuestiones de la casa mientras un hombre sale a cazar, y por ende entendamos y comprendamos que así es y debe de ser.

Las instituciones sociales juegan un papel importante en formación cognitiva de los individuos en una sociedad, tal es el caso de la *familia* que siendo el primer grupo de socialización para una persona, la familia es el primer lugar en donde se ejerce un control, de los padres a los hijos, pero también el dominio de la mujer como hija, hermana, esposa, incluso madre, por el simple hecho de ser mujer se le determinan tareas socioculturalmente aceptadas como especificas a la mujer, deviniendo así la discriminación, la violencia, la repre-

sión, el abuso de poder, etcétera, pues es desde la familia donde se fragua la conducta que ha de seguir cada uno de sus integrantes, así se coloca a la niña en simuladores a través de juegos de las actividades a las que será confinada en su vida adulta, cuidar bebes, cocinar o lucir bien. Esta imposición de estereotipos afecta de forma negativa al entendimiento del papel de la mujer y su lugar en la sociedad, así como al reconocimiento de esta a su autorización generando así los indicios de la violencia en contra de la mujer al colocarla en un sitio poco reconocido o que simplemente ella no decidió.

Entre otras instituciones sociales que han dejado un marcaje muy especial al generar patrones socioculturales e ideas, creencias y costumbres que fomentan la violencia en contra de la mujer es la *religión*, la cual ha impuesto un poder determinante al considerar a las mujeres como seres inferiores a los hombres, enseñando que dios era hombre, no mujer, pero además, era hombre blanco, por lo que la religión en el mundo occidental, no sólo reconoce un dominio del masculino, sino una discriminación racial de gran esplendor, que no es momento de tocar. La religión le ha impuesto a la mujer un lugar secundario, la ha intentado anular no solo a través de la discriminación, sino del rechazo social, al señalarla como la personificación de la perversión, por ejemplo, pero además la ha colocado subordinada como madre o despreciada como amante, considerada sólo una parte del hombre, como una simple costilla, la mujer ha llegado a ser incluso utilizada como instrumento de los religiosos de las formas más crueles e inhumanas, como lo relata Jules Michelet, en su obra *La bruja:*

> *El viernes santo tuvo un desvanecimiento, que llamaban éxtasis y que duro veinticuatro horas, Girard le dedico sus cuidados enervantes mortales. Estaba embarazada ya de tres meses y Girard le veía con espanto, como la santa, la mártir, la trasfigurada, la milagrosa virgen empezaba a desarrollar su vientre. Deseaba y le horrorizaba*

> *la violenta solución del aborto, intentaba provocárselo dándole a beber cada día brebajes peligrosos, polvos rojizos. Lo mejor sería que muriera; acabarían los problemas. Si al menos hubiera podido alejarla de la casa de su madre y ocultarla en el convento...*[3]

¿Pero quién es la bruja? Es aquella mujer con conocimiento empíricos de medicina, las parteras, las curanderas, a las que se la iglesia llamo brujas y a las que persiguió sin piedad. La mujer en la religión ocupa el lugar de servicio para los hombres, son las que cuidan de ellos y de las instalaciones, las ideas, prejuicios, y creencias que ubican a la mujer en un lugar inferior al hombre.

Así, las ideas preconcebidas a partir de valores, creencias, ideas estereotipadas respecto al rol que debe tener la mujer en la vida privada y pública, permean desde las primeras etapas de formación de un individuo, el cual es formado a través de valores, normas, roles, estatus, etcétera, que las diversas instituciones sociales, como lo es la familia, la escuela, la religión, la política, la economía, imprimen en su pensamiento y entendimiento del mundo y por los cuales el sujeto desarrolla patrones de comportamiento y concepciones de lo "correcto y deseable" o bien, de lo "incorrecto y reprochable" por dicha sociedad o grupo social al que pertenece. Tal es el caso de la creación del concepto "injusto penal", entendido como el rechazo a una conducta no aceptada socialmente y que por ende se le ha protegido por el derecho, esto es, carente de reconocimiento jurídico, por lo que se considera una conducta antijuridica.

De igual forma, la actualización de una conducta "contraria" a lo consensuado socialmente podría devenir en un reproche o sanción social, por ejemplo, que un sujeto use una vestimenta que socialmente se ha determinado corresponde al sexo contrario, devendrá en un rechazo del grupo social al que el sujeto pertenece; que una mujer se

[3] MICHELET, Jules, *La bruja*, 4a. ed., trad. de Lajo Rosina y Frígola Victoria, Madrid, AKAL, 2009, p. 288 y 289.

dedique a una determinada actividad económica que históricamente se le ha atribuido al sexo masculino, podría originar un rechazo social, aun existiendo disposiciones legislativas que le reconozcan el derecho por ejemplo, los artículos 4° y 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dicen:

> *Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...*
> *Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial...*

Así, las instituciones sociales nos enseñan a comprender y responder a ciertas situaciones, así como a tomar una determinada posición respecto a un hecho determinado al situarnos en un lugar determinado en la sociedad. Nos impregnan de *estructuras de referencia,* que nos permite identificarnos y adherirnos a grupos, comunidades o sociedades.

Las instituciones son una constelación de costumbres socialmente significativas en torno a una función o conjunto de funciones.[4]

Como institución social podemos comprender a la familia, la iglesia, la escuela, la política, la economía, dichas instituciones forman primero nuestra concepción del mundo, luego nuestro criterio y juicio determinando nuestra postura ante una situación o hecho determinado.

Tal sería el caso del tan discutido tema del aborto, en el que un médico tomara una postura completamente diferente a la de un

[4] Ogburn y Nimkoff, *Sociología, Editorial Aguilar. 1971, p.503.*

sacerdote. Pero muy probablemente dicha postura variaría según la especialidad de un medico con respecto a otro y a su vez, la postura de un sacerdote católico apostólico y romano variaría con la de un monje tibetano. Todo en razón de la conceptualización del mundo, que cada uno tienen respecto a un hecho particular, dicha conceptualización refiere a la comprensión tanto de su significado como de su sentido, el sentido es el elemento que impregna la tonalidad mas tenue pero mas distintiva de un hecho, es lo que le da sentido y comprensión para quien lleva a cabo el acto como actor y quien lo observa como espectador, el sentido es eso que hace que un hecho sea comprendido de una determinada forma según el sistema de valores, creencias y preconceptos impresos en el inconsciente de nuestra psique, pero a su vez esta comprensión se adhiere a un sistema de valores, creencias y preconceptos validados por la sociedad a la que pertenecemos y la cual nos formo en un mismo sistema, somos un sistema dentro de un sistema y a la vez que funcionamos como sistema autónomo, hacemos funcionar el sistema al que pertenecemos, el cual nos creó, ajustándonos y funcionando juntos.

Reconociendo como un sistema dentro de un sistema por el cual fuimos creados, reconsideremos como ese sistema que nos creó y del cual formamos parte ha determinado la idea que tenemos de hombre o de mujer y como debe de ser el comportamiento de uno y de otro, cual es el rol que la sociedad establece para un hombre y para una mujer, ello nos lleva a pensar que se podría estar simplemente repitiendo conductas que no necesariamente son correctas, adecuadas, validas, pues se podría estar normalizando algo que no lo es, se podría estar cayendo en la comprensión de los hechos de forma subjetiva basada en lo que se cree, piensa o se siente, se podría tener una concepción de que algo debe ser porque, así nos enseñaron que era, podríamos estar actuando bajo una razón instrumental que nos ayuda a vivir de día a día, sin preguntarnos del porqué, sin utilizar una razón reflexiva consciente de los cambios que la sociedad ha tenido

de las ideas preconcebidas y reconocidas alejadas de la desigualdad, de los estereotipos, de la violación de derechos humanos, de la discriminación, de la violencia y la imposición del mas fuerte.

Así, los letrados, los operadores jurídicos, los jueces, los litigantes, los fiscales, los mediadores, las partes en juicio, todo aquel que se encuentra ejerciendo una función que tienda a la protección de la mujer para garantizar una vida libre de violencia, no simplemente deben llevar a cabo una *razón instrumental*, el hacer por el hacer, sino está obligado a llevar a cabo el ejercicio de su profesión por medio de una *razón reflexiva* que le permita autoreconocer sus propios preconceptos, estereotipos, prejuicios, creencias, valores y demás elementos cognitivos y psíquicos que le impidan realizar su función de forma completa y objetiva, *redeterminando* su pensamiento, y con el fin de reeducar a nuestra sociedad para que se conozca así misma y reconozca su evolución histórica, que sean los mismos miembros de la sociedad la que garantice los derechos de la mujer en especial su derecho a vivir una vida libre de violencia que le permita rehacerse, redeterminarse, recocerse en su esencia a través de su autorrealización, ya sea en el trato cotidiano, en la esfera privada o en la esfera publica por medio del cual la mujer pueda lograr una óptima experimentación de sus derechos, e incluso todos los miembros de la sociedad experimenten un nuevo paradigma de reconocimiento, respeto y protección a la mujer como persona, no como un sexo o género.

III. LA PROTECCIÓN JURIDICA DEL DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN MÉXICO.

En el año 2011, México llevo a cabo una importante reforma en materia de derechos humanos, por medio de la cual se hace indispensable la comprensión del concepto de *dignidad*; en razón de ser el principio rector de los derechos humanos, pero además el atributo más esen-

cial de la *persona*, ambos conceptos contenido en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por medio del concepto de *dignidad* se da un tinte naturalista y filosófico al nuevo paradigma jurídico que México asume y con el cual se compromete nacional e internacionalmente, para encaminarse a la protección de los derechos de toda *persona* sea nacional o extranjero y se encuentren dichos derechos humanos positivizados o no en un derecho interno o externo.

> *Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*
>
> *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
>
> *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, 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.*
>
> *Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.*
>
> *Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social,*

> *las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.*

Lo anterior involucra que cualquier ser, de la especie humana, sin importar edad, nacionalidad, etnia, discapacidad, condición social, trabajo o profesión, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil, género o cualquier diferencia que atente en contra de la dignidad humana y tenga por efecto impedir, menoscabar o anular el reconocimiento o ejercicio de derechos, además esto debe hacerse en miras de una equidad en oportunidades entre los seres humanos, prohibiendo así todo tipo de *discriminación*, además de basar la protección de los derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que permiten una protección a toda persona, que los derechos se vinculen uno con otro, que no se garantice solo en parte sino, de forma completa y que siempre sean protegidos de forma progresiva.

Este artículo 1° Constitucional que referimos, de igual forma establece la obligación de toda autoridad de *promover, respetar, proteger y garantizar* los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Por lo que, no solo es únicamente por convicción que una persona reconozca los estereotipos, patrones socioculturales, ideas, prejuicios, etcétera que limiten su comprensión de los hechos que evalúa como fiscal, juez, magistrado, secretario, actuario o cualquier otro cargo público, sino que esta obligado ha hacerlo, la propia constitución federal se lo exige, al estar obligado en su actuar público.

Cabe destacar que el mismo fundamento legal al que referimos establece el goce de todas las personas a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los *tratados internacionales* de los

que el Estado Mexicano sea parte, por tal razón abre nuevamente la protección a las personas, pues cuando un derecho no se encuentre positivizado en la constitución federal, pero este es previsto en un tratado internacional, se deberá observar la norma que lo prevea y deberá realizarse a una *interpretación* que favorezca la *protección mas amplia a la persona*, esto es que se deberá atender que el instrumento jurídico que mas le proteja lo que conocemos y entendemos como *control de convencionalidad*, bajo el principio *propersona*.

Reconocer a la mujer el derecho a tener una vida libre de violencia, protegerla de cualquier tipo de violencia, sea económica, psicológica, física, etcétera, permite reconocerle como persona, como ser, reconocer su esencia como humano, reconocer su alma racional que le permite entender su existencia digna, pues es la *dignidad humana un atributo de la persona*, el ser de la especie humana, por lo que incluso al garantizar otros derechos, no se le debe desproteger como es el caso del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas pues el mismo artículo 2° en su fracción II, apartado A., de la Constitucional si bien les reconoce aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus sistemas internos, señala la excepción de sujetarse a los principios generales de la misma Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, l*a dignidad e integridad de las mujeres*. Por tal razón, la protección de un derecho no es justificante para el menoscabo de otro y menos y de forma exclusiva y precisa del derecho de la mujer a una vida libre de violencia por la cual pueda ponerse en riesgo siquiera la dignidad o integridad de la mujer.

> Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible.
>
> A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

...

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales *de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.*

...

Los anteriores presupuestos jurídico-constitucionales sientan las bases para la protección de la Mujer a una Vida libre de Violencia, en el ámbito interno del derecho mexicano, sin embargo el mismo derecho interno, como ya ha quedado señalado, nos refiere a la observancia e interpretación de los tratados internacionales que protejan este derecho de la mujer, por lo que el derecho externo o internacional deben ser observados por las autoridades como una obligación y no como una opción, por lo que, es indispensable advertir que dentro de los instrumentos jurídicos internacionales por medio de los cuales los Estados-Nación han buscado proteger y que México se ha obligado a observar y atender se encuentra:

La *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),*[5] adoptada y abierta a firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. La cual basada en los principios básicos de 1. Igualdad; 2. No discriminación y 3. Responsabilidad Estatal, ha buscado comprometer a las naciones que se han adherido a ella, a implementar medios, practicas e instrumentos jurídicos que elimi-

[5] Oficina del alto comisionado de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx, consultado el 25 de junio de 2019.*

nen la discriminación en contra de la mujer, así México firmo el 10 de diciembre de 1999 y ratifico su firma el 15 de marzo de 2002.[6]

La *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*, define por discriminación contra la mujer, considerando toda distinción, exclusión o restricción basada en su sexo, que pueda llegar a menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales ya sea en la esfera política, económica, social, cultural y civil, con independencia de su estado civil.

Por medio del protocolo generado a raíz de la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),* México se obligo a reconocer el derecho a la no discriminación de la mujer en su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; a adoptar medidas adecuadas, legislativas; a proteger los derechos de la mujer sobre una base de igualada con los hombres garantizando a través de sus tribunales y otras instituciones la protección efectiva de la mujer velando por que las autoridades e instituciones actúen reconociendo dicho derecho; así como modificar o derogando en caso necesario legislaciones, *usos y practicas discriminatorias* en contra de la mujer. Por lo que, resulta fundamental resaltar que se contempla la modificación de usos y practicas y no meramente una cuestión de creación de derecho positivo que pudiera quedar en letra muerta, lo cual se resalta de forma importante en su articulo 5°, el cual establece:

> *Artículo 5 Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:*
>
> *a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y*

[6] https://www.cepal.org/mujer/html/ProtocoloFacultativo.htm, consultado en fecha 25 de junio de 2019.

las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Dicho artículo de la convención marca la pauta de lo que podemos entender como la labor mas ardua de un Estado-Nación y por ende de una persona, de un miembro de la sociedad, el modificar la forma en que se nos ha enseñado a ver el mundo, el cómo percibimos y reconocemos lo correcto de lo incorrecto, de lo normal y anormal, son los patrones socioculturales que marcan las pautas de conducta de los integrantes de una sociedad lo que determinara erradicar la afectación en la dignidad de la mujer a través de la discriminación por su sexo, por el simple hecho de ser mujer. La eliminación de prejuicios y costumbres que marcan la cultura misma de una sociedad, los valores, ideas, costumbres, que nos han legado nuestros familiares, amigos, maestros, religiosos, incluso nuestros sistemas políticos y económicos, lo más difícil de cambiar, resultaría incluso en el cambio de personalidad de una persona y por ende la modificación de toda una sociedad en sus practicas del día a día, lo cual únicamente se podrá lograr a través de una razón reflexiva alejada de una razón instrumental que nos permita ver a la mujer como un ser capaz de reconocerse a si mismo y lograr que los otros le reconozcan como un ser humano, como una persona con dignidad, que un profesor en la escuela no cuestione por que una mujer estudia una carrera que supuestamente esta diseñada para “hombres”, que un profesionista en ejercicio vea en la mujer a un profesionista y no a una mujer

que debiera estar en un ámbito del hogar. Podríamos asegurar que dichas afirmaciones que se platean no suceden sin embargo incluso en los Centros de Justicia para la Mujer, creados con la finalidad de protegerle se cuestiona a la mujer la razón de por que busca ejercer sus derechos.

Posteriormente el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, en el vigésimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, se llevó a cabo la *CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELÉM DO PARA", adoptada el 06 de septiembre de 1994, entrando en vigor el 03 de mayo de 1995,* firmada por México el 04 de junio de 1995 y ratificada el 19 de junio de 1998.[7]

Establece que la violencia en contra de la mujer es: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento fisico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

Sin embargo, es indispensable denotar el texto de su artículo 8 que establece:

> *Los Estados partes conviene en adoptar, en forma progresiva medidas y programas para:*
> *… b. "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados*

[7] https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html, consultada el 25 de junio de 2019.

para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer;

c. Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la Ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer"

Las anteriores Convenciones sientan su existencia en la *DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS,* esta Declaración refiere a todo ser perteneciente a la especie humana, sin distinguir sexo, genero, etnia, raza o cualquier otro atributo que consuetudinariamente las sociedades han creado para llevar a cabo prácticas discriminatorias, de distinción entre unos y otros. Por lo que, al referir dicha declaración a *seres humanos* se elimina toda discriminación y se promueve la protección a la persona por el hecho de ser un humano mismos que se les considera libres e iguales en dignidad y derechos.

La *DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS,*[8] establece que: toda *Persona* tiene todos los derechos y libertades, sin distinción de sexo…; todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Todas las personas son iguales y por ende tienen derecho a igual protección de la ley contra toda *discriminación y toda vez que la discriminación es excluir*, dar un trato desigual por ejemplo por motivo de genero o sexo, la discriminación en contra de la mujer, me refiero a que tenga las características anatómicas del sexo femenino, o sea, por el simple hecho de ser mujer es inadmisible.

[8] https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/, consultada el 25 de junio de 2019.

Como se ha visto, la protección para la mujer no únicamente depende de las legislaciones secundarias por lo que todo operador jurídico ya sea un Fiscal en la investigación y persecución de un delito como el de discriminación, violencia familiar, feminicidio u otro, más allá de atender a sus Código y leyes federales o locales, debe mirar primero a la norma fundante como lo es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados internacionales, lo mismo un juez o un magistrado, o bien, cualquier autoridad tiene la obligación de realizar un control difuso de constitucionalidad y control de convencionalidad al llevar a cabo sus funciones, como lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al manifestar que se debe llevar a cabo un control de convencionalidad, como obligación ineludible de toda autoridad jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones, pues de la interpretación del artículo 1° en correlación con el 133 de la norma fundamental mexicana, se advierte que toda autoridad deberá proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la fundamental y los tratados internacionales y bajo el principio propersona, cabe advertirse que se tendrá por actualizada la norma que irradie mayor protección al gobernado en lo que hace a los derechos humanos que le asisten. [9]

IV. DECONSTRUCCIÓN Y REDETERMINACIÓN DE LOS PATRONES SOCIOCULTURALES EN LA PROTECCIÓN DE UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LA MUJER A TRAVÉS DE UN CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

A pesar, del devenir histórico que nos ha llevado a “evolucionar” como sociedad no hemos podido advertir el principio de dignidad como atributo de la persona y mucho menos su alcance significativo, el respeto, el valor, la importancia que debemos dar a este principio

[9] Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, diciembre de 2013, p. 933,

y atributo con el que una persona cuenta, con independencia de su género o sexo, en este caso particular la importancia de reconocer en la mujer a una persona y por ende garantizar el respeto y protección a su dignidad humana.

Aristóteles consideraba a la persona como *Alma de naturaleza racional, es* ese término de *Alma*, el que nos hace ruido, *¿qué es el alma?,* en definitiva, no solo es un concepto de índole religioso, va mucho más allá, es parte de la conciencia, del intelecto, de la reflexión, del logos, del entendimiento de reconocerse así mismo en un tiempo y espacio determinado, es un concepto que bajo esta mira sienta las bases de lo humano, del reconocimiento de la persona como humano.

Podríamos entenderlo como la *esencia de un ser que razona,* que tiene razonamiento y puede reflexionar y discernir entre lo bueno y lo malo, entre su pasado, su presente y su futuro, nos referimos a que la persona es una esencia que puede hacerse en su mismo razonamiento y razonar sobre su propio devenir, sobre una experimentación de su propia existencia, del valor de su propia existencia, del ¿Por qué? de su existencia dentro de una realidad determinada.

Ahora bien, si la mujer, hoy día, es considerada una persona, la mujer es entonces un alma de naturaleza racional, una esencia que va más allá de una estructura anatómica o fisiológica, que su esencia trasciende sobre una concepción sociocultural que le intenta imponer su propia existencia y el porqué de su existencia, la mujer es un ser capaz de razonar, reflexionar y evolucionar sobre su propia existencia y la razón de esta, es por ello que para poder realizarse en dicha existencia le es necesario poder reconocerse en ella con total libertad. Eso es lo grave de la violencia en contra de la mujer, que limita su capacidad de comprensión sobre si misma, doblega y hace sucumbir su logos, así una mujer que sufre violencia en cualquiera de sus ámbitos, estará limitada, sucumbida en el yugo de la indiferencia de si misma, yugo que no le permitirá poder experimentarse

como un *alma de naturaleza racional,* su psique, su conciencia estará dominada por el miedo que nublara el poder que esta tiene para autorrealizarse, la violencia anula a la mujer como ser humano, como ser vivo.

Por lo que al hablar y reflexionar sobre cómo hemos las instituciones sociales, la familia, la escuela, la religión, la cultura, forman a los individuos, para pertenecer a un grupo y estructura social, hemos señalado el cómo estas instituciones a través de "posturas" "ideas" "valore, patrones socioculturales, o ¿quizá? … *¿prejuicios? ¿estereotipos? ¿mitos?* Se ha determinado y relegado a la mujer a un lugar que carece de valor, de reconocimiento social y económico, por lo que, se ha creado una determinada forma o realidad para ver, percibir y reconocer a la mujer, se le ha colocado en un lugar del cual ahora ella lucha por salir pero que es obligación de todas las personas ayudarle ha hacerlo, ayudarle ha ganar esa lucha por lograr un lugar dentro de la humanidad, que le permita experimentar su autorrealización ya como madre, ya como obrera, como profesionista, gobernante, o lo que ella decida para lograr autorrealizarse como persona con el fin de volver a reconocerse a si misma y a su propia esencia, a su alma racional.

¿Cuándo estos patrones socioculturales, ideas, estereotipos, valores, creencias, prejuicios, limitan a la persona en el alcance de comprensión de un hecho o nueva realidad? Se encadena a la persona y se le obliga a aceptar una realidad que no toca siquiera la verdad, tal como Platón nos plateaba en la Alegoría de la Caverna.

Cuando los estereotipos, las ideas preconcebidas, los prejuicios, los mitos, las posturas, no nos permiten que la sociedad avance y por ende no se logra satisfacer las necesidades de los miembros de dicha sociedad, cuando el paradigma es tan fuerte solo una *revolución* en términos de Thomas S. Kuhn -la cual no necesariamente es armada- puede acabar con las cadenas que mantienen al prisionero, que

mantienen a la persona, a la sociedad, obligada a reconocer como realidad simples sombras de esta.

¿Qué sucede cuando dichas "ideas"; dichos "valores", prejuicios, preconceptos, etc., que quizá sentaron las bases de nuestra formación como persona y profesionista, hoy día, restringen los derechos de otra persona, como lo es la mujer? ¿Cuándo como juez el prejuicio esta tan disfrazado, tan encubierto que se cree y se asegura que es la realidad, la verdadera realidad?

Es por ello que, los *instrumentos legales* de protección para que una mujer pueda experimentar la esencia de su existencia y gozar de una autorrealización libre y sobre todo sin violencia que evite coaccionar, limitar o restringir dicha libertad o menoscabe su dignidad y por ende sus derechos, no es solamente un problema jurídico, sino social.

Ese conjunto de ideas, valores, creencias, costumbres, posturas, etcétera nos determinan como personas ya sea como miembro de la sociedad o como miembro de un grupo de profesionista, quienes sin percatarse o normalizando conductas, se autolimitan en la comprensión de un hecho o un caso a resolver, con independencia de la falta de conocimiento y preparación que algunos funcionarios, servidores públicos, políticos y sociedad en general tienen respecto a los derechos humanos y los principios de los que hemos venido hablando, desconocimiento de la importancia del reconocimiento y protección de estos y de los medios de interpretación y uso obligatorio de la convencionalidad y el control difuso de constitucionalidad.

Debe ser compromiso de toda persona de la sociedad y en mayor medida e incluso obligatoriamente de los funcionarios y servidores públicos, el llevar a cabo acciones que acaben y eliminen con los patrones socioculturales, prejuicios y costumbres de ellos mismos, esto es que deben *deconstruir* el concepto de la mujer y su papel en la sociedad para que posteriormente *redeterminen* dicho concepto y papel.

Solo a través de la deconstrucción y redeterminacion de la mujer y su papel en la sociedad se podrá garantizar el derecho de esta a vivir una vida libre de violencia, que le permita experimentarse en todas sus esferas la trascendencia como persona, como alma de naturaleza racional.

V. CONCLUSIONES

El Holocausto -segunda guerra mundial- origina el surgimiento de los derechos humanos, del derecho humanitario, al hacer repensar a las personas sobre su propia humanidad y la relevancia de esta, pero, también se originan ideas de distinción entre unos y otros que llevan a la generación de ideologías discriminatorias como lo fue la eugenesia, que aun que se intento dotar de cientificidad no logro ocultar la violación de derechos humanos a personas. En ese orden de ideas surge la lucha de la mujer por ser reconocida en sus derechos y libertades por ser humana también y merecer el respeto y reconocimiento a su propia humanidad.

La dignidad humana como atributo de la persona y como principio fundamental de los derechos humanos debe ser en todo momento protegido y garantizado a toda persona. Cuando una mujer es vulnerada por medio de cualquier forma de violencia, ya sea psicológica, económica, física, etcétera, sufre un menoscabo irreparable a su dignidad que aturde su espíritu y su razón, llevándola a nublar toda su realidad evitando no solo el reconocimiento de si misma sino de su existencia y su humanidad.

Las instituciones sociales, como lo son: la familia, la escuela, la religión, entre otras, son mecanismos por medio de los cuales se imprime una serie de valores, creencias, costumbres, ideas, etcétera a las personas y con ello se determina la forma de ver el mundo y la realidad, por medio de los cuales se forman estereotipos, patrones socioculturales, valores, costumbres y prejuicios que nublan o limitan

el entendimiento y la comprensión de las personas en una sociedad, llevándolas a desarrollar ideas erróneas sobre algo o normalizar conductas respecto a algo, como lo seria el lugar y papel que debe jugar una mujer dentro de la sociedad, pero además la misma sociedad y su sistema de creencias obliga en gran medida a los miembros de esta a sujetarse a dichos estereotipos, patrones socioculturales, valores, costumbres y prejuicios o de lo contrario la misma sociedad impondrá sanciones y castigos, obligando a si ya sea por convicción o coacción a sus miembros a ser y comportarse como el sistema social establece que deben ser y comportarse, generando un círculo vicioso que elimina cualquier intento de evolución o cambio.

La creación de mecanismo e instrumentos legales y jurídicos ya sean nacionales o internacionales no podrán lograr acabar con la violencia a la mujer en cualquiera de sus ámbitos, si antes no se atiende la modificación de patrones socioculturales, costumbres, valores y prejuicios de una sociedad y sus miembros. Resulta necesario y primordial que quien instrumenta dichos mecanismos de protección como lo son servidores y funcionarios públicos deben atender primero a su propia concepción de la realidad con el fin de advertir los posibles marcajes sociales que cognitivamente a través de su desarrollo y formación les determinan la forma de ver el mundo y por ende la forma de ver y reconocer a la mujer, su papel y su lugar en la sociedad, con el fin de que puedan lograr entender, proteger, garantizar, promover el derecho de esta a una vida libre de violencia.

Los servidores públicos están obligados a promover, garantizar, proteger los derechos humanos, pero también a conocer las nuevas bases de interpretación legal que se deben llevar a cabo al instrumentar jurídicamente la protección del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, es obligación así de todo servidor y funcionario público conocer el control difuso de constitucionalidad y el control de convencionalidad, y no limitar su actuación a la mera aplicación instrumental de normas jurídicas secundarias.

La deconstrucción de los conceptos reconocidos como ciertos y validos en una sociedad que somete y violenta a sus mujeres es indispensable para poder deconstruir nuevos conceptos basados en la igualdad, equidad, respeto y garantía de los derechos humanos y en ellos el derecho a que la mujer viva libre de violencia para poder experimentar todos sus demás derechos.

Más allá de una implementación legislativa que crea normas alejada en algunas ocasiones de la misma sociedad a la que va dirigida y redactadas en un lenguaje técnico que la mayoría de las personas no puede comprender, se debe llevar a cabo una implementación por medio de mecanismos que modifiquen patrones socioculturales en la conducta de hombres y mujeres, programas educativos formales e informales que reeduquen a los integrantes de la sociedad, con el fin de que estos redeterminen sus concepciones sobre los patrones socioculturales y estereotipados sobre el rol de la mujer y su lugar en la sociedad, con el fin de que a la mujer se le reconozca en espacios y en funciones en donde no se le tenía en consideración. Cabe destacar que los integrantes de la sociedad son todas y cada una de las personas que forman una sociedad, ya sea una persona dedicada al comercio informal, un empresario, un banquero, un profesor, un investigador, o un juez, un abogado, un fiscal, un secretario de estado, un director u otro funcionario público, pues antes de ser un cargo, profesión o actividad económica, la persona es, un miembro de una sociedad y por supuesto es una persona a la cual se le ha impregnado dichos patrones socioculturales, creencias, preconceptos y estereotipos que limitan la comprensión y el entendimiento de reconocer a la mujer y su derecho a vivir una vida libre de violencia en cualquiera de sus ámbitos en el que ella decida desarrollarse con el fin de buscar su autorrealización y trascendencia personal.

VI. FUENTES DE CONSULTA

KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas,* 3a. ed., 2a. reimpresión, trad. Solís Carlos, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

MICHELET, Jules, La bruja; 4.a ed., trad. Lajo Rosina y Frígola Victoria, Madrid, AKAL, 2009.

OGBURN Y NIMKOFF, Sociología, Editorial Aguilar. 1971, p.503.

SUÁREZ Y LÓPEZ GUAZO, Laura, Eugenesia y racismo en México, México D.F., UNAM, 2005, Colección Posgrado.

CRITERIOS JUDICIALES

Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, diciembre de 2013, p. 933.

CIBERGRAFÍA

https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/SemanarioV5.aspx

Oficina del alto comisionado de la Organización de las Naciones Unidas Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx

https://www.cepal.org/mujer/html/ProtocoloFacultativo.htm

https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html

https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD: CONVERGENCIA TEÓRICA Y PRÁCTICA EN EL CONTEXTO MEXICANO

Tatiana vanessa González Rivera*
Prudenzio Mochi Alemán**

Semejante institución – el mercado autorregulado – no podría haber existido en ninguna época sin aniquilar la sustancia humana y natural de la sociedad; habría destruido físicamente al hombre y transformado su ambiente natural en un páramo.
Karl, Polanyi, La gran transformación, los orígenes políticos y económicos de nuestros tiempos, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 65.

SUMARIO: I. Introducción, II. La desigualdad en la realidad mexicana, III. La economía social y solidaria en diálogo con los derechos humanos, IV. Enfoques en disputa ¿adecuar, vincular, articular? Para un derecho humano: la igualdad. V. Conclusiones, VI. Fuentes consultadas.

I. INTRODUCCIÓN

La reflexión de Polanyi, expresada al inicio de este artículo y escrita hace más de setenta años, si bien partía de una férrea crítica al fun-

* Doctora en Derecho y Globalización. Investigadora asociada C de tiempo completo del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Investigador Titular C de tiempo completo, representante del Programa Cambio Mundial, Globalización y Desarrollo del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México.

damentalismo de mercado concebido por él ya desde aquella época como una utopía absoluta, vaticinaba el destino, hoy con evidencia empírica, de nuestras sociedades contemporáneas, ni siquiera el reconocimiento posterior de los derechos humanos en la Declaración Universal de 1948 gestada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pudo humanizar a las fuerzas impersonales de los mercados autorregulados, y es que cómo pedirle a energías etéreas despojadas de cualquier esencia humana adoptar una lógica que no conoce, que le es ajena y quizás hasta contradictoria.

A diferencia de la racionalidad instrumental del liberalismo económico – hoy neoliberalismo – con limitadas formas propuestas en pro del bien común; la economía social y solidaria que ha salido de las penumbras de discusiones meramente teóricas, acoge una lógica fundada en construcciones principialistas que parecen tener una congruencia con la salvaguarda de los derechos humanos – cuyo reconocimiento, tutela y justiciabilidad se ha convertido en un paradigma para muchos países, incluido México – pues en este enfoque la lógica instrumental persiste mas no absolutizada y en todo caso anclada a la racionalidad productiva; cambiando el sentido de la organización económica enfocada a realizar de la mejor manera las necesidades y deseos legítimos de la sociedad; en términos jurídicos: *los derechos humanos.*

En ese sentido, es válido preguntarse si realmente existe esa simbiosis teórica y práctica entre el modelo económico de la Economía social y solidaria y la tutela de esas prerrogativas que forman parte de la construcción jurídica moderna más defendida en la actualidad: los derechos humanos. Primer cuestionamiento, por ende, a responderse en este trabajo y que poco ha sido atendido por la literatura de esta naturaleza. Segunda interrogante más atendida pero no por ello cumplida a cabalidad es el tema de trabajo. En este sentido es pertinente preguntarse ¿cuán ateniente es el aporte de la

Economía Social y Solidaria (ESS) a la crisis del trabajo asalariado como derecho humano?

Medularmente, intentamos responder si la paradigmática reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 a la Constitución Política mexicana, puede ser considerado un parteaguas para demostrar que el modelo de economía social y solidaria se erige como una propuesta idónea para la tutela del derecho a la igualad; convirtiéndose así en una alternativa para la transformación social; para los más destacados estudiosos del tema, la economía social terminó posicionándose como una vía de acción generadora de alternativas de inclusión,[1] supone una alternativa material y humanamente distinta frente a la desigualdad emergente de las relaciones de producción capitalista; por ende una política pública de fomento a la economía social y solidaria cobra sentido y más en tiempos de crisis.

El enfoque que se adoptó en este trabajo es el analítico- sintético y toma como base la información estadística y documental disponible; así el sentido del diálogo que proponemos entre el derecho a la igualdad y el sistema de la Economía Social y Solidaria, pretende compartir puntos de vista y emitir reflexiones basadas en la experiencia de nuestro entorno específico como estudiosos de las Ciencias Sociales; con conceptos, figuras y prácticas que abonen a dar respuesta a los cuestionamientos del problema expuesto.

2. LA DESIGUALDAD EN LA REALIDAD MEXICANA

Como bien apunta Coraggio[2] derivado del neoliberalismo en América Latina "las consecuencias de la mercantilización y las políticas sociales compensatorias se expresan, entre otras, en el crecimiento de la pobreza y la desigualdad, así como la pérdida de calidad de vida

[1] Coraggio, José Luis, El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social, en: *Decisio*, CREFAL, mayo- agosto 2011, pp.- 23.31.

[2] *Idem.*

de la inmensa mayoría de la población." El capitalismo genera *per se* "prácticas excluyentes, social y ambientalmente predatorias."[3]

El tejido social en México se ha visto fragmentado bajo la lógica del *homo economicus*, el actual modelo económico *"de sociedad de mercado y no de sociedad con mercado*[4]*"* ha venido pulverizando la sustancia humana y hasta natural de nuestra sociedad mexicana; lo anterior es así en un escenario que refleja la realidad de una población no homogénea de 119,938,473 personas[5] aproximadamente, compuesta por 48.6% son hombres y 51.4% por mujeres, de cuya totalidad de población económicamente activa únicamente son 56, 951, 215, empero, del universo de personas en el país aproximadamente 7.6 por ciento se encuentran en pobreza extrema y 35.9 en pobreza moderada[6].

Aunado a la existencia de diversas carencias sociales[7] como es el acceso a la seguridad social con el 57.3%, alimentación con el 20.4%, servicios básicos en la vivienda 19.8%, servicios de salud 16.2%, calidad y espacios de la vivienda con el 11.1%. Se suma de igual manera, la heterogeneidad en el desarrollo e incidencia de la pobreza extrema y moderada existente en las 32 entidades federativas que componen el mapa político de México, principalmente de la región centro-sur del país. El anterior y desolador páramo pone sobre la mesa de discusión la posibilidad de incentivar alternativas que hagan frente a la ya in-

[3] Torres, Miguel Agustín, La economía social y solidaria en los ordenamientos provinciales de Argentina, en: *Cooperativismo & Desarrollo*, vol. 27, núm. 1, Bogotá, pp. 1-27.

[4] Karl, Polanyi, *La gran transformación, los orígenes políticos y económicos de nuestros tiempos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p. 118.

[5] "Instituto Nacional de Estadística y Geografía "Empleo y ocupación", en: 2019 *https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/*, consultado el 01 de Agosto de 2020.

[6] I*nstituto Nacional de Migración "medición de la pobreza"*; en: *https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/PublishingImages/Pobreza_2018/Cuadro_1_2008-2018.PNG*, consultado el 15 de marzo del 2020.

[7] *Idem.*

negable crisis y una de las alternativas que destaca es el fomento de la Economía social y solidaria, que ha sobrevivido muchas décadas más que el fundamentalismo de mercado mismo.

Como se desprende de los datos anteriores, las brechas entre pobres y ricos son marcadas en el panorama nacional, asimismo por años se ha caracterizado por una falta de integralidad en lo económico, cultural, político; acrecentando la desigualdad social y dejando por su paso a millones en situación de vulnerabilidad socioeconómica, quienes a su vez y entre ellos mismos, presentan niveles exacerbados y distintos de exclusión. Ciertamente, las desigualdades deben entenderse desde una perspectiva amplia que parte de la concentración de los recursos y disímil acceso a oportunidades, e incluso es evidente una acumulación e interdependencia de dichas desigualdades.

La repartición desigual del ingreso es un punto de referencia común sobre las asimetrías distributivas y permite un primer acercamiento al panorama en México, las diferencias de ingresos reflejan también la acumulación de otros tipos de desigualdad: las disparidades en el acceso a la educación y en la movilidad social, además de las diferencias asociadas al género y al territorio.[8]

Importantes estudios[9] se han concentrado en rastrear las fluctuaciones y persistencias de la distribución de recursos y oportunidades en México; dentro de los retos que plantean las desigualdades en el país tres dimensiones han adquirido una importancia central: *las oportunidades de educación, las disparidades en ingresos y las distintas condiciones de los mercados laborales*. La atención a estas áreas se sustenta en lo amplio y duradero de los efectos de las desigualdades en estas dimensiones para un conjunto de objetivos que se consideran deseables en una sociedad, entre otros: la confianza y solidaridad comunitarias, el crecimiento económico sostenido y la

[8] El Colegio de México, *Desigualdades en México 2018*, Red de Estudios sobre desigualdades, México, 2018, p. 23.

[9] *Ibidem*, p. 27.

participación política de todas las personas. Se ha demostrado por tanto que para México estas dimensiones continúan siendo desafíos o prioridades pendientes:

1. *Las oportunidades de educación*

Para determinar los niveles de desigualdad educativa se evalúan las oportunidades de acceso, permanencia e incluso nivel de aprendizaje. En el país, "a pesar de que se han registrado avances importantes en la cobertura de la instrucción primaria, los mexicanos siguen enfrentando retos distintos en el aprendizaje y la acreditación de la media superior; los rezagos en los logros educativos y la deserción se asocian a las asimetrías en recursos, a las distintas expectativas sobre la educación y a las características de las instituciones escolares."[10]

Los estudios de la Comisión Nacional de evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL)[11] demuestran que:

> La entidad de residencia de los estudiantes genera diferencias en el acceso al derecho, tanto en la disponibilidad, especialmente de infraestructura y de personal, como en la accesibilidad y en el aprovechamiento (ejemplo: Chiapas, Guerrero, Oaxaca y Veracruz tienen los menores niveles de acceso a la educación); el disfrute del derecho a la educación es diferenciado entre los grupos etarios, los adultos mayores son el grupo más excluido del ejercicio del derecho; de la población en edad escolar, uno de cada cuatro niños de tres a cinco años no asiste a preescolar, aun teniendo instituciones para ello siendo un grupo también vulnerable; se observa que las brechas por sexo que excluían a

[10] *Idem*.

[11] Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Estudio diagnóstico del Derecho a la educación 2018*, Ciudad de México, noviembre de 2018, pp. 30 y 31.

las mujeres del derecho a la educación se han ido cerrando. No obstante las diferencias se muestran en que las mujeres de mayor edad tienen menores niveles de educación en comparación con los hombres y que estos (de 12 a 17 años), a diferencia de las mujeres, reportan menores niveles de asistencia y eficiencia terminal; uno de los grupos en mayor vulnerabilidad en cuanto a su disfrute al derecho a la educación es la población hablante de alguna lengua indígena, presenta un menor nivel de accesibilidad física y económica, asimismo un sistema educativo que no ofrece servicios integrales con pertinencia cultural, puesto que el modelo educativo indígena es vigente solo en los niveles de preescolar y primaria y únicamente opera en localidades indígena; en el mismo sentido las personas con discapacidad enfrentan la falta de adaptación de los servicios, tanto en infraestructura como en materiales y personal capacitado.

2. *Las disparidades en ingresos*

Asociada a la distribución de los bienes y recursos, México es un país con desigualdad económica alta en comparación con otros, los individuos que provienen de hogares con ventajas económicas tienen una alta probabilidad de mantenerse en esa situación en la edad adulta, mientras que aquellas personas que crecieron en contextos de pobreza son propensas a permanecer en esa misma condición. Así, a partir de analizar datos del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) para trabajadores formales y de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), se desprendió un severo estancamiento o incluso una caída en los ingresos laborales del 2007 al 2017, dependiendo de la fuente.[12]

Las mujeres son más propensas a descender en la escala socioeconómica si parten de una posición privilegiada y, al mismo tiempo,

[12] Cfr. El Colegio de México, *Desigualdades en México 2018,* op. cit., p. 48.

las que nacen en hogares con pobreza tienen mayor probabilidad de mantenerse en condiciones de marginación en su vida adulta. Esto podría explicarse por la baja participación laboral de las mujeres en la economía, pues representan sólo 38% de la fuerza laboral del país. Además, el porcentaje de mujeres que trabaja se ha estancado en una tasa de alrededor de 45% en los últimos años. Si se excluye a los países árabes, estos porcentajes de participación son de los más bajos en el mundo. En cuanto al ingreso, conviene enfatizar que, aun cuando la brecha salarial entre mujeres y hombres se ha reducido desde el 2000, mantiene un nivel de entre 13 y 15 por ciento.[13]

El CONEVAL[14] destaca que la población con un ingreso inferior a la línea de pobreza extrema por ingresos fue de 16.8% en 2008, mismo nivel que se observó en 2018. El número de personas con un ingreso inferior a la línea de pobreza extrema por ingresos pasó de 18.7 a 21.0 millones de personas entre 2008 y 2018. Entre tanto, la población con un ingreso inferior a la línea de pobreza por ingresos pasó de 49.0% a 48.8% entre 2008 y 2018. El número de personas con un ingreso inferior a la línea de pobreza por ingresos pasó de 54.7 a 61.1 millones de personas entre 2008 y 2018.

3. *Distintas condiciones de los mercados laborales*

Muy entrelazado con las dos dimensiones anteriores, las condiciones laborales óptimas favorecen el bienestar de las personas y mejoran su calidad de vida; muchos países pueden registrar alzas en la cantidad de puestos de trabajo, no obstante, ello no significa que esa

[13] *Idem.*

[14] Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Diez años de medición de pobreza en México, avances y retos en política social, comunicado agosto de 2019, México, disponible en: *https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf*

cifra refleje a su vez estándares adecuados; se generan, por tanto, desequilibrios y riesgos para cierto grupo de trabajadores.

En el tenor de lo que mencionábamos se revela que "los empleos precarios se caracterizan por ser inestables, carentes de protecciones (por ejemplo seguros médicos o de invalidez) y por una remuneración insuficiente. En México se ha observado un incremento en los trabajos con bajos salarios y en la subcontratación, así como un debilitamiento de los esquemas de protección social y las regulaciones laborales. Además, el Estado no parece priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de la población sobre las políticas orientadas a aumentar la competitividad internacional del mercado laboral."[15]

El porcentaje de personas con ingresos laborales menores a un salario mínimo se incrementó de 14.4% en el año 2000 a 24% en 2017. Además, el porcentaje de trabajadores que no tiene acceso a la seguridad social se ha mantenido en el mismo nivel por casi dos décadas. Casi la mitad de la fuerza laboral en el país sigue sin tener las prestaciones asociadas a la seguridad social (44.3% en 2000 y 45.3% en 2017). Las condiciones laborales se deterioraron particularmente para las mujeres en este periodo: el porcentaje de trabajadoras sin seguro social pasó de 41.2% en 2000 a 48% en 2017. La proporción de trabajadores sin contrato se mantiene muy elevada: 45.8% de la fuerza laboral en 2000, 44.5% en 2017.[16]

La crisis del modelo de sustitución de importaciones que había tenido un rol integrador en el mercado de trabajo se expresó a través de la expulsión de cantidad de trabajadores del sector formal al informal. Se suma además la crisis del campo y los procesos de migración de muchos mexicanos. De esta manera el mercado quedó polarizado entre trabajo formal y trabajo informal, proceso, descrito en las estadísticas en los párrafos anteriores, que se conoce como "fin del empleo decente". Históricamente el trabajo asalariado tradicional

[15] El Colegio de México, *Desigualdades en México 2018,* op. cit., p. 63.

[16] *Idem.*

significó un intercambio entre el tiempo del trabajador y salario recibido. Entre este intercambio se insertaba el Estado, que regulaba la relación entre ambos, garantizando los tiempos de pago, la tutela del trabajador, en cuánto ciudadano acreedor de sus derechos como tal. Otra de las características del trabajo asalariado era su integración y continuidad en el tiempo y espacio, así como las prestaciones específicas vinculadas al trabajo prescrito.

La atomización de este mundo laboral tradicional, produce una explosión de microempresarios, cuentapropistas que trabajan legalmente pequeños comerciantes, técnicos, docentes, trabajadores de la salud, y empleados administrativos sin categoría definida, -entre otras muchas- figuras que conforman este abanico de modalidades laborales, precarias, con poco capital y patrimonio, baja o nula tecnología, que se diferencia del mundo de los trabajadores autónomos como médicos, abogados, arquitectos, etc. Algunos investigadores los han denominado como "autónomos de segunda generación."[17]

Desde los años '90 el modelo de industrialización neoliberal se expresa en polos de alta tecnología y sectores de punta[18] (aeroespacial, software, etc.) en algunas regiones de México que demanda "trabajadores del conocimiento", vinculados con las telecomunicaciones, la biotecnología, energías limpias, informáticas, que dinamizan la economía de algunos estados relacionados a los procesos globales de la economía, requieren empleos calificados y mano de obra especializada. A su vez se diversifican algunas actividades vinculadas con

[17] Véase: Bologna, Sergio, Dieci tesi per la definizione di uno statuto del lavoro autonomo. En: Bologna, S.; Fumagalli, A. (Coord.) *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del post-fordismo.* Milán: Feltrinelli, 1997. Girardo, Cristina y Mochi, Prudencio, Las organizaciones de la Sociedad Civil en México: modalidades del trabajo y el empleo en la prestación de servicios de proximidad y/o relacionales, *Economía, Sociedad y Territorio,* Vol. XII, núm. 39, pp. 333-357.

[18] Polo llamado "diamante dorado", Guanajuato, San Luis Potosí, Aguascalientes, para la industria automotriz con alta tecnología; y el desarrollo de la industria aero-espacial en Querétaro.

el sector terciario avanzado (servicio a las empresas, calzado, finanza y turismo).

Sin embargo este modelo generó fuertes asimetrías territoriales, entre un norte y centro con más crecimiento y desarrollo y un sur pobre, con poco o nada de empleo y demostró poca capacidad de arrastre o derrame en la economía nacional. Se trata de una élite de trabajadores muy estrecha y en muchos casos con demanda de mano de obra extranjera. Para los trabajadores mexicanos, la misma competitividad de este sector se basa en bajos salarios, y en muchos sectores como en el automotriz, en las áreas de baja tecnología, o en la cantidad de microempresas en todo México, que son las mayorías que generan empleos y se exige una formación sobre-profesionalizada ya que luego no se requieren las competencias adquiridas, por la baja tecnología utilizada (donde la automatización y la robotización están totalmente ausente o es bajísima). Recién a partir del último tratado firmado con Estados Unidos en el marco del T-MEC se reforma la ley laboral en México poniendo al centro los derechos de los trabajadores a un salario mínimo decente.

En las áreas rurales el crecimiento de la agroindustria requiere de grandes extensiones de tierra, salarios muy bajos y condiciones de precariedad para los trabajadores, uso de pesticidas que contaminan el ambiente y perjudican la salud, se encuentra también en manos de grandes corporaciones. Sin embargo, muchos jóvenes se insertan en este tipo de trabajos, cuyas condiciones están marcadas por la baja calificación y alta productividad, así como condiciones laborales muy precarias. La creciente emigración hacia Estados Unidos, la deforestación y el deterioro creciente del medio ambiente son algunas de las causas que sitúan a este ámbito como problemático frente a las nuevas exigencias de diversificación productiva, generación de empleos e ingreso en espacios rurales.

En la actualidad, todos estos cambios y condiciones, conviven adecuándose, articulándose, y se vinculan generando escenarios que

se encuentran en disputa. Por una parte los trabajadores del conocimiento, por otra los tipos de trabajos cuyas prestaciones ya no están reguladas sólo por el salario como forma de retribución. Desde el punto de vista jurídico y social van tipificando el mundo laboral como "formas de trabajo no asalariado", o "formas atípicas del trabajo", diversos entre sí, que involucra a trabajadores también con características diversa: desde una alta profesionalidad, hasta una baja o nula calificación.

Es importante destacar que contemporáneamente el desarrollo de la Internet, el desarrollo de redes sociales y de los medios de comunicación impulsan el surgimiento de otros trabajos y muchos trabajadores englobados bajo la denominada de manera general "economía colaborativa", contribuyendo a reorientar el consumo y la producción. Dentro de este tipo de categoría se incluyen diversas modalidades y hay plataformas de corte netamente del mundo empresarial y con fines de lucro, empresas que cotizan en bolsa, con mayor concentración de la riqueza y ampliación de trabajos mal remunerados, y no protegidos legalmente. Ejemplo de plataformas como Uber, AirBaB, etc. o de trabajadores conocidos como los "youtubers", los "TRADERs", realizan trabajos y servicios a través de la gestión de una plataforma tecnológica, que es la empresa, que no sólo conecta a los vendedores con los consumidores, sino que además incluye un tercer actor que son los trabajadores. Es decir la persona que realiza el servicio (desde manejar un taxi, alquilar una casa, vender un servicio, llevar un pedido del vendedor al comprador, etc.), en una amplia variedad de sectores productivos (movilidad, turismo, finanza, etc.).

Se trata de trabajadores autónomos, que realizan una actividad económica o profesional, de forma habitual y directa, lucrativa, para un cliente o para varios. Tienen infraestructura y materiales propios. Reciben el pago, pactado con el cliente y asumen el riesgo de la actividad. Sin embargo pensar en formación para el trabajo y en re-calificación de los trabajadores, puede representar un desafío que

implica además de competencias, habilidades y capacidades para el manejo de TIC, la adopción de valores y actitudes que ayuden a tener una economía "cooperativa", "compartida" o "colaborativa responsable". Se trata al día de hoy de un escenario difícil de analizar y cuantificar, pero destacado en esta mutación del mundo del trabajo que cada vez más se hace necesario tomar en cuenta.

El uso de tecnologías de la información aporta la confianza y reciprocidad necesarias, a la vez que reduce de manera drástica los costos de coordinación y transacción. Dentro de este mundo de las redes existen también experiencias sin ánimo de lucro, actores que comparten el conocimiento, con fuerte motivaciones sociales y medioambientales prioritarias respecto al lucro y que generan experiencias tales Wikipedia, software libre, trueque de casas y automóviles, música, juegos en las redes, favorecer mercado libre y poner en contacto vendedores y compradores, etc; que pueden ser desde otra visión como la ESS.

III. LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA EN DIÁLOGO CON LOS DERECHOS HUMANOS

La concepción sustantiva de economía en contraposición a la economía formal maximizadora de la utilidad individual, es el esquema que da asidero no solo a la propuesta de una Economía Social y Solidaria (ESS) sino a una tutela más efectiva de los derechos humanos, los cuales han quedado soslayados o vulnerados por la lógica de mercado; estas facultades desde su reconocimiento y protección tanto en los sistemas universales, regionales y nacionales han remado contra corriente, intentando salir a flote en este contexto desigual orientado por la ideología capitalista.

La "Economía social", es aquella que agrupa las actividades asociativas que tiene por finalidad servir a sus asociados o a su entorno más que a generar beneficios u orientarse al rendimiento financiero,

(como en el caso de las cooperativas). Tienen autonomía de gestión, primacía de las personas y el trabajo sobre el capital. Fundan sus actividades en los principios de participación, relacionalidad, asociatividad, y solidaridad. Juan Louis Laville[19] manifiesta que la economía solidaria surge de la búsqueda de un nuevo equilibrio entre la intervención pública, redes informales, empresas cooperativas, organizaciones sociales. En esta intersección surge la economía social y solidaria. Se puede imaginar como una red, o un conjunto de redes, de operadores económicos, cuyo comportamiento se basa en principios originales de funcionamiento, poniendo al centro de la acción el bien colectivo y la distribución equitativa del valor. Las modalidades de organización de este tipo de economía son múltiples y van desde pequeños productores, organizaciones sociales, cooperativas, proyectos productivos familiares, ferias de productos orgánicos, club de trueque, grupos pre-cooperativos de compras comunitarias, recuperación y reciclado de residuos, microcréditos, cooperativas escolares, comedores autogestionados, etc.

La economía sustantiva, citando siempre a Laville[20], está vinculada a la dependencia del hombre con la naturaleza y sus semejantes para asegurar su sobrevivencia, y alejada de la visión difundida de la economía formal de la disciplina económica de los mercados autorregulados o sea como la utilización de medios escasos para fines múltiples priorizando la ganancia.

No podemos hablar de una tutela de los derechos humanos bajo una tendencia de mercados autorregulados mecánicamente y libres de las interferencias sociales o estatales, en los cuales valores como

[19] Laville, Jean- Louis, Economía solidaria, economía social, tercer sector: las apuestas europeas, Biblioteca Virtual TOP sobre Gestión Pública, disponible en: *www.top.org.ar/publicac.htm*, consultado el 20 de marzo del 2020, p. 52.

[20] Citado por Mochi Alemán, Prudencio, La agricultura familiar y la economía social: dos conceptos y prácticas compatibles, en: Mochi Alemán, Prudencio (Coord.) *Otras economías, otros desarrollos: Agricultura familiar y economía social,* México, Foro consultivo científico y tecnológico A.C., 2019, p. 30.

la justicia y solidaridad son considerados como escollos para esa racionalidad económica; así sus efectos negativos son evidentes y han sido descritos en el epígrafe anterior.

Siguiendo a Coraggio[21], una economía social inscrita en esa corriente de la economía sustantiva implica:

"El sistema plural de instituciones normas, valores y prácticas que organizan el proceso económico de producción, distribución, circulación y consumo para generar las bases materiales de la realización de las necesidades y deseos legítimos de todas, para vivir con dignidad, con libertad responsable de opciones, en democracia y en equilibrio con la naturaleza."[22]

Lo social para reafirmar la imprescindible negación de la negatividad del mercado libre, naturalizado por el sistema hegemónico, que tiende a mercantilizar todas las actividades de la vida social con las consecuencias evidentes de destrucción de los lazos sociales solidarios y de la base natural de la sociedad…esta construcción económica pone al Estado en sentido amplio: aparato de estado y sociedad civil, como sujeto activo de ese nuevo encastramiento social de la economía…subordinado a la racionalidad reproductiva de la vida.[23]

Y es que a partir de los años '80, ante los procesos de achicamiento, descentralización y contracción del Estado de Bienestar cuando se convoca a otros actores –tanto del sector privado como so-

[21] Coraggio, José Luis, Sobre las relaciones entre economía, democracia y revolución, *Cuadernos PROLAM/USP Brazilian Journal of Latin American Studies*, Brasil, 2016, p. 110.

[22] A partir del trabajo "Reinventar la izquierda en el Siglo XXI", a las definiciones que venía proponiendo este autor y Laville agregaron la explicitación de la libertad y la democracia como componentes de sentido de la economía.

[23] Coraggio, José Luis, La economía social y solidaria (ESS): niveles y alcances de acción de sus actores. El papel de las universidades, en: Puig, Carlos (Coord.), *Economía social y solidaria: conceptos, prácticas, y políticas públicas*, Universidad del País Vasco, Instituto Hegoa, 2016, p. 26.

cial-, para asumir de manera conjunta la co-responsabilidad para la ejecución, monitoreo y evaluación de programas sociales, con la consabida ausencia de estos actores en el diseño de políticas públicas. Por otra parte surgen nuevas necesidades por parte de la ciudadanía (de consumo, de atención a nuevas demandas, etc.). En este contexto adquieren relevancia la prestación de servicios y actividades de producción que brindan por ejemplo actores como las cooperativas, las organizaciones de la sociedad civil, la empresa social, organizaciones populares, etc. Son enfoques vinculados con lo que algunos autores llaman "Otras economías", "economía social, solidaria y popular" así como la "economía de los cuidados".

Por otro lado, el adjetivar la economía de "solidaria" encuentra eco en el hecho de que no puede existir una sociedad que se funde en el principio de la Producción Ampliada de la Vida de todas las personas y de la naturaleza y esté basada en la rivalidad y la competencia de todos contra todos, en el no reconocimiento del otro y sus necesidades, en la irresponsabilidad por los efectos de las acciones estratégicas (desde la producción hasta el consumo) sobre la sociedad y la naturaleza. Todo lo cual provee un suelo fértil para fuertes antagonismos sociales, pobrezas y exclusiones masivas, así como la degradación irreversible de los ecosistemas[24].

Los derechos humanos por su parte se conciben como "*condiciones fundamentales para desarrollar la naturaleza del ser humano.*"[25] "*Conjunto de facultades e instituciones que, dentro de su propio contexto histórico, hacen posibles las exigencias de dignidad, libertad e*

[24] *Idem.*

[25] Gil de la Torre, Héctor Morales (coord.) et al., *Derechos Humanos, dignidad y conflicto*, México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 12.

igualdad…"[26] *"Derechos primarios de las personas y que conciernen indistintamente a todos los seres humanos…"*[27]

"Un sector de la normatividad jurídica referida a valores de la persona humana en sus dimensiones de libertad, autonomía e igualdad de condición en la vida social, que deben ser respetados en toda legislación. Su formulación es fruto histórico de una progresiva toma de conciencia de las exigencias sociales derivadas de la excelencia de la persona humana y que han sido enunciadas en declaraciones, leyes fundamentales, constituciones o en los ordenamientos como derecho fundamental. Estas normas exigen ser reconocidas en todo ordenamiento jurídico como exponente básico de su justicia."[28]

Observemos que los esquemas de las dos construcciones, una económica y la otra jurídica que abordamos se tratan de ecuaciones con factores similares y por ende con la búsqueda de resultados aproximados. Usando la metodología del pensamiento complejo podríamos aseverar que ESS y derechos humanos son tanto causa como efecto o producto y productor a su vez.

Así, si partimos de que la *racionalidad productiva* (la reproducción ampliada de la vida humana) es uno de los ejes de la ESS, mediante su contribución responsable a la reproducción de la vida digna, natural y humana; por encima de la reproducción del capital; los derechos humanos, en su mayoría gestados y a su vez aún defendidos por álgidos movimientos sociales que parecen ser parte de la otra fuerza que repele la explosiva propagación de la economía de mercado; a propósito de la idea del doble movimiento polanyiano;

---

[26] Silva Sernaqué, Santos Alfonso, *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional, Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, UNMSM-Fondo Editorial, 2005, p. 58.

[27] Ferrajoli Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Madrid, ed. Trotta 2010, p.40.

[28] Fernández-Largo, Antonio Osuna, *Teoría de los Derechos humanos, conocer para practicar*, Salamanca, EDIBESA, 2001, p. 32

comparten el ADN de este modelo económico pues estos encuentran, a decir de Carpizo[29], su base en la *dignidad humana*, al ser esta última la que singulariza y caracteriza a la persona del resto de seres vivos bajo criterios "…debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad." Los derechos humanos hacen, de hecho, efectiva la idea de dignidad de todas las personas y abonan a la satisfacción de los derechos colectivos desde el enfoque de la ESS.

Asimismo, la dignidad como pauta común a ambas nociones se moldea según cada etapa de la historia y de conformidad a lo que cada sociedad, democráticamente autogobernada determina. Así, se constituye a la persona como un fin en sí mismo, quedando completamente descartado que sea considerada como instrumento o medio para otro fin; la reticencia polanyiana de que el principio de ganancia sea elevado a principio de organización de la vida, cobra sentido con la protección jurídica de los derechos humanos; ello vendría a ser una de las piezas claves del andamiaje de este enfoque económico social y solidario.

En esa misma línea de pensamiento, los derechos humanos no se hallan reservados para los pobres, la universalidad como parte de su esencia los erigen como facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. La economía solidaria tampoco es un modelo asistencialista sino una propuesta para todos los ciudadanos y un auténtico enfoque económico que pretende devolver el sentido primigenio del triunvirato *mercado-economía- sociedad*, en donde el primero parte de un fenómeno más amplio representado por el segundo y este, más importante aún, se halla arraigado al último; a propósito de la visión de Polanyi de una economía incrustada o arraigada.

[29] Carpizo, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, Cuestiones constitucionales Revista mexicana de Derecho constitucional, México, núm. 25, julio-diciembre 2011, pp. 3- 29.

Hoy en día México debe atender nuevos retos a través del contenido de una de las reformas más importantes de la historia del Estado, acontecida el 10 de junio del 2011 mediante la cual se colocó a los derechos humanos como el eje del sistema jurídico, creándose así el bloque de constitucionalidad en tal materia, concebido como un conjunto de "normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución"[30]

La igualdad es una prerrogativa precisamente identificada como un derecho humano y acompañado del principio de "no discriminación", teniendo a su vez el carácter de derecho fundamental al estar positivizado en el artículo primero y cuarto de la Constitución Política, y por supuesto gozando del reconocimiento de instrumentos internacionales de naturaleza vinculante como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese tenor, encontramos la igualdad formal, que implica un tratamiento idéntico a todas las personas sin distinción alguna al estar consagrado dicho mandato en una ley general, abstracta e impersonal; y la igualdad material que conlleva reconocer las diferencias de quienes integran la sociedad sin que ello implique desventajas y como bien concluye Martinez Regino[31] su naturaleza nos permite apreciar la necesaria complementación de ambas así como la implementación de un criterio de razonabilidad como una herramienta para el control de disposiciones normativas y de políticas

[30] Sentencia Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero, citada por Arango Olaya, Mónica, El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, *Precedente Revista Jurídica*, Colombia, 2004, 79-102.

[31] Martinez Regino, Roberto, La protección de los derechos humanos y la inejecución de las sentencias de amparo por el indebido financiamiento de políticas públicas en México, *Revista del Posgrado en Derecho UNAM*, México, nueva época, núm. 10, enero-junio 2019, pp. 105-139.

públicas, generando la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles.

IV. ENFOQUES EN DISPUTA ¿ADECUAR, VINCULAR, ARTICULAR? PARA UN DERECHO HUMANO: LA IGUALDAD

Con la cautela que implica retomar la teoría del doble movimiento de Polanyi, los grupos por los derechos humanos, que como el caso México han ganado parcialmente la batalla mediante la reforma anteriormente invocada y el reconocimiento progresivo al derecho humano a la igualdad, son parte de los movimientos de protección cívica social que procuran el control de la explosiva propagación de la economía de mercado; y es que los movimientos de derechos humanos vienen desarrollándose y haciendo contribuciones valiosas a la luchas por otra economía, realizando asimismo aportes significativos en el campo teórico, como bien asevera Coraggio[32].

De hecho, una constante del pensamiento Polanyiano[33] es que *"no existen fuerzas impersonales que nos absuelvan de nuestra responsabilidad individual de sumarnos al destino de los seres humanos."*

Aunado a la reflexión de Coraggio[34]:

> Con el neoliberalismo la economía se ha venido autonomizando de controles políticos y sociales que velen por la cohesión social. Dado su proyecto estratégico de maximizar la libertad del capital a costa de los trabajadores, la política social neoliberal se ha definido a partir de la pretensión de anular la cultura de derechos humanos universales y de centrarse directamente en

[32] Coraggio, José Luis, El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social, op. cit., p. 30.

[33] Karl, Polanyi, op. cit., p. 23.

[34] *Ibidem*, p. 24.

> carencias extremas de sectores de la población considerados riesgosos para la gobernabilidad. Esas carencias han sido definidas principalmente en términos de acceso (lo que lógicamente parece un paso previo para la calidad) a condiciones de vida (alimentos, refugio, salud, educación, ingreso de un dólar diario) definidas como *mínimas* (¿básicas?) por técnicos del sistema interestatal y adoptadas por los gobiernos. Se pasó así del Estado garante de derechos universales —reforzados por mandatos de discriminación positiva para algunos grupos específicos que se concretaron en sucesivas declaraciones de derechos sociales— a la adopción de un mandato de asistencia para la sobrevivencia física a los más vulnerables mediante la focalización.

En México, encontramos varias experiencias con modelos exitosos de Economía social y Solidaria que logran la satisfacción de derechos humanos y a su vez tratan de impulsar el desarrollo de sus territorios atendiendo los contextos de desigualdad en sus tres dimensiones. Según el criterio de sus autores esta "otra economía" puede contribuir a una vida mejor.

Para los intelectuales con una resiliencia intelectual formidable quienes aún defienden la utopía de los mercados autorregulados los casos que exponemos seguramente serán considerados como brotes irracionales, pues cualquier otra guía de comportamiento que interviene en la economía imperante, con otra lógica, es considerada irracional. Nosotros como estudiosos de ambas categorías – economía social y solidaria y derechos humanos – lo asumimos como un modelo fértil para una auténtica protección y materialización de las prerrogativas fundamentales y especialmente del derecho a la igualdad.

1. *San Pablo Güila, Oaxaca*

Este caso se desarrolla en la región sureste de México, en San Pablo Güila, ubicada en la zona zapoteca de Oaxaca donde la economía social y solidaria, la migración y la igualdad de género confluyen para impactar positivamente y lograr una vida mejor al margen del modelo hegemónico. Los aspectos que se destacan para efectos de nuestro estudio parten de la información recabada por Oulhaj y Juárez Mejía.[35]

Una localidad especialmente caracterizada por la emigración de sus pobladores a Estados Unidos ante la situación de pobreza extrema vivida y con el propósito de asegurar la sobrevivencia inmediata de sus familias.

A su regreso, se inicia el proyecto de invernaderos, a cargo de José Melchor uno de los actores de dicha experiencia, con una hectárea y basada en el trabajo familiar – el *oikos* como uno de los principios de la ESS, en donde este principio no solo es posible aplicarlo a niveles microsociales o locales, sino que es válido para aspectos de la economía nacional[36] – hoy poseen alrededor de 45 hectáres y alrededor de 900 empleos directamente creados entre todos los productores. Además cuentan con un centro de acopio, un centro de empaque, una tienda de insumos así como un vehículo para fletes.

Ahora la tendencia es emigrar por temporadas a Estados Unidos, pero están allá con un objetivo: regresar, se van para invertir en sus negocios y que sus familias tengan trabajo y no tener que irse nuevamente a Estados Unidos. El pilar de la comercialización no es la acumulación financiera, sino la solidaridad entre las personas:

[35] Oulhaj, Leila y Juárez Mejía, Eduardo, Todo empezó por un sueño en San Pablo Guila, Oaxaca. Cuando los migrantes se convierten en actores de la economía social y solidaria en su comunidad de origen. En Oulhaj, Leila (Coord.) *La economía social y solidaria en un contexto de crisis de la civilización occidental,* México, Universidad Iberoamericana, 2019, pp. 81- 121.

[36] Coraggio, José Luis, El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social, op. cit., p. 17.

hay una organización de trabajo los fines de semana para ayudar a jóvenes quienes estudian entre semana y no para disminuir los costos de producción al máximo; a la hora de comercializar se buscan puntos de venta de tal forma que otros productores puedan vender. José Melchor, es el aval solidario de los demás productores de la localidad; en caso de desastres naturales, con la ayuda de la comunidad, todos se apoyan; la producción debe beneficiar a la familia, a otras personas de la localidad e incluso fuera de ella.

Asimismo, los diferentes productores de tomate de San Pablo Guila mencionan una relación de unión con la naturaleza: retienen el agua durante la temporada de lluvia a través de olas de captación, o de pozos que ellos escarban, reforestan y usan páneles solares y bombas de luz para captar el agua de las lluvias; en cuanto a la tierra usan abono orgánico (de lombriz) y renuevan la tierra cada cuatro ciclos. En salvaguarda de otro derecho humano "la igualdad", la equidad de género es parte del proyecto; hay productoras y productores con mil o 5 mil más de invernaderos; el papel de las mujeres es clave mientras sus esposos están del otro lado.

Finalmente, lograron los vínculos entre productores e instituciones como: FINDECA (Sociedad financiera de objeto múltiple no regulada dirigida al financiamiento para el desarrollo del sector rural), SAGARPA (Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesa y Alimentación), INAES (Instituto Nacional de la Economía Social), CONAZA (Comisión Nacional de las Zonas Áridas); FIRCO (Fideicomiso de Riesgo Compartido) y CDI (Comisión Nacional para el Desarrollo de los pueblos indígenas).

Así hace eco la tesitura de Coraggio[37] quien afirma que no limita el alcance de la economía solidaria a las organizaciones asociativas (internamente solidarias) de la economía popular, sino que debe incluirse al Estado como parte de una economía solidaria, princi-

[37] Coraggio, José Luis, La economía social y solidaria (ESS): niveles y alcances de acción de sus actores. El papel de las universidades, op. cit, pp. 33 y 34.

palmente a través de su aplicación del *principio de redistribución* (de ingreso, de bienes públicos, de medios de producción), pero también como garante del cumplimiento de los *derechos sociales* y rector del proyecto de construir un sistema económico que sustente una sociedad no dual, integrada, socialmente justa.

2. *Comunidades Campesinas en Camino, Istmo de Tehuantepec*

Las experiencias de este caso son aportadas por la obra de Oliva Martínez[38], la cual registra un modelo exitoso de economía social. Comunidades Campesinas en Camino (CCC), surgió en 1995 – partiendo de 1991 cuando la Diócesis de Tehuantepec, ubicada en el municipio de Tehuantepec, Oaxaca, inició el establecimiento de un sistema de abasto rural dirigido a la población de escasos ingresos – reúne a cientos de hombres y mujeres indígenas zapotecas, chontales, mixes, ikoots, mixtecos, chinantecos y mestizos en 52 comunidades de la región del Itsmo de Tehuantepec; ha permitido a sus socios ser autogestivos, autónomos y libres de decidir qué producir, qué comer y a quién vender los excedentes. En el ámbito regional ha tenido impacto en la regulación de precios de los productos, en una comercialización más justa, beneficiando a sus asociados y no asociados.

Actualmente, en CCC se cuenta con ocho empresas sociales, abajo referenciadas; 5,000 socios productores, 120 trabajadores permanentes y 60 temporales (socios o hijos de socios), de 50 comunidades, de 20 municipios de los distritos de Tehuantepec, Yautepec y Juchitán en Oaxaca:

- Servicios especializados en técnicas agroecológicas (SETA): asesoría y asistencia técnica a grupos de distintas localidades en temas de agroecología y ganadería ecológica.

[38] Martínez, Oliva (Coord.) *Luchar por la tierra nuestra: actores de una economía solidaria,* Puebla, Universidad Iberoamericana, 2015.

- Sociedad cooperativa de R.L. Lugui Scaru (en zapoteco significa: "donde se vende bien"): promueve el crecimiento del comercio justo; buscar comercializar productos diferentes de los socios de CCC y otras cooperativas dentro de la red de economía solidaria.
- Procesadora de productos ecológicos Sociedad cooperativa de R.L (PPE): da valor agregado a varios productos del campo con el objetivo de desarrollar hombres y mujeres, con igualdad, participación, valores humanos, respecto al ambiente, a la tierra y a sus culturas.
- Cajas Indígenas S.C., S.C de A.P. de R.L. de C.V: caja de ahorro comunitaria formada por hombres, con modelos de ahorro y de crédito acordes con la realidad de las comunidades.
- Unión de Ganaderos Ecológicos de la Región Istmo (UGERI): fomenta la apropiación integral del proceso por parte de sus socios a través de ganadería orgánica.
- Agroproductos ecológicos de México S.C. de R.L (AGROMEX): comercializadora al servicio de productores y consumidores; busca una economía que fortalezca a los pueblos en base en las relaciones solidarias, en apoyo mutuo, en el intercambio entre comunidades y en prácticas colectivas justas.
- Fondo de aseguramiento agropecuario Binni Xhooba: cobertura y mitigación de riesgos en la actividad productiva.
- Caminando y armonizando nuestra agroecología A.C.: con el fin de recibir donaciones de organizaciones hermanas nacionales y extranjeras.

Es evidente que la satisfacción del derecho a la seguridad alimentaria, derecho a la igualdad, a vivir en un medio ambiente sano, trabajo, salud, educación, son prerrogativas que se logran satisfacer bajo experiencias de economía social y solidaria, registrando signifi-

cativos alcances de desarrollo en estos territorios en comparación a su estado primigenio marcado por un evidente rezago y marginación.

Habiendo destacado estas experiencias y registrando importantes impactos; volvemos a resaltar que hay bienes y servicios que deben ser proporcionados por los entes públicos, existe una evidente relación entre derechos humanos y los recursos económicos, pues los primeros requieren de los segundos a fin de financiar acciones bajo las cuales se desarrollarán las respectivas políticas públicas.

Cabe mencionar que en cuanto al estado del arte de las políticas públicas en México respecto de la ESS, siguen manteniendo una visión estrictamente instrumental del sistema económico, visto la actividad económica del sector social, conservan así, una configuración asistencialista, compensatoria y focalizada para la población en condiciones de exclusión, limitando la efectividad de políticas públicas que no son pensadas en la ESS como auténtico enfoque económico, una economía que se hace cargo de la distribución, producción, el intercambio y consumo como cualquier otra pero sin destruir la sociedad.

Lo anterior encuentra asidero en el propio artículo 25 párrafos séptimo y octavo de la CPEUM, vale destacarse que reconoce al sector social de la economía:

> Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las *empresas de los sectores social* y privado de la economía…
>
> La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad *económica del sector social*: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

Y así, de hecho, atendiendo a la reglamentación de estos párrafos del citado artículo por la Ley de Economía Social y Solidaria mexicana, reforma en abril de 2019 el alcance de su artículo octavo destacando un reconocimiento de los derechos humanos y el desarrollo:

Art. 8. "Son fines del Sector Social de la Economía:

V. PROMOVER LOS VALORES DE LOS DERECHOS HUMANOS, DE LA INCLUSIÓN SOCIAL Y EN GENERAL, EL DESARROLLO INTEGRAL DEL SER HUMANO"

A pesar del texto jurídico, México sigue manteniendo solo un sistema de mercado; pero se ha comprobado que lograr el desarrollo no tiene que ser a costa de los demás derechos de las personas, creando mayores necesidades sociales que soluciones; es importante erradicar las desventajas que derivan de la economía de capital.

Es evidente también que este reconocimiento jurídico en México de la ESS muestra muchos límites y sobre todo mucha ambigüedad en la definición de este sector social de la economía. Se otorga reconocimiento casi exclusivo a las cooperativas como forma de organización cuando existe una pluralidad de actores como hemos descrito que conforman esta "otra economía". Así mismo no hace énfasis en los principios de regulación en función del respeto de la autogestión y la confianza, y otros valores que forman parte de esta vertiente. En este sentido la misma ley favorece cadenas paternalista y asistencialistas, por ende urge su revisión y modificación, particularmente la construcción del Registro Nacional de Organizaciones, que ha sido reemplazado por un catálogo del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) el cual no permite identificar la diversificación del sector.

Pensar el trabajo y la formación necesaria para ejecutarlo teniendo al centro el tema del respeto a los derechos humanos, implica orientar en torno a los valores y prácticas de producción, consumo y financiamiento para poder llevar a cabo emprendimiento alternativos, y para crear empleos generando un amplio espectro de oportunidades y reconocimiento del trabajo a partir de la puesta en valor de una economía a escala humana y de la comunicación efectiva de los valores de sustentabilidad, social, cultural, ambiental, con un amplio reconocimiento a la importancia y revalorización del territorio y/o contexto en donde se desarrollan dichas acciones.

Se requieren de importantes políticas públicas a través de la aplicación del modelo económico social y solidaria, bajo los siguientes ejes, logrando su progresiva proyección nacional[39]:

1. Adecuada distribución de tierras.
2. Montos de créditos suficientes para emprender en forma colectiva bajo tasas subsidiadas.
3. Fondos económicos para financiar programas participativos de desarrollo social con soberanía alimentaria.
4. Educación pertinente de calidad idónea para ciclos productivos y reproductivos.
5. Plataformas locales y regionales de investigación.
6. Asesorías técnicas y servicios productivos disponibles y permanentes.
7. Seguridad social universal.
8. Regulación de mercado de trabajo.
9. Formas de ingreso mínimo respecto a las actividades de producción o reproducción.
10. Política fiscal redistributiva efectiva.

[39] Coraggio, José Luis, El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social, op. cit., p. 54.

11. Expansión de formas de propiedad como es la comunitaria, patrimonio cultural y ecológico.
12. Recuperación del conocimiento como un bien libre.
13. Normas jurídicas que faciliten emprender economía social y solidaria.
14. Control de tasas de servicios públicos básicos, como el agua, energía, transporte.

VI. CONCLUSIONES

A partir de las reflexiones anteriores, las cuales procuraron un diálogo constante entre el enfoque Económico Social y Solidaria y la construcción jurídica de los derechos humanos desde aportes teóricos y prácticos en el contexto mexicano; podemos derivar las siguientes conclusiones:

1. La economía del fundamentalismo de mercado destruye el tejido social, generando fragmentación y con ello la polarización entre ricos y pobres, desigualdades que conculcan, por su característica de interdependencia, varios derechos humanos.

2. La utopía absoluta del sistema de mercado autorregulado coloca en estado de vulnerabilidad a las personas en la satisfacción de sus prerrogativas fundamentales, verbigracia, el caso mexicano, en donde la lucha desenfrenada por la riqueza mercantil ha creado desigualdades y un crecimiento mas no desarrollo económico que implica una mejora en la calidad de vida de sus habitantes.

3. Diversos y distintos enfoques teóricos y empíricos llevados a cabo por estudios académicos en estos últimos años, dieron cuenta de los cambios en los modelos de producción, organización y gestión de las empresas, como así también de los actores que participan en el proceso productivo, las formas de contratación y la identidad que construyen los trabajadores.

4. Asumimos que los derechos humanos y específicamente en México su salvaguarda con todos los alcances que implica la reforma de junio de 2011 a su Constitución Política; son parte de esa transición con sujetos sociales ubicados en campos de fuerzas antagónicas y quienes se resisten al expansionismo del actual sistema neoliberal que promueve una lógica que conculca sus derechos humanos y provoca situaciones de desigualdad en distintas dimensiones. El derecho al trabajo digno como derecho humano es fundamental y esencial, aunque si bien en base a las estadísticas expuestas y a la descripción de algunas controversias en los distintos enfoques, queda aún mucho camino por recorrer. Sin embargo la ESS por su propia dinámica intrínseca y los valores que conlleva, en dónde el bienestar de las comunidades y las personas constituyen el eje rector de las actividades.

5. Hasta ahora la lucha por la salvaguarda y satisfacción de los derechos humanos en el contexto mexicano, si bien ha encontrado un avance significativo con la reforma comentada, sigue librándose desde la lógica de la economía hegemónica, por tanto es necesario configurar medios preventivos idóneos para tutelar los derechos humanos y darles satisfacción incluso en espacios donde suele haber ausencia del Estado. En los casos de San Pablo Güila, Oaxaca y Comunidades Campesinas en Camino, del Istmo de Tehuantepec; observamos que si bien estas personas pudieron perfectamente activar las garantías que otorga la propia constitución para la tutela de sus derechos, exigiendo su cumplimiento por parte del Estado, no lo hicieron, sino que optaron por prácticas de economía solidaria que impulsó su desarrollo territorial y a su vez la satisfacción directa y digna de diversos derechos que se traducían en latentes necesidades y deseos legítimos.

6. Los elementos teóricos y empíricos examinados en los documentos que fortalecen este trabajo nos permiten aseverar que si el andamiaje jurídico en materia de Economía Social y Solidaria aten-

dieran las imprecisiones señaladas en este estudio y lo juridificara como auténtico sistema, disciplina y realidad sería posible generar una riqueza capaz de satisfacer el sustento material de la sociedad.

7. Estas otras economías implican un cambio radical de valores y prácticas, que aborda precisamente un punto de vista alternativo a las otras formas de economías. Un enfoque se define social y solidario a partir del reconocimiento de los derechos humanos. Se define además por otros valores como la cooperación, el compromiso, el apoyo mutuo, la equidad y la solidaridad. Todos se ponen en práctica cuando se llevan a cabo actividades que se engloban dentro de la economía social y solidaria, ya que se base en encontrar el bienestar de las personas y su entorno, en lugar de acumulación de riqueza, promoviendo el consumo responsable y la repartición equitativa de los beneficios. En este sentido el reconocimiento de los derechos humanos aborda prácticas y valores desde una perspectiva de la dignidad humana.

VI. FUENTES CONSULTADAS:

BIBLIOGRAFÍA

Bologna, Sergio, Dieci tesi per la definizione di uno statuto del lavoro autonomo. En: Bologna, S.; Fumagalli, A. (Coord.) *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del post-fordismo.* Milán: Feltrinelli, 1997.

Carpizo, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, Cuestiones constitucionales Revista mexicana de Derecho constitucional, México, núm. 25, julio-diciembre 2011.

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Estudio diagnóstico del Derecho a la educación 2018*, Ciudad de México, noviembre de 2018.

Coraggio, José Luis, El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social, en: *Decisio*, CREFAL, mayo- agosto 2011, pp.- 23.31.

Coraggio, José Luis, La economía social y solidaria (ESS): niveles y alcances de acción de sus actores. El papel de las universidades, en: Puig, Carlos (Coord.), *Economía social y solidaria: conceptos, prácticas, y políticas públicas*, Universidad del País Vasco, Instituto Hegoa, 2016.

Coraggio, José Luis, Sobre las relaciones entre economía, democracia y revolución, *Cuadernos PROLAM/USP Brazilian Journal of Latin American Studies*, Brasil, 2016.

El Colegio de México, *Desigualdades en México 2018*, Red de Estudios sobre desigualdades, México, 2018.

Fernández-Largo, Antonio Osuna, *Teoría de los Derechos humanos, conocer para practicar*, Salamanca, EDIBESA, 2001.

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

Gil de la Torre, Héctor Morales (coord.) et al., *Derechos Humanos, dignidad y conflicto*, México, Universidad Iberoamericana, 1996.

Girardo, Cristina y Mochi, Prudencio, Las organizaciones de la Sociedad Civil en México: modalidades del trabajo y el empleo en la prestación de servicios de proximidad y/o relacionales, *Economía, Sociedad y Territorio,* Vol. XII, núm. 39, pp. 333-357.

Karl, Polanyi, *La gran transformación, los orígenes políticos y económicos de nuestros tiempos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

Laville, Jean- Louis, Economía solidaria, economía social, tercer sector: las apuestas europeas, Biblioteca Virtual TOP sobre Gestión Pública, disponible en: *www.top.org.ar/publicac.htm*, consultado el 20 de marzo del 2020.

Martinez Regino, Roberto, La protección de los derechos humanos y la inejecución de las sentencias de amparo por el indebido

financiamiento de políticas públicas en México, *Revista del Posgrado en Derecho UNAM*, México, nueva época, núm. 10, enero-junio 2019.

Martínez, Oliva (Coord.) *Luchar por la tierra nuestra: actores de una economía solidaria,* Puebla, Universidad Iberoamericana, 2015.

Mochi Alemán, Prudencio, La agricultura familiar y la economía social: dos conceptos y prácticas compatibles, en: Mochi Alemán, Prudencio (Coord.) *Otras economías, otros desarrollos: Agricultura familiar y economía social,* México, Foro consultivo científico y tecnológico A.C., 2019.

Oulhaj, Leila y Juárez Mejía, Eduardo, Todo empezó por un sueño en San Pablo Guila, Oaxaca. Cuando los migrantes se convierten en actores de la economía social y solidaria en su comunidad de origen. En Oulhaj, Leila (Coord.) *La economía social y solidaria en un contexto de crisis de la civilización occidental,* México, Universidad Iberoamericana, 2019.

Sentencia Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero, citada por Arango Olaya, Mónica, El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, *Precedente Revista Jurídica*, Colombia, 2004.

Silva Sernaqué, Santos Alfonso, *Derechos humanos de los niños y adolescentes y la legislación internacional, Reflexiones entre el discurso de legalidad y la realidad*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, UNMSM-Fondo Editorial, 2005.

Torres, Miguel Agustín, La economía social y solidaria en los ordenamientos provinciales de Argentina, en: *Cooperativismo & Desarrollo*, vol. 27, núm. 1, Bogotá, pp. 1-27.

SITIOS WEB

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Diez años de medición de pobreza en México, avances y retos en política social, comunicado agosto de 2019, México, disponible en: *https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf*

Instituto Nacional de Estadística y Geografia "Empleo y ocupación, en: 2019 *https://www.inegi.org.mx/temas/empleo/*, consultado el 15 de marzo del 2020.

I*nstituto Nacional de Migración "medición de la pobreza"*; en: *https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/PublishingImages/Pobreza_2018/Cuadro_1_2008-2018.PNG*, consultado el 01 de agosto de 2019.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS CONTRATOS WRAPS[1]

Eduardo Calderón Marenco[2]
Jaime Elías Torres Buelvas[3]

SUMARIO: I. Introducción. II. De la autonomía de la voluntad en la contratación privada. III. Nuevos retos jurídico globales: el comercio y la contratación electrónica. IV. Los contratos wraps y la autonomía de la voluntad. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

RESUMEN

El Internet ha crecido a un nivel de importancia global casi de la noche a la mañana, esto ha sido producto de la mentada Globali-

[1] Resultado del proyecto de investigación "Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos Wraps". Investigador principal: Eduardo Andrés Calderón Marenco. Coinvestigadores: Tatiana González Rivera, Jaime Torres Buelvas y José Luis Iriarte. Proyecto adscrito a las líneas de investigación de los grupos de investigación: 1) CIFAD- Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa; 2) Cambio Mundial, Globalización y Desarrollo del Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y 3) Libertades comunitarias y Derecho Común de la Universidad Pública de Navarra. Financiado por Universidad Cooperativa de Colombia.

[2] Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Doctor en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA) y la Universidad Externado de Colombia mediante el programa de co-tutela y estudiante del programa posdoctoral de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de Zaragoza, España. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa (CIFAD).

[3] Abogado Universidad del Norte, Especialista en Droit International Privé Université Paris II Panthéon Assas, Master Affaires et Commerce International avec les Pays Émergents de la Université Paris XIII. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia (CIFAD).

zación, influyendo en todos los aspectos del individuo. Las nuevas tecnologías de la comunicación y la información (TIC´S) han causado una explosión de nuevos servicios y tipos de comercio innovadores, también ha cambiado los contornos del mercado, creando una economía conectada en la que cualquier persona con una computadora o un celular puede hacer negocios directamente con un fabricante de bienes en cualquier parte del mundo y en cualquier momento, proliferando nuevas maneras de contratación a través de los denominados contratos *Wraps*, sin embargo estos tipos contractuales han trastocado las teorías tradicionales del contrato, concretamente, la autonomía de la voluntad y con ella la expresión del consentimiento, dado que hoy en día, este tipo de contrataciones se dan, única y exclusivamente, con dar un click o navegando en una página web, sin mediar negociación de los términos contractuales, que por ser de adhesión en muchas ocasiones no se conocen. La contratación en masa a través de este tipo de contratos vulnera derechos humanos, como es la libertad que tiene el consumidor, cuando existen clausulas pre elaboradas que no permiten modificarse y por tanto los consumidores solo pueden aceptar, muchas veces desconociendo las conductas abusivas de los empresarios detrás de la redacción de las mismas. Por lo anterior, con el presente escrito se procurará esbozar la relación intrínseca que guardan los contratos *Wraps* y la autonomía de la voluntad contractual para develar las limitantes que presenta esta última cuando se expresa a través de portales web y su vínculo con la protección al consumidor electrónico.

Palabras claves: Autonomía de la voluntad / consentimiento / comercio electrónico / contratación electrónica / contratos Wraps.

I. INTRODUCCIÓN

La Globalización y las TIC's han puesto de manifiesto la necesidad de replantear las concepciones tradicionales del comercio, abriendo oportunidades a los medios electrónicos para ser instrumentos de desarrollo en esta materia. Con la proliferación del uso del Internet, esta actividad (comercio electrónico) ha despuntado en cada rincón del globo, las fronteras territoriales en el espacio cibernético han desaparecido, comprar en China desde Colombia, o viceversa, está al alcance de un click. Es así que, el acelerado incremento de relaciones que se hacen a través de medios electrónicos ha generado la necesidad de regular las nuevas situaciones vinculadas al comercio electrónico.

El contrato electrónico es el acuerdo de voluntades que tiene lugar por medios electrónicos, además, será electrónico cuando la aceptación es transportada en línea sin importar, por ejemplo, si las partes negociaron en presencia el uno del otro, o si la oferta fue enviada por correo ordinario. Es el encuentro de voluntades, que se sigue a la aceptación, lo que sitúa al contrato dentro de la categoría de contratos electrónicos[4], definitivamente, a partir de la definición anteriormente esbozada, lo único que cambia de la concepción tradicional es la forma que se manifiesta el consentimiento como parte de la autonomía de la voluntad, es así que, las negociaciones y tratativas previas continúan siendo fiel a esta autonomía de las partes, no obstante, esto se ve cuestionado en otras formas contractuales que han nacido en el seno de los portales webs, como son los *Click y Browse Wraps*, figuras contractuales propias del Derecho anglosajón.

El contrato *Click Wrap* se encuentra ubicado en sitios web en donde la parte a través de un click en un recuadro de Acepto, manifiesta su voluntad, sin oportunidad alguna de negociar los términos

[4] Fortich, Silvana, "Una nota sobre la formación del contrato electrónico", *Revista de Derecho Privado*, núm. 20, 2011, pp. 347- 357.

contractuales y en muchas ocasiones los desconoce, hasta que ha expresado su consentimiento. Por otra parte, los contratos *Browse Wrap* la manifestación del consentimiento se realiza de forma tácita, al navegar en una página de internet. Los términos y condiciones generalmente son conectados a una página web por medio de un hipervínculo.

Para nadie es extraño la afirmación en virtud de la cual, en materia de contratos, basta la declaración de voluntad, sin más, para perfeccionar el acuerdo, es decir, el consensualismo es la regla general. Sin embargo, dentro del comercio electrónico, al parecer, se asiste una especial atención floreciente a los contratos *Click y Browse Wraps*, toda vez, que la doctrina y legislación Latinoamérica es insipiente, lo que ha sido un detonante para esta investigación, siendo que la legislación colombiana en materia comercial, de protección al consumidor y contratación electrónica, carece de uniformidad y criterios de protección al usuario del comercio electrónico, que hoy en es resultado de la aludida contratación en masa.

Es así que, esta investigación pretende dar respuesta a la siguiente pregunta problemática: ¿Existen límites a la autonomía de la voluntad privada los contratos *Wraps y que a la vez vulneran el Derecho Humano de los consumidores*?, a la par del cuestionamiento principal se derivan otros cuestionamientos secundarios, tales como: ¿en qué momento se perfeccionan los contratos *Click y Browse Wraps*? ¿Será posible encontrar a la autonomía de la voluntad en este tipo de contratos? ¿Cómo se vulneran los derechos de las personas consumidoras? las interrogantes planteadas persiguen la finalidad de evidenciar las limitaciones legales que presentan las nuevas formas de contratación por Internet, los contratos *Click y Browse Wraps*, que restringen a la autonomía de la voluntad privada derivado de la intervención de los medios electrónicos en la formación básica de los contratos. Así, también se presentan problemas secundarios que tienden a cuestionar la validez del contrato electrónico, la oferta y la

aceptación a través de estos medios, sobre todo cuando se compara la formación del contrato tradicional, ya sea de manera oral o por documento físico, con la formación del contrato por medio electrónico.

Atendiendo que la presente investigación es teórica con enfoque cualitativo, el método a utilizar es analítico-sintético dado que se pretende dividir el objeto de estudio que gira alrededor del tema de investigación para posteriormente integrarlo en uno solo y dar respuesta a la complejidad de las nuevas formas contractuales a través de los portales webs como límites a la autonomía de la voluntad contractual; de igual forma se aplicará una metodología de orden teórico, por medio de la cual se realizara la recolección de datos, específicamente, documentos bibliográficos, jurisprudencia, legislaciones, principios generales del Derecho, etc., a través del fichaje y clasificación de la información; todo relacionado al tema para adoptar posiciones y crear nuevas tendencias entorno a la solución del problema en el Derecho positivo colombiano.

II. DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

1. *Talantes conceptuales*

Para despuntar este apartado se debe reflexionar sobre lo concertado por Rafael Domingo Osle (2009)[5], quien considera que todo ordenamiento jurídico (sea nacional, internacional, regional o global) debe ser identificado con la persona individual, pues la persona misma, y no la norma, es el origen del Derecho. Entonces, he aquí la regla de oro del Derecho global: *Ex Persona Ius Oritus*. Por tanto, no es necesario buscar una norma básica para la supervivencia del ordenamiento global distinta de la propia persona. Esto lleva a la premisa que, sin

[5] Domingo Osle, Rafael, *El Derecho global: génesis y evolución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 105.

Estado, hay Derecho, en cambio, sin personas, el Derecho no tiene posibilidad de existencia. De esta manera, en a la construcción del Derecho global, el número uno se identificaría con la persona, el dos con el Derecho (privado), que necesita al menos de dos personas, y el tres con la comunidad. Sin tanto rodeo, se deja claro que la autonomía de la voluntad es, en el Derecho del comercio internacional, la fuente por excelencia que crea derechos a partir de los intereses privados de las personas.

Es indiscutible que, existen fundamentos de la autonomía privada de la voluntad contractual que intentan precisar las razones que hacen comprensible y justificable que ciertos sectores de la vida social sean confiados a la voluntad de los sujetos para su autorregulación, y es que la autonomía privada sigue siendo una noción básica del Derecho que tiene apoyo en la realidad del individuo como portador y creador de normas, una justificación axiológica en la esfera de la libertad que todo ordenamiento jurídico debe dispensarle como tal. Sobre estos fundamentos se esgrime el aspecto subjetivo de la voluntad al que se le agregan como apoyo circunstancias objetivas, por ejemplo, puede sostenerse que el recurso al contrato, y al consecuente valor vinculante de la manifestación de voluntad, se muestra como el único vehículo idóneo para facilitar la dinámica de la circulación de bienes en las complejas economías actuales, tal como lo ilustra Carlos Hernández[6]. Es decir, la autonomía privada contractual no es justificable en el presente sino se toma en cuenta la visión en conjunto que deviene de la actuación en el mercado.

Para la doctrina moderna, es más un medio que un fin, es una vía y no un propósito, ya que lo que busca es la seguridad contractual, la previsibilidad de los resultados de la contratación, o sea, que las incidencias planteadas mediante el contrato puedan tener una ley

[6] Hernández, Carlos (Coord.), *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización,* 2005, Buenos Aires, La Ley, p. 45.

o Derecho aplicable al mismo[7], a fin de lograr la eficiencia económica, dado que, el contrato ha dejado de ser, en nuestros días, el punto de contacto de dos o más voluntades contrapuestas para convertirse, por fin, en un proyecto común para fines previamente concebidos y esperados.

Jaime Alberto Arrubla Paucar[8] discierne de mejor manera algunas ideas entorno a esta temática, en primer orden enuncia ciertas características de este principio de cara al orden contractual: a) Toda persona es libre de contratar o no contratar, es decir, de celebrar acuerdo de voluntad con otra persona. Nadie está obligado a lo uno o a lo otro, b) se considera el negocio jurídico como un acuerdo de voluntades, manifestación de la autonomía privada. Al negocio jurídico se le considera únicamente como un hecho jurídico, dejando aparte su aspecto normativo, c) con su actividad negocial, los individuos buscan unos determinados efectos jurídicos, dirigidos a regular sus propios intereses, d) una vez que los individuos deciden contratar, pueden crear los efectos que les parezca, con plena libertad, teniendo como únicas restricciones las del orden público y las buenas costumbres, e) solamente las partes son aptas para determinarse, para buscar los efectos de su actuación negocial, f) debe estarse más a la intensión de los contratantes que al tenor literal de las palabras utilizadas, g) si hay conflicto de legislaciones en el campo del Derecho Internacional Privado, las partes pueden escoger a cuál de ellas se someten. La autonomía de la voluntad es un poder originario y soberano de los individuos y dentro de sí misma estriba la razón de la validez del negocio jurídico, y h) la voluntad privada crea Derecho por sí misma; es fuente del Derecho por su propia fuerza y en consecuencia el contrato es una ley para los contratantes.

---

[7] Dávalos Fernández, Rodolfo, "La regulación jurídica del contrato internacional", *Revista Cubana de Derecho* (21), 2003, pp. 4-56.

[8] Arrubla Pacuar, Jaime Alberto, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 78, 1987, pp. 9–27.

Por ende, se trata de un Derecho individual inherente a la naturaleza humana no derivado de ninguna norma jurídica, en consecuencia, si falta la norma que autorice la libre elección, o alguna norma la prohíbe, las partes igualmente tienen Derecho a elegir y contratar por ser un Derecho innato del hombre como derivación del libre albedrío y de la propia naturaleza humana. Por ser anterior a la organización social, no puede ser cuestionado, pero si puede ser regulado y limitado por diversos factores que se esbozaran en el desarrollo de la investigación.

Para Emilo Betti,[9] quien comparte otra posición, la autonomía de la voluntad sirve únicamente como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte de un orden jurídico nacional que la registra, o bien, ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico, pero siempre enclavada a las normas jurídicas positivas que le dan validez, en otras palabras, la autonomía de la voluntad se manifiesta como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes ya se encuentran disciplinadas por normas jurídicas existentes, estas consideraciones no se comparten, siendo que hoy en día, su discusión seria estéril porque en la mayoría de ordenamientos se reconoce, probablemente solo se podría cuestionar el alcance del reconocimiento que realizan las normas dispositivas nacionales. Siguiendo esta tesitura, únicamente el orden jurídico interno permitiría atribuir a los particulares una competencia dispositiva y no una competencia normativa, se insiste que estas posturas no son acordes a esta investigación.

Ahora bien, tal como acontece con las diferentes disciplinas de las ciencias jurídicas, la evolución del ser humano en sociedad, ha cobrado especial relevancia a partir del fenómeno de la globalización,

[9] Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 80.

no dejando por fuera a la autonomía de la voluntad, concretamente, en contratos comerciales que hoy en día se celebran de manera electrónica.

III. NUEVOS RETOS JURÍDICO GLOBALES: EL COMERCIO Y LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Es menester indicar que el Derecho es una ciencia que se desenvuelve con el desarrollo de la Globalización; en definitiva, y apropiadamente, como acercamiento a la problemática jurídica planteada, la Globalización no es un simple proceso económico – político, sino que también es un verdadero proceso jurídico,[10] que reclama un fuerte papel en la transfiguración de los conceptos fundamentales más tradicionales, una revolución jurídica, por así decirlo. Para Gerardo José Ravassa Moreno,[11] el debilitamiento de la autoridad del Estado frente al auge de lo global y lo trasnacional con la decadencia del concepto tradicional de soberanía y, el resurgimiento de una fuerza inusitada en el principio de la autonomía de la voluntad, impulsa u obliga a una reconsideración general del tema jurídico. La Globalización jurídica ha comenzado por el intento de fusionar sistemas jurídicos muy diferentes y, en algunos sentidos, opuestos, verbigracia, el sistema angloamericano o sistema de *Common Law* y el sistema continental *(Civil Law)*.

En otras palabras, la Globalización trae consigo toda una insurrección en el mundo del Derecho, que conllevará a nuevas demandas y a la creación de nuevas instituciones donde éstas puedan solucionarse, y no solamente eso, se ha dicho también que la aparición de esta nueva era histórica, de carácter global, implica una quiebra de

[10] Sánchez Torres, Carlos Ariel, "Fuentes del Derecho en la Globalización", *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 33-44.

[11] Ravassa Moreno, Gerardo José, *Derecho Mercantil Internacional: principios y normas,* Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 55.

los supuestos del conocimiento: una ruptura epistemológica. Cambió el contexto mundial, se modificó la forma de pensar, de allí que el pensamiento lineal, secuencial, cartesiano, que tradicionalmente se ha usado para enfocar los problemas científicos, políticos y jurídicos no sirve para describirlos, analizarlos, ni mucho menos para actuar sobre el Derecho.[12]

El comercio electrónico, impulsado por la revolución del Internet, se expande aceleradamente y experimenta cambios radicales. Por sus características propias, Internet y el comercio electrónico se revelan como la innovación más prometedora de la Globalización tecnológica, económica y cultural entre las que el Estado no puede permanecer ajeno; todo ello, sin perjuicio de que las teorías de libre mercado estipulen que éste debe retrotraerse para permitir que sea el propio mercado quien controle el crecimiento, el empleo y la distribución del ingreso. Sin embargo, es un hecho confirmado que el mercado no es capaz de solucionarlo todo, por lo que el Estado debe proteger a sus ciudadanos y a sus intereses.[13] Su intervención es de primordial importancia ya que se prevé que la influencia de la presente revolución tecnológica tenga la misma trascendencia de las bifurcaciones neolítica e industrial.

Virginia Vega Clemente[14] postula que la Globalización fusiona al Derecho, casi a la perfección, como una de sus manifestaciones más contundentes del Siglo XXI, los adelantos tecnológicos, mismos que dan pie a nuevas formas de producción y manifestaciones jurídicas que involucran tanto el consumo de bienes, como el intercambio de los mismos a una velocidad sorprendente; se debe hablar entonces de la aparición de un Derecho globalizado que envuelve, un proceso

[12] *Ibídem,* p. 45.

[13] Sarra, Andrea Viviana, *Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet,* Buenos Aires, Astrea Editorial, 2000, p. 11.

[14] Vega Clemente, Virginia, "Derecho, revolución tecnológica y comercio electrónico", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 27, 2015, pp. 129–162.

sistémico y cibernético con diversas manifestaciones, que ha ido e irá evolucionando con las características del desarrollo que muestran los sistemas complejos.[15]

Es evidente que, en esta vorágine globalizadora, la contratación nacional e internacional cobra su parcela de actuación valiéndose de las nuevas tecnologías para mostrar de manera arrebatada el alcance que puede llegar a tener a través de los nuevos medios tecnológicos. No obstante, esto plantea nuevos problemas jurídicos, verbigracia, una manifestación de la voluntad simple no se puede considerar de igual forma que una manifestación de la voluntad que se comunica por medios electrónicos. La manifestación de la voluntad simple se comunica acústicamente o haciendo uso del medio material del papel. En cambio, la declaración de voluntad electrónica se comunica en un medio virtual que carece de una naturaleza material. Víctor Manuel Rojas Amandi[16] y Vega Clemente[17] concuerdan que el Derecho no puede permanecer extraño al cambio tecnológico, éste debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas del uso de las nuevas tecnologías de la información.

Para el vendedor o empresario, este traslado del escenario de venta, de la calle al ordenador, permite saber más acerca de los competidores gracias al aprendizaje organizativo, al tiempo que posibilita una mayúscula apertura de las oportunidades de negocio, toda vez que los potenciales clientes a los que ahora puede acceder se multiplican de manera extraordinaria, favoreciendo, asimismo, una mayor

[15] Grün, Ernesto. "La Globalización del Derecho y los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizados: Fenómenos sistémicos y cibernéticos", *Revista Jurídica Pielagus*, núm. 2, 2003, pp. 7–18.

[16] Rojas Amandi, Víctor Manuel, "El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica", *Revista de Derecho Privado*, núm.16, 2007, pp. 165-206.

[17] Vega Clemente, Virginia, "El comercio electrónico en el marco de la economía actual", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales,* núm. 28, 2016, pp. 217–238.

celeridad en el desarrollo de relaciones comerciales y el poder de competir en pie de igualdad con estructuras y organizaciones superiores en tamaño.

Para Harold Burman,[18] representa un umbral para la confianza de las partes comerciales en los medios electrónicos y constituyen una puerta de entrada para mejorar el acceso a los mercados y el comercio transfronterizo a través de redes informáticas. Es por esto que, al momento de hablar de compraventa de mercaderías, uno de los negocios jurídicos más utilizados en el tráfico de bienes tanto nacional e internacional, es necesario tomar en cuenta el torbellino que produce el fenómeno de la Globalización, y con ella todos los cambios que influyen directamente en los contratos y sus regulaciones. El desarrollo de la tecnología ha puesto su marca en el quehacer diario de compradores y vendedores, sobre todo en aquellos casos que la distancia lo amerita con el fin de acortarla para generar mayor seguridad, agilidad y precisión en los intercambios de bienes comerciales, de tal suerte que, los modificadores del Derecho, los hechos, vienen fragmentando las estructuras tradicionales del sistema contractual.[19]

La aparición de este comercio ha obligado a los juristas a replantearse un sin número de cuestiones en torno del comercio tradicional, es decir, buscar soluciones a problemas tales como la legalidad de las transacciones y contrataciones sin soporte de papel, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a la publicidad engañosa o no deseada, el fraude, los contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales, la inseguridad de las transacciones y medio de pagos electrónicos, la proliferación de protocolos de comercio electrónico incompatibles, el control de las contrataciones internacionales; esta problemática crea la necesidad

[18] Burman, Harold, "United Nations: Uncitral Model Law On Electronic Commerce", *International Legal Materials*, vol. 36, núm. 1, 1997, pp. 197–209.

[19] Tito Añamuro, John Alberto, "Hacia un modelo de armonización del derecho contractual latinoamericano", *Vniversitas*, núm. 126, 2013, pp. 239–267.

de impulsar un replanteamiento legislativo tanto nacional e internacional haciéndose valer los mecanismos del Derecho uniforme.[20]

El comercio electrónico es un poderoso concepto y proceso que ha cambiado fundamentalmente la corriente de la vida humana, es uno de los principales criterios de revolución de la tecnología de la información y la comunicación en el campo de la economía y el Derecho. Ciertamente, se puede afirmar que el comercio electrónico cancela muchas de las limitaciones de los negocios tradicionales. La existencia de mercados virtuales, pasajes y almacenes que no han ocupado ningún espacio físico, permitiendo el acceso y la circulación en estos mercados por un momento y en cualquier parte del mundo sin salir de casa ahora es posible.[21]

Virginia Vega Clemente[22] exterioriza que el término de comercio electrónico, abarca todos los aspectos de los procesos de mercado y empresa habilitados por Internet y las tecnologías *World Wide Web* (www, por las siglas en inglés) y otras redes telemáticas, engloba una amplia gama de actividades, algunas de ellas bien conocidas, la mayoría totalmente nuevas. Según la postura de Jaime Alberto Arrubla Paucar,[23] quien comprende que comercio electrónico es el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos, incluyendo texto, sonido e imagen, además lo posiciona como un sistema global que utilizando redes informáticas y en particular Internet permite crear un mercado electrónico (operado por computadora y a distancia) de todo tipo de productos, servicios, tecnologías y bienes, e incluye todas las operaciones necesarias para

[20] Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica y Scotti, Luciana, *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado,* Alemania, Editorial Académica Española, 2011, p. 15.

[21] Nanehkaran, Yaser Ahangari, "An Introduction to Electronic Commerce", *International Journal of Scientific & Technology Research*, vol. *2,* núm. 4, 2013, pp. 190-193.

[22] *Ibídem*, p. 29.

[23] Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles*, 3ra ed., Bogotá, Legis, 2013, p. 32.

concretar compras y ventas, negociaciones, información de referencia comercial, intercambio de documentos, acceso a la información de servicios de apoyo (aranceles, seguros, transporte, etc.). De esta manera, no solo se incluirían la compra y la venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para actividades anteriores o posteriores a la venta.

Por otro lado, se tiene que la contratación electrónica no es un término uniforme, se trata de un concepto extenso que comprende distintos fenómenos. Erick Rincón Cárdenas[24] agrega una definición, entendiéndola (contratación electrónica) como un proceso de formación de un contrato que involucra exclusivamente el uso de medios electrónicos, puede apreciarse que, esta definición está ligada a la forma de cómo se crea el contrato electrónico, y no al contenido del mismo, sin embargo, la práctica de este comercio, ha permitido, hoy en día el desarrollo de nuevas figuras jurídicas que son medianamente ajenas a las realidades legislativas como son los contratos *Wrap.*

IV. LOS CONTRATOS WRAPS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Roberto Sanromán Aranda,[25] destaca que el acelerado crecimiento de la tecnología y la masiva utilización del Internet ha traído la proliferación de los llamados contratos de adhesión y por consecuencia, mayor limitación a la autonomía de la voluntad, cuando se ve involucrada en la contratación en masa, concretamente, aquellos negocios jurídicos que se celebran a través de las páginas webs. Debe indicarse que los elementos de existencia del contrato son el consentimiento y el objeto, por lo que el consentimiento debe manifestarse de manera

[24] Rincón Cárdenas, Erick, *Contratación electrónica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 5.

[25] Sanromán Aranda, Roberto, "La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad", *Perfiles de Las Ciencias Sociales*, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 83–96.

libre y espontáneo, siendo un elemento fundamental en el contrato, lo que hoy en día se está cuestionando.

Sin duda alguna, la contratación electrónica ha promovido un mayor despliegue de la contratación en masa, y probablemente, lo que ha sucedido frente a este fenómeno sea una alteración de la teoría clásica del contrato, sin que se pueda decir que se ha desdibujado o extinguido. Lo que acontece es que se ha propendido por una agilización en la concertación de los contratos, de modo tal, que, sin suprimir el consentimiento, pueda alcanzarse muy rápidamente el acuerdo contractual, consiguiendo una reducción en los costos de transacción y potencializando la eficiencia de la contratación. Empero, esta innegable y evidente alteración de la forma en que se manifiestan las voluntades se separa de lo que venía entendiéndose dentro de la teoría del contrato, pero no por ello estos acuerdos dejan de ser un contrato. La voluntad de uno de las partes se presenta de una manera diferente a lo que solía ser hace años, no puede por ello negarse a estos actos jurídicos, la naturaleza contractual, pero es evidente que la autonomía de la voluntad se encuentra mayormente limitada.

Según Carlos Andrés Laguado Giraldo,[26] es irrefutable que las condiciones generales del contrato ahorran costos de transacción. También mediante estos negocios, los inversionistas pueden emprender proyectos de gran envergadura. Empero y desviado a su función genética dentro de las condiciones generales va inmersa una evidente desigualdad formal frente a las negociaciones precontractuales y la manera de manifestar la autonomía de la voluntad.

La problemática se agudiza frente a los nuevos tipos de contratos que se celebran a través de las páginas webs, conocidos como contratos *Wraps*, derivados tanto de la contratación en masa como

[26] Laguado Giralda, Carlos Andrés, "Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro*, vol. 19, núm. 32, 2010, pp. 231–251.

del comercio electrónico. Específicamente, pueden enunciarse a los *Click Wraps y Browse Wraps*; estas figuras jurídicas han irrumpido en la literatura estadounidense, convirtiéndose en una parte permanente del paisaje jurídico de la tierra del comercio electrónico.[27]

1. *Un acercamiento conceptual a los Contratos Wrasp*

Aislan Vargas Basilio (2010)[28] ilustra que los contratos *Wraps*, son el género de todas las nuevas formas de manifestación del consentimiento, se refieren a contratos adhesivos de todo tipo presentados en internet o con interferencia de un medio electrónico. Este tipo de contratos también son llamados *Web Wrap Agreement*, la definición de este concepto es utilizado comúnmente para abarcar varios contratos presentados en la web. Además, tienen la particularidad de que son exhibidos en diferente formato, esto es, su procedencia y el modo como se muestra ante el usuario que difiere de la forma tradicional.

Estos contratos son figuras análogas de los contratos por adhesión tradicionales, teniendo en cuenta que se configuran como términos y condiciones o condiciones generales del contrato y estas son predispuestas por el oferente como tradicionalmente se hace en varios contratos,[29] Así como se expresó anteriormente, el argumento más fuerte a favor es la eficiencia económica, no obstante, debe insistirse que la desventaja de este tipo de contratación es que se despliegan de forma ubicua, con pocas posibilidades de ser regulados

[27] Mik, Eliza Karolina, "The unimportance of being "electronic" or--popular misconceptions about "internet contracting", *International Journal of Law and Information Technology*, núm. 19, 2012, pp. 57–77.

[28] Vargas Basilio, Aislan, *Los contratos electrónicos y la web 3.0: La nueva realidad jurídica tecnológica,* México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2010, p. 65.

[29] Niño Velandia, Yanine Carolyn, *Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos*, 2017, https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4848/NiñoYanine2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

por normas tradicionales y sin ningún tipo de equilibrio contractual, particularmente, en lo atinente a la autonomía privada.

El contrato *Click Wrap* es la forma más común de contratar en Internet, se da por ser un tipo de contrato globalizado, es decir, los contratantes se pueden encontrar en cualquier parte del mundo y por esta razón es difícil determinar la jurisdicción, competencia y el Derecho aplicable en caso de controversia, son declaraciones de voluntad, realizadas, formadas y expresadas en la web, oprimiendo o dando click en el recuadro aceptar o estoy de acuerdo. En cambio, el contrato de *Browse Wrap,* a diferencia del contrato de *Click Wrap* es una de las formas más polémicas en la contratación por Internet, aun así, es una forma masiva de contratación en la web. La discusión se debe a que la manifestación del consentimiento se realiza de forma tácita, al navegar en una página de internet. La aceptación se da por el simple hecho que el navegante ingrese en el sitio e interactué con el mismo, posiblemente existiendo simplemente un registro previo de datos con el fin de aumentar el grado de certeza sobre quien contrata,[30] en otras palabras, no contienen un botón independiente y los términos suelen ser accesibles a través de un hipervínculo.

Definido ambos contratos, debe remarcarse que ellos se encuadran en las denominadas contrataciones en masa. Continuando con el planteamiento de la cuestión problemática en torno con este tipo de contrataciones, debe resaltarse nuevamente que un presupuesto del contrato liberal es la autonomía privada. Ella tiene como expresiones la libertad de contratar o libertad de conclusión y la libertad contractual o de configuración (aquella que me permite determinar el contenido y normatividad) terna de la relación jurídico contractual. Ambas libertades actúan en la realidad a través de lo que se conoce como la negociación contractual. La negociación es, precisamente, aquel mecanismo que permite a los interesados la progresiva autolimitación de su libertad y que tiene como culminación, a través del

[30] *Ídem.*

acuerdo, el carácter obligatorio del contrato.[31] El problema central de las distintas manifestaciones de la contratación en masa, entre ellas los contratos *Click y Browse Wraps*, es, precisamente, éste.

2. *El problema de la autonomía de la voluntad*

Jaime Alberto Arrubla Paucar[32] apunta que la autonomía de la voluntad se encuentra en crisis por la concentración del capital, la cual lleva a la estandarización de los contratos donde la formación de éstos por la vía de la adhesión, solamente dejan al particular la decisión de contratar o no, sin que haya lugar a discutir sus términos y pormenores.

En torno a la problemática principal giran otros aspectos secundarios, entre ellos, a la publicidad de los términos y condiciones, y es que, aunque la autonomía privada sea admisible en el contexto del comercio electrónico, se ve parcializada o modificada por los términos y condiciones de los contratos *Wraps* celebrados en la web, porque no es posible negociar, e inclusive, en muchas ocasiones, conocer previamente los términos sobre los que se está contratando. Para Juan Carlos Ferrer Guarín[33] esta libertad, salvo en muy pocos casos, es una libertad inexistente, además que, muchos de los argumentos que cuestionan la validez de los *Click y Browse Wraps* es dado que los términos estandarizados no estén inmediatamente disponibles.

Como expresión de la autonomía de la voluntad contractual se encuentra la manifestación del consentimiento como elemento necesario para la formación del contrato, declaración de voluntad por la que la persona a la que se ha hecho la propuesta da su conformidad a esta. La característica fundamental de la aceptación, es su efecti-

[31] Bullard, Alfredo, "Contratación en masa ¿contratación?", *Themis*, núm. 15, 1989, pp. 47–55.

[32] *op. cit.*

[33] Ferrer Guarín, Juan Carlos, "Autonomía de la voluntad en los contratos de consumo", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado,* núm. 2, 2014, pp. 1–38.

vidad, con la cual el contrato se perfecciona. La aceptación debe ser inequívoca, debiendo manifestarse en forma clara y sin que pueda inducir a confusión la voluntad de aceptar la oferta. En este tipo de contratos, al aceptante a diferencia del oferente, le basta con emitir una simple respuesta para entrar a formar parte del contrato, a menos que el oferente prescriba los términos en que la aceptación se ha de realizar.

Según María Inés Arias De Rincón (2002)[34] al igual que la oferta, la aceptación por medios electrónicos se considera perfectamente admisible, por lo general, no se exige ninguna formalidad específica para su manifestación, de forma tal que la aceptación puede ser expresada por medio de un mensaje de datos, en atención, también, al principio del Derecho de la contratación electrónica, de Equivalencia Funcional, o bien, pulsando un botón en una página web, no obstante, la complejidad radica que existe un intervalo de tiempo entre la oferta y la aceptación, además hay un alejamiento físico entre los contratantes que hace prácticamente imposible el conocimiento simultáneo del instante en que las declaraciones de voluntad se unen. La doctrina no posee una posición univoca y menos las legislaciones latinoamericanas frente a figuras jurídicas propias del Derecho anglosajón.

Este es uno de los puntos cardinales de análisis en que se centra la doctrina con respecto al surgimiento de estas nuevas formas de contratación, no obstante, es necesario realizar algunas precisiones entorno al caso colombiano. El artículo 864 del Código de Comercio colombiano[35] regula el tema de la oferta y la aceptación: "Contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrada en el lugar de residencia del proponente y en el

[34] Arias De Rincón, María Inés, "La formación y perfección del contrato por internet", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 29*,* núm. 1, 2002, pp. 111–126.

[35] Código de Comercio de Colombia, 1971, art. 864.

momento que reciba la aceptación de la propuesta. Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851".

Y, el artículo 845 determina que se entenderá que la oferta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario. De las normas precitadas puede inferirse que la norma comercial colombiana acoge la teoría de la recepción, es decir que el contrato se entiende perfecto desde que la aceptación llega al oferente, independientemente de que éste la conozca o no, dentro del término fijado por la norma comercial; sólo precisa que la aceptación llegue a poder del oferente, de modo que, en condiciones ordinarias, éste pueda conocer su contenido,[36] sin embargo, es cuestionable, dado que, el ordenamiento presume que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos correspondientes al tipo de oferta (expresa o tácita), por lo que aparentemente podría considerarse que el contrato se perfecciona en el momento en que el aceptante expide su declaración de voluntad, característica propia de la teoría de la expedición.

Siguiendo esta última teoría para los contratos *Click y Browse Wraps* con el hecho de clicklear o navegar en la página web se entenderá que se aceptaron los términos, se remitió la aceptación y fue recibida por el oferente, aunque no significa que fue conocida por este, y fue dada a conocer mediante un medio electrónico ¿qué acontece con la aceptación a través de medios electrónicos?, el artículo 14 de la Ley No. 527 de 1999[37] establece que los mensajes de datos son otro medio jurídicamente válido para manifestar la voluntad de las partes e impregna de certeza jurídica la celebración de contratos

[36] Arias De Rincón, María Inés, "Momento de perfección del contrato entre empresarios celebrado por medio de sitios Web", *Ius*, núm. 31, 2013, pp. 86–103.

[37] Ley No. 527, 1999, art. 14.

a través de las TIC's, pero no esclarece en qué términos debe considerarse como recibida la aceptación para que sea perfeccionado el contrato, especialmente, en los contratos *Wraps*.

Por otra parte, algunas legislaciones igualmente hacen la diferencia dependiendo del medio electrónico utilizado para determinar si se trata de un contrato celebrado entre ausentes o entre personas presentes. El Código Civil Federal mexicano,[38] en su artículo 1805 determina que se consideran celebrados entre presentes aquellos contratos cuando las partes se comunican a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de esta en forma inmediata. Por ejemplo, el chat, videoconferencia, llamadas telefónicas a través de Internet o video-llamadas, etc. A contrario *sensu*, si el medio electrónico utilizado no permite una comunicación en tiempo real, se estará frente a un contrato entre ausentes, el correo electrónico, o bien, las páginas webs.[39]

A todas luces, las reglas sustantivas que regulan el consentimiento en los contratos electrónicos no son claras, y mucho menos, para los contratos *Wraps*. Se intensifica la problemática cuando se analiza la Ley No. 1480 de 2011,[40] en su artículo 50 parágrafo tercero, la que manifiesta que la aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y prohíbe cualquier disposición en la cual se presuma la voluntad del comprador o que su silencio se considere consentimiento, entonces no sería posible la celebración de contratos *Browse Wrap* donde la manifestación del consentimiento es tácita.

[38] Código Civil Federal Mexicano, 1928, art. 1805

[39] Villalba Cuellar, Juan Carlos, "Contratos por medios electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales", *Prolegómenos -Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, 2008, pp. 85–108.

[40] Ley No. 1480, 2011, art. 50.

3. *¿Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos Wraps y vulneración a los Derechos de los consumidores?*

Para dar inicio a este apartado es necesario apuntar que el Internet es el primer medio en ofrecer la posibilidad de ejecutar completamente *on line* un vasto número de contratos de compraventa de bienes inmateriales y la prestación de servicios, y es donde cobran vida los contratos electrónicos y que se pueden clasificar igualmente en función de la fase precontractual, así lo comparten Lorena Catalina Novoa Bolívar y Jorge Jaramillo Vargas.[41] Conforme a esta clasificación, existen contratos por negociación, que contienen acuerdos preliminares y los contratos por adhesión, en los que el usuario se adhiere sin reparo a las estipulaciones del oferente, entre ellos se encuentran los contratos *Click Wrap y Browse Wrap,*[42] así como se manifestó en líneas anteriores.

Es así que, el contrato *Click Wrap* es un acuerdo realizado antes o en el momento de la compra en el sitio web, para formar el contrato el usuario hace un "clic" en un ícono que establece: Estoy de Acuerdo o Acepto. En palabras de Stephen Mason[43] (2016) y Dan Streeter,[44] presionando el icono "Acepto" para confirmar la intención de celebrar un contrato al comprar bienes o servicios electrónicamente es ahora un método muy popular para demostrar la intención.

---

[41] Novoa Bolívar, Lorena Catalina y Jaramillo Vargas, Jorge, "Comercio electrónico B2C: la protección de los consumidores en Colombia", *"e– Mercatoria"*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 1–17.

[42] Usma Espinel, Fidel Ernesto, "El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana", C*uadernos de la maestría en derecho*, núm. 5, 2016, pp. 287–330.

[43] Mason, Stephen, "The 'I Accept' and 'Wrap' Methods of Indicating Intent Book Title: Electronic Signatures in Law", *Electronic Signatures in Law*, London, Institute of Advanced Legal Studies, 2016, pp. 205-2014.

[44] Streeter, Dan, "Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses." *San Diego Law Review*, vol. 39, núm. 4, November-December 2002, pp. 1363-1394.

Ahora bien, el contrato de *Browse Wrap* se define como un conjunto de términos, presentados en un sitio web, que no invita a ninguna manifestación externa de consentimiento. El usuario se obliga por el solo hecho de visitar la página web o por existir un aviso o botón que invita al usuario a leer los términos y condiciones de la página web sin que sea necesario que la persona acepte explícitamente dichas reglas pinchando el botón de acepto.[45] Ambas figuras jurídicas son maneras de formar contratos con los visitantes de una página web.

El problema se centra en discutir la existencia y aplicación de la autonomía de la voluntad en estas formas contractuales, además, debido a la novedad que suponía la utilización de Internet para las relaciones jurídicas surgieron dudas acerca de la validez jurídica de los contratos electrónicos. Muchos autores se han cuestionado hasta qué punto el acto de cliquear un icono en la pantalla de un ordenador era suficiente para considerarlo una manifestación del consentimiento y, por lo tanto, suficiente para el perfeccionamiento del contrato.

En principio, la autonomía de la voluntad en materia contractual alcanza, también, a la forma del contrato. Las partes son libres de determinar la forma en la que quieren expresar su consentimiento. Por consiguiente, si el contrato establece que el cliqueo de un icono en la pantalla implica aceptación, su realización conllevará el perfeccionamiento del contrato.[46] Sin embargo, Edward Freeman[47] considera que el derecho contractual tiene muchas circunstancias en las que una firma no es el único método de aceptación de los térmi-

[45] Remolina Angaritam, Nelson, *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*, 2006, http://www.usembassy.org.uk/it71.htmli.

[46] López -Tarruella Martínez, Aurelio, "Las licencias de uso de bienes digitales: el difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios", *Revista Seqüência*, núm. 52, 2006, pp. 55–84.

[47] Freeman, Edward, "Webwrap and the law of contracts", *Information Systems Security*, vol. 8, núm. 2, 1999, pp. 14–20.

nos de un acuerdo, por lo que hoy en día la contratación electrónica obedece a las nuevas tendencias globales del Derecho que permiten la perfección de un contrato a través de páginas web con el simple hecho de clicklear acepto o navegar en un sitio web.

Este tipo de contratos se presenta a través de los denominados términos de uso o condiciones generales, que para Eliza Karolina Mik,[48] son una forma de autorregulación dentro de la contratación electrónica, no obstante, su naturaleza se asemeja a los contratos de adhesión, toda vez que las partes no participan en las etapas previas a la formación de estas condiciones, no obstante, aún es discutible si realmente forman un contrato, siendo que en muchas ocasiones son conocidas por los usuarios posteriormente a la manifestación del consentimiento,[49] o bien, si estas condiciones son vinculantes para los usuarios, al respecto se han encontrado posiciones profundamente controvertidas entre juristas.[50]

Por último, debe acotarse que este tipo de contratos se cataloga como contratación a distancia entre personas ausentes, siendo que existe un intervalo de tiempo entre la oferta y la aceptación, a diferencia de lo que ocurre con las contrataciones entre personas presentes en los cuales la manifestación del consentimiento se expresa de manera inmediata. Por otro lado, es evidentemente conocer con certeza el momento exacto en que se perfecciona un contrato (incluidos los que tienen lugar en la web), tiene una trascendencia de primer nivel. Para ello es necesario atender los diferentes tipos de teorías que acogen las legislaciones nacionales, teoría de la emisión,

[48] Mik, Eliza Karolina, "Terms of Use: Reflections on a Theme", *Singapore Management University School of Law Research*, núm. 28, 2014, pp. 1–16.

[49] Kunz, Chistian, "Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements", *The Business Lawyer*, vol. 59, núm. 1, 2003, 279–312.

[50] Che, Yeon- Koon y Choi, Albert, "Shrink-Wraps: Who Should Bear the Cost of Communicating Mass-Market Contract Terms?", *Virginia Law and Economics Research*, núm. (15), 2009, pp. 1–25.

declaración o manifestación; Teoría de la cognición, del conocimiento o de la información; Teoría de la expedición, remisión, comunicación o transmisión y Teoría de la recepción. La doctrina mayoritaria abogaba por la regla de la recepción, entendiendo perfeccionado el contrato cuando la aceptación llegaba al círculo de intereses del oferente,[51] en Colombia la legislación comercial, de comercio electrónico y de consumidor, no establecen las reglas claras frente a este tipo de situaciones, concretamente, frente a los contratos *Click Wrap y Browse Wrap.*

En otras latitudes del globo, las legislaciones nacionales han puesto en marcha cambios que propenden una mejor regulación al respecto de esta temática, mismas que serán objeto de estudio de esta investigación, no obstante, puede mencionarse un ejemplo de ellas, la chilena, la Ley No. 19496[52] en su art. 12 reza: "En los contratos celebrados por medios electrónicos, y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia, el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del mismo y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos. La sola visita del sitio de Internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor. Una vez perfeccionado el contrato, el proveedor estará obligado a enviar confirmación escrita del mismo. Ésta podrá ser enviada por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el

[51] Obregón Siegmund, Gabriela Natalia, "La perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, núm. 2, 2012, pp. 61-87.

[52] Ley No.19.496, 1997, art. 12.

que se le indicará previamente. Dicha confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato".

Iñigo De la Maza Gazmuri[53] expresa que la legislación chilena en materia del consumidor no resuelve en su totalidad la problemática que se observa en los contratos *Wraps*, no obstante, impone mayores cargas a los proveedores en el entorno web que permiten al consumidor tener una mayor certeza de los términos de contratación. Como colofón, se tiene que los contratos *Wraps* son una forma de contratar novedosa derivados del auge del comercio electrónico y su despliegue a través de los sitios web, que han ocasionado discusiones doctrinales sobre los límites que imponen a la autonomía de la voluntad, y alrededor de esta la expresión del consentimiento.

Ahora bien, en el caso colombiano la capacidad del legislador para dar respuesta desde el Derecho frente a las dinámicas de esa nueva economía, al igual que en el resto de Latinoamérica ha sido lenta, no obstante lo anterior, el mandato emitido por el constituyente de que las autoridades de la República protejan los derechos de los consumidores frente a los posibles abusos del mercado ha constituido la principal fuente de construcción de un marco jurídico a partir del cual se intenta regular las relaciones contractuales que derivan de la actividad del comercio electrónico, todos ellas vertidas en el derecho de los consumidores.

Con una clara inspiración francesa como señalan Fortich[54] desde el denominado *Droit de la consummatión* (Derecho del consumidor), el constituyente asignó la misión al propio Estado colombiano de intervenir las relaciones jurídicas particulares cuando ellas podrían poner en peligro los derechos colectivos, de esta forma el artículo 78 de la Constitución política de 1991 estableció no solo la posibilidad

[53] De la Maza Gazmuri, Iñigo, "Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos", *Revista de Derecho*, vol. XXII, núm. 2, 2009, pp. 75–95.

[54] Fortich, Silvana. *Formalismo Contemporáneo y Protección del Consentimiento contractual*. 2018. Universidad Externado de Colombia.

de que la ley "*regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización",*[55] sino que también reconoció a los consumidores como sujetos con rango de protección constitucional. A partir de lo anterior las altas cortes colombianas a través de sus fallos y en particular los de la Corte constitucional y del Concejo de Estado han obligado al ejecutivo nacional no solo a desarrollar un Nuevo estatuto del consumidor -NEC-, sino también a dotar a un ente administrativo como la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC, de mayores facultades para intervenir las relaciones contractuales entre empresarios, productores o fabricantes y los consumidores, siempre en defensa de estos últimos.[56]

En Colombia existe un vacío legislativo en lo que concierne a los denominados contratos Wraps trátese de los Click Wrap o Brose Wrap que son objeto de esta investigación. Pese a lo anterior algunos doctrinantes como García-Salazar[57] y Usma[58] han planteado a partir de un análisis comparado desde el derecho anglosajón y en particular el Estadounidense, con las disposiciones que contiene el Estatuto del Consumidor así como los resoluciones y otras disposiciones emanadas de la SIC, es posible trazar una ruta a partir de la cual se pueda hacer interpretación de las relaciones contractuales desde estas dos modalidades de contratos Wrap. Para hacer esto, algunos autores hacen análisis de la teoría de la oferta electrónica

[55] Colombia, Constitución Política 1991.

[56] Plata López, Luis y Monsalve Caballero, Vladimir. "La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 201". Revista Facultad de derecho y ciencias políticas, 2014, 44, (120), pp.17-46.

[57] García Salazar, Luisa. El Consumidor en el marco del comercio electrónico colombiano. *Derecho del Consumo Tras un Lustro del Estatuto del Consumidor,* 2016, (7), pp. 191-210. Temis. Bogotá.

[58] Usma Espinel, Fidel. El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana. Cuadernos de la maestría en derecho, 2016, (5), pp. 287-310.

y la teoría de la formación del consentimiento en una perspectiva diferente a la que establece el código mercantil colombiano, orientándola a partir de los principios de protección de la "parte débil del contrato", que incorpora el nuevo estatuto del consumidor, los cuales imponen mayores deberes a la contraparte del consumidor en la relación contractual para que dicho contrato pueda entenderse como legítimamente perfeccionado.

El Estatuto del Consumidor colombiano incorpora la noción de oferta electrónica cuando es hecha a través de internet o aplicaciones que se apoyan en la web, sin embargo a diferencia de lo establecido en el artículo 847 del estatuto mercantil, para que esta se entienda que hace valido el consentimiento de ambas partes en el contrato debe garantizar que esta brinda una información "completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan"; a partir de aquí será obligación de todo oferente- llámese productor, productor o empresario, el cumplir con los términos de la oferta que ha hecho al consumidor. Partiendo de lo anterior se tendría que, si el oferente envía una oferta a persona indeterminada y entonces el comprador ingresa a la página web, completa la información requerida, acepta las condiciones y otorga el consentimiento para la adquisición del bien o del servicio surgirá la obligación para el oferente, sin embargo, esto aún no hace por si sola definitiva e irrevocable la aceptación del comprador si el contrato es de consumo como se verá.

Los contratos Wraps se ubican dentro de los denominados contratos B2C (Bussines to Consummer), los cuales como vimos suelen ser típicamente de adhesión en la que existe mayor asimetría de poder contractual entre las partes. Con el propósito de disminuir esa desigualdad, el artículo 50 del EC estableció que para que se entendiera perfeccionado el consentimiento dentro de un contrato electrónico este debe contar con 4 elementos fundamentales: 1) Debe ser expreso, inequívoco y verificable, 2) Incorporar el derecho de re-

tracto, 3) No se admite presunción de la voluntad del consumidor y 4) El silencio no se considera consentimiento. Se entiende que el consentimiento es expreso cuando el aceptante exterioriza su voluntad mediante un Click, transmitiéndose la aceptación a través de comandos informáticos.[59] Por otro lado, la oferta debe ser tan clara y precisa, que esta permita que la aceptación sea resultado de una información inequívoca. Asegurarse que la información sea veraz, comprensible y completa es parte de los derechos que el estatuto quiere asegurar a los consumidores tanto en la etapa precontractual como en la contractual como señala García Salazar. El referido artículo también exige que el oferente deba mantener un respaldo electrónico respecto de la transacción adelantada, como identidad del consumidor, voluntad expresa de contratar del consumidor, forma en que se realizó el pago, entrega real y efectiva de los bienes o servicios adquiridos.

Por otro lado, el Derecho de retracto tiene fundamento en el hecho de que el consumidor adquiere una obligación sin la posibilidad de un contacto físico con el producto. Por lo anterior este tiene la oportunidad de mantener el negocio o arrepentirse.[60] En cuanto a la aceptación presunta o tácita, puede señalarse que, aunque esta es regulada por el estatuto mercantil colombiano, la misma está proscrita por el nuevo estatuto del consumidor. En cuanto al silencio, el mismo no se encuentra consagrado en el nuevo estatuto del consumidor, así que la no acción de un consumidor no puede considerarse como aceptación.

Aun cuando el Estatuto del consumidor no hace una específica referencia a los contratos Click Wrap o Brose Wrap en su texto, la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio y la normatividad emanada del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en

[59] Vega. Vega, Jose. Mercado digital único y consumidores. *Revista de estudios económicos y empresariales*, 2015, (27), pp 87-116

[60] Usma Espinel, Fidel. Op cit.

materia de protección al consumidor han hecho emerger un cuerpo de medidas protectoras de los derechos de los consumidores en los contratos electrónicos, todas ellas inspiradas bajo el principio *"interpretatio pro consumatore"* consagrada en el artículo 34 del EC, los cuales se han enfocado en conminar a que el empresario suministre al consumidor toda la información concerniente a la Transacción comercial.

La SIC ha determinado en diferentes resoluciones y decisiones que si en la transacción comercial el consumidor debe firmar un contrato de adhesión, este debe estar publicado en el mismo medio electrónico, de tal forma que sea fácilmente accesible y disponible para la consulta, impresión y descarga, así no se haya expresado la voluntad de contratar.[61] Es un imperativo que dicho contrato respete todas las reglas establecidas en el mismo Estatuto del Consumidor para ser válido, y así mismo evitar cláusulas que sean consideradas como abusivas.

Finalmente, es preciso señalar, que si bien aún falta desarrollo normativo en la materia de los contratos Wraps en el Derecho positivo colombiano, se han realizado ya avances importantes en la materia desde el derecho del consumidor y en particular a partir de la construcción doctrinal de lo que podría denominarse "contrato del consumo electrónico", realizado por los tribunales colombianos y principalmente los entes encargados de la vigilancia y control de los derechos de los consumidores como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin duda, una participación más activa de la academia junto con los grupos de defensa de los consumidores, puede lograr darle impulso legislativo al desarrollo de una normatividad aún más profunda sobre este tema, que permita garantizar la seguridad jurídica a las cada vez más profusa y dinámica actividad contractual que se origina en una economía y mercados globalizados.

[61] Colombia, Superintendencia de industria y comercio-SIC. Resolución 616 de 2017

V. CONCLUSIONES

Los contratos Click y Browse Wrap ya juegan un papel central en las licencias de mercado masivo. La tecnología de la información ha hecho que los contratos celebrados por el público en general sean más sofisticados, pero no hay razón para creer que el Derecho debe permanecer ajeno a estos nuevos acontecimientos tecnológicos. Por ello esta investigación tomó en cuenta las discusiones previas de algunas investigaciones, es así que fue posible verificar que la relación entre autonomía de la voluntad y contratos *Wraps*, genera altas polémicas frente a la libertad y seguridad contractual, más aún cuando las legislaciones nacionales se mantienen insipientes frente a estas nuevas realidades.

El derecho contractual tradicional tiene muchas circunstancias en las que una firma no es el único método de aceptación de los términos de un contrato. Una aceptación es un acto voluntario del destinatario por el cual ejerce el poder que le confiere la oferta y, por lo tanto, crea el conjunto de relaciones legales llamadas contrato, no obstante, para que se considere perfeccionado un contrato deberá existir una expresión de consentimiento, como parte de la voluntad autónoma de las partes.

En términos generales, la teoría clásica del contrato, otorga a la autonomía de las partes para configurar su propio Derecho dispositivo, derivado de las necesidades de ambas, a lo que hoy se conoce como capacidad de negociación. Con ello, las partes, libremente, pueden decidir si contratar o no, sin embargo, el dinamismo del comercio y el consumo ha justificado la eficiencia de usos de contratos de adhesión como resultado de una contratación en masa, tal como son los contratos *Wraps* (Click y Browse), celebrados a través de sitios weps.

En este tipo de contratos una de las partes tiene como objetivo imponer condiciones de uso o venta a otra parte donde un visitante demuestra su consentimiento mediante el uso de la página web, ya

sea navegando o dando click al recuadro Aceptar, las negociaciones de los términos son completamente nulas, y en otras ocasiones los términos de contratación no son accesibles a las partes, dado que, están colocados en hipervínculos en la parte inferior de la página que no ha sido visualizado por la parte contratante.

Si bien es cierto, el mensaje de datos, es la forma de plasmar el principio de equivalencia funcional, este reviste de gran importancia, porque es la piedra angular de las transacciones a través del comercio electrónico, debido a que da prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes, sobre todo cuando es por otro medios electrónicos diferentes a las páginas web, tales como correos, toda vez, que lo cuestionado se enmarca en la negociación y conocimiento de los términos de los contratos *Wraps*, así como el perfeccionamiento de los mismo, ya que no existe una teoría ni legislación uniforme que reconozca el momento en que un contrato *Wrap* quede perfeccionado.

Tal como acontece con la legislación colombiana, se necesita unificar las particularidades de la oferta que se presenta por medios electrónicos, como la revocación y el momento de perfección del contrato. Los contratos *Wraps*, son generalmente contratos de adhesión y se determina, si es un contrato entre ausentes o entre presentes de acuerdo como se manifiesta la oferta y se cómo se dé su aceptación, y eso no es claro dentro de la legislación nacional, concretamente, el Código de Comercio colombiano.

En Internet se hace necesario la claridad conceptual entre la invitación a ofrecer, que es de carácter publicitario y no es de contenido vinculante y las ofertas electrónicas que sí son de carácter vinculante. El consentimiento es uno de los requisitos esenciales, que más ha sufrido cambios con la interferencia del medio electrónico, debido a que la tecnología ha creado nuevas formas para expresar el consentimiento, como lo son contratos *Wraps*, en suma, es notable las limitantes que presenta la autonomía de la voluntad en estos nuevos

tipos contractuales y las legislaciones todavía son ajenas a esta problemática.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS DE RINCÓN, María Inés, "La formación y perfección del contrato por internet", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 29*,* núm. 1, 2002, pp. 111–126.

ARIAS DE RINCÓN, María Inés, "Momento de perfección del contrato entre empresarios celebrado por medio de sitios Web", *Ius*, núm. 31, 2013, pp. 86–103.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, "La autonomía de la voluntad y derecho comercial", *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 78, 1987, pp. 9–27.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles*, 3ra ed., Bogotá, Legis, 2013, p. 32.

BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 80.

BULLARD, Alfredo, "Contratación en masa ¿contratación?", *Themis*, núm. 15, 1989, pp. 47–55.

BURMAN, Harold, "United Nations: Uncitral Model Law On Electronic Commerce", *International Legal Materials*, vol. 36*,* núm. 1, 1997, pp. 197–209.

CHE, Yeon- Koon y Choi, Albert, "Shrink-Wraps: Who Should Bear the Cost of Communicating Mass-Market Contract Terms?", *Virginia Law and Economics Research*, núm. (15), 2009, pp. 1–25.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL MEXICANO, 1928, art. 1805

CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA, 1971, art. 864.

COLOMBIA, Constitución Política 1991.

COLOMBIA, Superintendencia de industria y comercio-SIC. Resolución 616 de 2017

DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo, "La regulación jurídica del contrato internacional", *Revista Cubana de Derecho* (21), 2003, pp. 4-56.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, "Ofertas sujetas a reserva: A propósito de los términos y condiciones en los contratos celebrados por medios electrónicos", *Revista de Derecho*, vol. XXII, núm. 2, 2009, pp. 75–95.

DOMINGO OSLE, Rafael, *El Derecho global: génesis y evolución*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 105.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, Rodríguez, Mónica y Scotti, Luciana, *Contratación Electrónica Internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado,* Alemania, Editorial Académica Española, 2011, p. 15.

FERRER GUARÍN, Juan Carlos, "Autonomía de la voluntad en los contratos de consumo", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado,* núm. 2, 2014, pp. 1–38.

FORTICH, SILVANA, "Una nota sobre la formación del contrato electrónico", *Revista de Derecho Privado*, núm. 20, 2011, pp. 347- 357.

FORTICH, SILVANA. *Formalismo Contemporáneo y Protección del Consentimiento contractual*. 2018. Universidad Externado de Colombia.

FREEMAN, Edward, "Webwrap and the law of contracts", *Information Systems Security*, vol. 8, núm. 2, 1999, pp. 14–20.

GARCÍA SALAZAR, Luisa. El Consumidor en el marco del comercio electrónico colombiano. *Derecho del Consumo Tras un Lustro del Estatuto del Consumidor,* 2016, (7), pp. 191-210. Temis. Bogotá.

GRÜN, Ernesto. "La Globalización del Derecho y los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizados: Fenómenos sistémicos y cibernéticos", *Revista Jurídica Pielagus*, núm. 2, 2003, pp. 7–18.

HERNÁNDEZ, Carlos (Coord.), *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización,* 2005, Buenos Aires, La Ley, p. 45.

KUNZ, Chistian, "Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements", *The Business Lawyer*, vol. 59, núm. 1, 2003, 279–312.

LAGUADO GIRALDA, Carlos Andrés, "Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguro*, vol. 19, núm. 32, 2010, pp. 231–251.

LEY No. 1480, 2011, art. 50.

LEY No. 527, 1999, art. 14.

LEY No.19.496, 1997, art. 12.

LÓPEZ -TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio, "Las licencias de uso de bienes digitales: el díficil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y los usuarios", *Revista Seqüência*, núm. 52, 2006, pp. 55–84.

MASON, Stephen, "The 'I Accept' and 'Wrap' Methods of Indicating Intent Book Title: Electronic Signatures in Law", *Electronic Signatures in Law*, London, Institute of Advanced Legal Studies, 2016, pp. 205-2014.

MIK, Eliza Karolina, "Terms of Use: Reflections on a Theme", *Singapore Management University School of Law Research*, núm. 28, 2014, pp. 1–16.

NANEHKARAN, Yaser Ahangari, "An Introduction to Electronic Commerce", *International Journal of Scientific & Technology Research*, vol. *2,* núm. 4, 2013, pp. 190-193.

NIÑO VELANDIA, Yanine Carolyn, *Wrap contracts: Manifestación de la voluntad por medios electrónicos*, 2017, https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4848/NiñoYanine2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

NOVOA BOLÍVAR, Lorena Catalina y Jaramillo Vargas, Jorge, "Comercio electrónico B2C: la protección de los consumidores en Colombia", *"e– Mercatoria"*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 1–17.

OBREGÓN SIEGMUND, Gabriela Natalia, "La perfección del contrato en Internet según el ordenamiento jurídico español. Especial referencia al caso de las páginas web", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 3, núm. 2, 2012, pp. 61-87.

PLATA LÓPEZ, Luis y Monsalve Caballero, Vladimir. "La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección a los consumidores (NEC) ley 1480 de 201". Revista Facultad de derecho y ciencias políticas, 2014, 44, (120), pp.17-46.

RAVASSA MORENO, Gerardo José, *Derecho Mercantil Internacional: principios y normas,* Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 55.

REMOLINA ANGARITAM, Nelson, *Aspectos legales del comercio electrónico, la contratación y la empresa electrónica*, 2006, http://www.usembassy.org.uk/it71.htmli.

RINCÓN CÁRDENAS, Erick, *Contratación electrónica*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 5.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, "El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica", *Revista de Derecho Privado*, núm.16, 2007, pp. 165-206.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, "Fuentes del Derecho en la Globalización", *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 33-44.

SANROMÁN ARANDA, Roberto, "La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad", *Perfiles de Las Ciencias Sociales*, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 83–96.

SARRA, Andrea Viviana, *Comercio electrónico y derecho: aspectos jurídicos de los negocios en Internet,* Buenos Aires, Astrea Editorial, 2000, p. 11.

STREETER, Dan, "Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses." *San Diego Law Review*, vol. 39, núm. 4, November-December 2002, pp. 1363-1394.

TITO AÑAMURO, John Alberto, "Hacia un modelo de armonización del derecho contractual latinoamericano", *Vniversitas*, núm. 126, 2013, pp. 239–267.

USMA ESPINEL, Fidel Ernesto, "El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana", C*uadernos de la maestría en derecho*, núm. 5, 2016, pp. 287–330.

VARGAS BASILIO, Aislan, *Los contratos electrónicos y la web 3.0: La nueva realidad jurídica tecnológica,* México, Universidad Iberoamericana Puebla, 2010, p. 65.

VEGA CLEMENTE, Virginia, "Derecho, revolución tecnológica y comercio electrónico", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, núm. 27, 2015, pp. 129–162.

VEGA CLEMENTE, Virginia, "El comercio electrónico en el marco de la economía actual", *Revista de Estudios Económicos y Empresariales,* núm. 28, 2016, pp. 217–238.

VEGA VEGA, José. Mercado digital único y consumidores. *Revista de estudios económicos y empresariales*, 2015, (27), pp 87-116

VILLALBA CUELLAR, Juan Carlos, "Contratos por medios electrónicos. Aspectos sustanciales y procesales", *Prolegómenos -Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, 2008, pp. 85–108.

LA EDUCACIÓN EN MÉXICO DURANTE LA PANDEMIA, REFLEXIONES DESDE LA BANCA

Héctor Alejandro Ramírez Medina[1*]

Para Adriana, por devolverme mi libertad.

"La educación es fundamental para la felicidad social,
es el principio en el que descansan la felicidad
y el engrandecimiento de los pueblos."
Benito Juárez

SUMARIO: I. Introducción; II. La Educación en México durante la pandemia; III. Reflexiones desde la banca; IV. Consideraciones y Recomendaciones; V. Fuentes de Información

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se busca revisar en primer orden un breve recorrido por la historia de cómo es que la educación ha llegado a convertirse en un Derecho Humano, teniendo que ser garantizado por el Estado y cómo es que la educación ha evolucionado normativamente en México.

Primero se analizará el concepto del gasto de la republica como fuente de financiamiento de la educación y como llegó a sentar base en el Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

---

[1] Economista por la UNAM, académico, columnista y articulista. Enlace Administrativo de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho. Director General de la Revista Coyuntura Económica. Miembro de la Red Nacional de Jóvenes Investigadores del SIJ de la UNAM. Secretario Académico del Colegio de Economistas Metropolitanos de la CDMX. Contacto <ale.rmz_medina@hotmail.com.>

Posteriormente analizaremos el camino que siguieron algunas instituciones y autoridades educativas para poder continuar la instrucción pública pese a las instrucciones sanitarias de resguardo en casa mientras se estaba haciendo frente a la pandemia.

Lo anterior nos permitirá llegar a las conclusiones y recomendaciones en las que destacamos hacer un análisis de casos se puede aplicar la educación a distancia y en cuáles no.

II. LA EDUCACIÓN EN MÉXICO DURANTE LA PANDEMIA

Uno de los temas más polémicos a la hora del debate público y privado, de las campañas político – electorales, desde las presidenciales, hasta las de las diputaciones locales, de las diferentes administraciones de gobierno, es: la educación.

Desde tiempos muy antiguos es un tema que ha sido estudiado y evolucionado desde diferentes aristas en cuanto a los contenidos que deben impartirse, el volverlo un derecho humano y en cada país hacerlo fundamental como eje del desarrollo y garantizarlo, entre otros, en el terreno económico una de las primeras interrogantes la formulo Sir Adam Smith y versa acerca de ¿quién debe costear el acceso a la educación?

El mismo Smith en su obra insignia, Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, responde en su Libro V, Capítulo I, Parte III, Artículo II intitulado De los gastos correspondientes a las instituciones destinadas a la educación de la juventud, en el cual refiere que dentro de los, en ese momento, reducidos gastos de obras públicas que emanan de los ingresos del soberano o de la república esta precisamente el destinado a la educación de la juventud mediante el poder ejecutivo.[2]

[2] Smith, Adam; *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, Libro V De los Ingresos del Soberano o de la República, FCE, México 2010, pág. 671.*

Siguiendo esta idea, no es difícil comprender la facilidad con que se convirtió en un derecho humano fundamental asentado en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que a la letra dice

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.[3]

Hay que recordar que la adhesión de cada país firmante y posterior ratificación por su parlamento o congreso, obliga al suscriptor a tutelar el cumplimiento de este derecho.

En el caso de México el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la primera constitución social, incluso previa a la tan famosa y alabada constitución de Weimar, esa Carta Magna que sentaba los indicios de un incipiente

[3] Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, diciembre de 1948.

Estado Benefactor[4] en su artículo 3 sentó las bases de una educación laica, gratuita y obligatoria, así como garantizada y proporcionada por el Estado, incluso su reforma del 13 de diciembre de 1936 que le asignaba el calificativo de socialista, y la de 1946 en que se abre la puerta a planes y programas de particulares con validez y reconocimiento oficial.[5]

En ese orden de ideas entendemos que en México la educación es un Derecho Humano que el Estado debe garantizar a nivel universal de la población, en este caso mediante las participaciones federales, etiquetado año con año en el Presupuesto de Egresos de la Federación, debe ser laica, gratuita y obligatoria.

Sin embargo, no debemos olvidar que la Educación ha evolucionado junto con la humanidad y debe adaptarse al progreso, especialmente al tecnológico que, la mayoría de las veces busca un mayor desarrollo y mejor alcance de la población objetivo, en este caso mediante las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's), especialmente en un mundo donde lo jóvenes son demasiado aptos con las aplicación y aparatos móviles de todos niveles y tamaños.

III. REFLEXIONES DESDE LA BANCA

No obstante, la prueba de fuego llegó, y se va a reprobar; en enero de 2020 se gestaba la gran pandemia del siglo XXI, la cual como medida de prevención llevaría a toda la población al confinamiento en sus casas, para evitar el contagio masivo.

Ese confinamiento voluntario o involuntario llevó a la difícil tarea de repensar la enseñanza en sus diferentes niveles, desde la

[4] Véase Ibarra, David, *Derechos Humanos y Realidades Sociales, Facultad de Economía UNAM, México, 2007.*

[5] Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1o. de junio de 2009. Págs... 98 – 100. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf

garantizada por el Estado mediante la Federación, la privada de básica a superior y de las universidades que gozan de autonomía federal o estatal, pero finalmente con libertad de cátedra y de hacer las modificaciones pertinentes a sus calendarios.

En ese sentido la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), la Secretaría de Educación Pública (SEP) y todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno – Federal, Estatal y Municipal – mandaron a sus alumnos a resguardarse en casa desde finales de marzo para garantizar, en medida lo posible, la salud de profesores y alumnos; con el reto de continuar la educación desde casa.

En la UNAM, por ejemplo, pese a que se cuenta con el Sistema de Educación a Distancia para lograr llegar a un mayor número de ciudadanos, se demostró que de los que forman parte del sistema educativo presencial no se estaba preparado para iniciar un trabajo en línea, en parte por la edad avanzada en promedio de su planta docente y en parte debido a que la mayoría de sus profesores se dedican a otras actividades diferentes a parte de la docencia.[6]

En cuanto a los alumnos de educación básica – prescolar, primaria y secundaria – el reto fue aún mayor, para ellos la SEP sacó el programa Aprende en Casa, el cual era por medio de Televisión e Internet, donde se tenía que mandar evidencia, entrar a una página y resolver ejercicios, entre otras actividades. Este programa trajo consigo ciertas complicaciones para su aplicación y cumplimiento.

Lamentablemente en ambas estrategias, se pasó por alto que México junto con sus pares en la región latinoamericana, tiene los más altos índices de desigualdad[7], en la distribución del ingreso, en las oportunidades de desarrollo personal[8], en educación donde hay uno de los mayores avances en cuanto a la penetración de la edu-

[6] Véase Informe Anual del Personal Académico de la UNAM 2017 en https://dgapa.unam.mx/images/estadistica/anuario_estadistica_dgapa_2017.pdf

[7] Véase CEPAL, *Cambio Estructural para la Igualdad, Chile, 2012.*

[8] Véase CEPAL, *La ineficiencia de la desigualdad, Chile, 2018.*

cación, pero también uno de los mayores rezagos en el tema de la profundización escolar[9], entre otros.

Retomando la desigualdad de la distribución del ingreso, nos encontramos en un panorama desalentador por la desigualdad de las condiciones en que los alumnos acuden a la escuela, lo que se reprodujo con la enseñanza a distancia ya que muchos alumnos en zonas marginadas, rurales y urbanas de los suburbios no cuentan con acceso a internet, un ordenador en casa o en algunos casos ni con televisor. ¿Cómo se pretendía entonces lograr un avance significativo y "parejo" en la educación básica que garantiza el estado? Cuando hay hogares en los cuales los padres son analfabetas y/o su grado de estudios es insuficiente para apoyar en la resolución de dudas de sus hijos respecto del material difundido.

Si traspasamos este escenario a la vida universitaria, en la UNAM el panorama no cambia mucho pues al menos 4 de cada 10 jóvenes son la primera generación universitaria en su familia, muchos son foráneos que llegan a la gran ciudad con el mayor de los sacrificios de sus familias y al tener que regresar a sus lugares de origen no tienen las herramientas indispensables para lograr tomar clases virtuales.

Por el lado de los profesores en general el tener que adaptarse de la noche a la mañana a una nueva forma de impartir clases es pedagógicamente imposible, sobre todo para los de mayor edad. El tener que adaptar una parte de su intimidad en su hogar para poder transmitir a falta de un estudio, es algo que rebasa las fronteras del trabajo e invade la esfera personal.

[9] En el documento Perspectivas Económicas de América Latina 2017, Juventud, Competencias y Empoderamiento, la OCDE revela que aproximadamente un tercio de la población joven abandona sus estudios entre el nivel medio superior y superior.

IV. CONSIDERACIONES Y RECOMENDACIONES

En este sentido podemos concluir que México y América Latina no estaban preparados a nivel estructural, personal y académicamente para enfrentar la pandemia y continuar con la impartición de la educación. Hace falta mucho para lograr las condiciones de igualdad mínimas requeridas para poder repensar la educación desde casa y eso incluye políticas públicas de salarios mínimos con incrementos reales por arriba de la inflación, retomar estrategias como México Conectado y una gran campaña de alfabetización de tal forma que los padres de familia en general estemos en condiciones de aportar apoyo de calidad en el proceso de enseñanza-aprendizaje de nuestros niños y jóvenes.

Por supuesto que hay que apoyarnos en las TIC's, pero con estudios adecuados, a las edades que corresponden, un niño obviamente necesita más el juego con sus compañeros que armar varias veces el mismo rompecabezas como parte de una tarea, hay que lograr una alfabetización más alta para que los padres puedan orientar a los padres y garantizarles el acceso a los medios requeridos para conectarse y estar en línea.

V. FUENTES DE INFORMACIÓN.

SMITH, Adam; *Investigación sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones*, FCE, México 2010.

OCDE, *Perspectivas Económicas de América Latina 2017, Juventud, Competencias y Empoderamiento*, París, 2017.

CEPAL*, La ineficiencia de la desigualdad*, Chile, 2018.

CEPAL*, Cambio Estructural para la Igualdad,* Chile, 2012.

ONU*, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano,* 1948.

IBARRA, David, *Derechos Humanos y Realidades Sociales*, Facultad de Economía UNAM, México, 2007.

DGAPA – UNAM, Informe Anual del Personal Académico de la UNAM 2017

IIJ-UNAM, *Texto original de la Constitución de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1o. de junio de 2009.*

DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE LOS NUEVOS RETOS SOCIALES EN MÉXICO. impreso por **Lito Roda S.A. de C.V, calle Escondida No. 2, Col. Volcanes, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14640, Ciudad de México,** se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2020, con un tiraje de xx ejemplares, impresión tipo offset, en papel Cultural de 90 g. para los interiores y papel couché de 300 g. para los forros.

UNAM
POSGRADO
Derecho

La protección de derechos humanos es una tarea permanente de cualquier sociedad democrática. La prevención de violaciones y la atención inmediata y efectiva de las mismas son premisa indispensable que rebasa al ámbito nacional y su garantía tiene elementos uniformes en el ámbito global. Sin duda alguna a prácticamente 10 años de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011 hay muchos avances, pero también grandes rezagos y desafíos que tenemos que afrontar. Las crecientes necesidades y problemas sociales que acontecen en el ámbito nacional muchas de ellas comunes en la comunidad global hacen necesario en forma constante nuevas formas de pensar las instituciones.

9 786073 044530