

parlamento
y control
del poder
en México

Derrochamientos

Una perspectiva local

José Ricardo Narvárez Martínez
Gabriela Naranjo Guevara
Francisco M. Mora Sifuentes

Coordinadores

IBERO
LEÓN


LXIV LEGISLATURA
CONGRESO DEL ESTADO DE GUANAJUATO

AJC | MÉXICO
Asociación Mexicana de Justicia Constitucional


CEP
CENTRO DE ESTUDIOS
PARLAMENTARIOS

parlamento
y control
del poder
en México

Research Sources

Una perspectiva local

parlamento
y control
del poder
en México

De recursos H

Una perspectiva local

José Ricardo Narváez Martínez
Gabriela Naranjo Guevara
Francisco M. Mora Sifuentes

Coordinadores

IBERO
LEÓN



AJC | MÉXICO
Asociación Mexicana de Justicia Constitucional



Mora Sifuentes, Francisco M., Naranjo Guevara, Gabriela y Narváez Martínez, José Ricardo, coordinadores.

Derechos humanos, parlamento y control del poder en México: Una perspectiva local

León, Guanajuato: Universidad Iberoamericana León, 2020, primera edición, 480 páginas.

ISBN: 978-607-8112-85-2

1. Gobierno federal- México | 2. Derechos humanos- México | 3. Servicios públicos- Leyes y legislación- México | 4. Igualdad de género

[LC] JC599.M4 D48 2020 [DEWEY] 323.0972 D48 2020

Cuidado editorial: Cintia Libertad Vázquez Guzmán

Corrección de estilo: Josué Iván Picazo Baños

Diseño editorial: José Ángel Chavarría

Primera edición: 2020

D.R. © Promoción de la Cultura y la Educación Superior del Bajío, A.C., PROCESBAC
Universidad Iberoamericana León
Blv. Jorge Vértiz Campero 1640
Col. Cañada de Alfaro, C. P. 37238
León, Guanajuato, México

D.R. © Poder Legislativo del Estado de Guanajuato
Paseo del Congreso 60
Col. Marfil, C. P. 36250
Guanajuato, Guanajuato, México

D.R. © Asociación Mexicana de Justicia Constitucional, A.C.
Cerrito de Marfil 7
Col. Lomas de Marfil, C. P. 36225
Guanajuato, Guanajuato, México

www.iberoleon.mx
area.editorial@iberoleon.mx

No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 27, 229 y siguientes de la Ley Federal del Derecho de Autor y arts. 424 y siguientes del Código Penal).

ISBN: 978-607-8112-85-2

Impreso en México.

Para garantizar el cumplimiento de las políticas editoriales de la Universidad Iberoamericana León, la publicación de este libro fue aprobada por el Consejo Editorial de esta casa de estudios y el proceso de dictaminación estuvo a cargo de los coordinadores, quienes solicitaron a académicos de la Universidad de Guanajuato y de la Universidad Iberoamericana León revisar, con el sistema doble ciego, los trabajos.

Contenido

Presentación.....	11
<i>J. Jesús Oviedo Herrera</i>	
Estudio introductorio	15
<i>Carolina Medina Vallejo</i>	
Derechos humanos y género. Análisis y reflexiones	
La dignidad como fundamento de los derechos humanos	25
<i>Marta Edna Rosales Chávez</i>	
La discriminación entre particulares.....	39
<i>José María Soberanes Díez</i>	
Exigibilidad de los derechos sociales a partir del neoconstitucionalismo	53
<i>Agustín Eugenio Martínez Elías</i>	
Marco normativo de los derechos culturales, una perspectiva local del Estado de Guanajuato.....	81
<i>Érika de los Ángeles Badillo Castillo</i>	
El principio de proporcionalidad como derecho humano en la imposición de las sanciones pecuniarias municipales.....	105
<i>Salvador Ramírez Argote</i>	
Análisis de género sobre el principio de paridad en los diferentes órdenes legales tanto federal como local en Guanajuato.....	127
<i>Ma. Concepción Rangel Vázquez</i>	

Derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Contenido de las leyes de acceso a una vida libre de violencia en México	147
<i>Alejandro Armando Ramírez Zamarripa</i>	

Poder Legislativo, Gobierno Abierto y participación ciudadana

Reflexiones en torno a la función de contrapeso y retos del Poder Legislativo.....	173
<i>Vicente Vázquez Bustos</i>	

Argumentación y técnica legislativa exigida en el proceso legislativo del Estado de Guanajuato	193
<i>Antonio Silverio Martínez Hernández</i>	

El cabildeo en el Congreso del Estado de Guanajuato	209
<i>Jorge Octavio Sopeña Quiroz</i>	

Gobierno, Justicia y Parlamento Abierto en Guanajuato: avances y oportunidades.....	227
<i>Alejandro Domínguez López Velarde</i>	

Gobierno Abierto, una alternativa contra la corrupción.....	249
<i>Katya Morales Prado</i>	

Límites y controles constitucionales

El problema contramayoritario en el sistema de control constitucional mexicano	271
<i>Everardo Rodríguez Durón</i>	

La interpretación constitucional centralista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos de controversias entre la Federación y los poderes locales.....	297
<i>José Ricardo Narváez Martínez</i>	

La seguridad jurídica frente a la justicia. El error judicial como causal de revisión de la cosa juzgada	321
<i>Martha Susana Barragán Rangel</i>	

El estándar de distribución de competencias entre
el ámbito federal y el local 339
Sergio Charbel Olvera Rangel

Comentarios de la controversia constitucional 56/2017
(Impuestos ecológicos de Zacatecas). Análisis de las
controversias constitucionales en materia ambiental
y la construcción de un sistema de responsabilidades (federalismo
ambiental), a partir del principio de la sustentabilidad..... 365
Francisco Javier Camarena Juárez

El futuro constitucional de Guanajuato: Cómo Guanajuato
puede impulsar reformas en materia de medios de protección
constitucional local para hacer frente al contexto de un régimen
populista 383
Stephanie Eugenia Calzada Miranda

Varios

La ética: Su impacto y estratégico fortalecimiento en
el sistema de responsabilidades administrativas en México 399
José Jafet Noriega Zamudio,
Gerardo Gabriel Martínez Fernández
y Jorge Alberto Ríos Rangel

La armonización contable en la clasificación de ingresos
de la normatividad fiscal estatal..... 419
Roberto Martínez Valadez

El uso de las herramientas del programa Movimiento contra
el Abandono Escolar: Un estudio de caso del profesorado
de Educación Media Superior en Guanajuato 437
Luis Alberto Camacho Ríos

Pensión por invalidez: En México, los requisitos previstos para el
otorgamiento de las prestaciones que de ella derivan, atentan contra
los derechos humanos a la seguridad social, a la salud y a la no
discriminación por cuestión de edad y condición de salud..... 463
Rafael Carreón Cruz

Presentación

J. Jesús Oviedo Herrera

Presidente de la Junta de Gobierno y Coordinación Política

LXIV Legislatura

Congreso del Estado de Guanajuato

El Congreso del Estado de Guanajuato ha trabajado permanentemente en cuatro ejes fundamentales: cultura legislativa, seguridad y paz, parlamento abierto y eficiencia presupuestal. En este sentido, una de las líneas de acción más importantes, en cuanto a cultura legislativa, es la vinculación con los diversos sectores de la sociedad guanajuatense, en todos los ámbitos. A fin de colaborar con el cumplimiento de este objetivo, por medio del Centro de Estudios Parlamentarios, se promovió la vinculación con el sector académico, y la presente obra en materia de derecho constitucional es uno de los productos concretos de dicha relación parlamento-academia. Esto tiene la finalidad de fomentar la formación de investigadores en materia parlamentaria y de finanzas públicas, como lo mandata el artículo 285 D de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato.

El derecho constitucional es un reflejo de la realidad institucional democrática de la nación. Cada una de las instituciones político-administrativas de México tiene su asidero en nuestra carta fundamental: es nuestra Constitución la que da sentido o razón de ser al derecho constitucional en nuestro país. México en los años setenta, con el auge de un presidencialismo excesivo, con el apoyo de un partido hegemónico en el poder, donde la figura presidencial tenía más parecido a una monarquía que a una verdadera república, es muy diferente al actual, pues instituciones como los mecanismos de rendición de cuentas, transparencia y participación ciudadana generan retos y expectativas diferentes a las existentes en esa época. Actualmente, instituciones como el derecho a la información, los derechos humanos, el control constitucional de la actuación estatal, el parlamento abierto, el gobierno abierto y la justicia abierta, y el régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos constituyen una forma diferente de ver

y entender el Estado mexicano. En este contexto, es importante, como Poder Legislativo estatal, contar con elementos o herramientas que nos ayuden a efectuar una mejor toma de decisiones para la construcción de las instituciones en Guanajuato.

El Congreso del Estado de Guanajuato siempre se ha preocupado por generar propuestas innovadoras que contribuyan a mejorar la calidad democrática de las instituciones. El presente libro constituye una muestra de los esfuerzos que se hacen para mejorar el derecho constitucional en nuestro país, especialmente de aquellos que se hacen desde la visión académica del ámbito local. En la edición de la obra convergen tres de las instituciones más interesadas en el estudio del derecho constitucional en Guanajuato, a saber, la Universidad Iberoamericana León, la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional y el Congreso del Estado de Guanajuato. Estas instituciones revisan, analizan y visualizan el derecho constitucional desde diferentes enfoques y metodologías. La Universidad Iberoamericana León, a través de su programa de Maestría en Derecho Constitucional y Amparo, en cuyas aulas han participado grandes profesores del derecho constitucional mexicano, cuenta ya con más de veinte generaciones de egresados en el tema; se trata del programa académico de posgrado en materia constitucional y de amparo con más tradición no solo en Guanajuato, sino en toda la región. A lo largo de la existencia de este programa se han desarrollado investigaciones y estudios de frontera que son parteaguas para el derecho constitucional en México. Otra de las instituciones participantes en la edición del libro es la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional, la cual, a través de sus programas de actividades, ha provocado una discusión alrededor de la justicia constitucional, incluso fuera de México, ya que comparte foro con organizaciones internacionales afines. Esta asociación es reciente —tiene apenas cinco años de haberse fundado—, pero ya ha logrado generar diferentes eventos y actividades —y participar en ellos— para promover, difundir y discutir sus temas prioritarios. Y, por último, el Congreso del Estado de Guanajuato que, como autoridad encargada de emitir las leyes, cumple una de las funciones constitucionales más importantes para la entidad. Por ello, su participación en la conformación de la presente obra constituye una gran oportunidad para tener un acercamiento entre la academia y los productos legislativos.

La coordinación general de la obra estuvo a cargo de un comité editorial integrado por la Coordinación de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo, la Comisión Académica de la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional A. C. y la Secretaría General del Congreso

del Estado de Guanajuato, con apoyo de la Secretaría Ejecutiva del Centro de Estudios Parlamentarios. La convocatoria recibió más de treinta artículos para el proceso de dictamen, bajo el esquema de doble ciego, de los cuales únicamente se aprobaron veintidós textos. El arbitraje del presente libro estuvo a cargo de profesores e investigadores de la Universidad Iberoamericana León, principalmente en las áreas de derecho constitucional y derechos humanos, así como de miembros integrantes de la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional. El diseño editorial del libro fue realizado por el equipo editorial de la Universidad Iberoamericana León.

El libro presenta estudios e investigaciones de vanguardia, derivados de las discusiones que se dan en las aulas, en los foros académicos o en las propias discusiones y prácticas legislativas. En la obra podemos encontrar temas de una amplia gama, como son: derechos humanos de las mujeres, derechos sociales, parlamento abierto, participación ciudadana, combate a la corrupción, federalismo, interpretación constitucional, entre otros. Todos, temas que podrán otorgar a las legisladoras y los legisladores una visión diferente acerca de cuáles son las instituciones del derecho constitucional y cómo esas instituciones están constantemente ayudando a la mejora de las administraciones públicas. Cada una de las actividades desarrolladas para la conformación de esta obra constituyó el esfuerzo de muchas personas: a todas ellas, un agradecimiento por su colaboración y entrega.

Finalmente, no me resta más que invitarlos a la lectura de la obra, pues la misma nos hará conocer, discutir, entender y, sobre todo, aprender a partir de la pluralidad de ideas, culturas y formas de ver el derecho constitucional mexicano.

Guanajuato, Gto., septiembre de 2020

Estudio introductorio

Carolina Medina Vallejo*

I

Uno de los grandes retos del constitucionalismo en nuestro país sigue siendo la coordinación y autonomía entre los distintos centros de poder político que constituyen el Estado mexicano. Las relaciones entre la Federación y las entidades federativas ocupan un lugar preponderante en las reflexiones recientes sobre lo que el federalismo debería ser. Todo ello, por supuesto, a fin de hacer efectivas las promesas de división de poderes, autogobierno, así como de gobierno compartido. En realidad, no se trata de preocuparnos por el gobierno y su evaluación en sí y por sí mismo. Más bien, nuestra preocupación debe entenderse en el más amplio objetivo de vivificar la democracia y, fundamentalmente, en que todos los poderes públicos, incluidos los privados, asuman como principal eje de nuestra convivencia el irrestricto respeto de los derechos humanos fundamentales de las personas. Es cierto que, en un contexto de «federalismo centralizador» como el mexicano, poco lograremos si no generamos dinámicas propicias para el fortalecimiento de las instituciones locales. Entre otras, esas dinámicas tendrían que incluir el estudio de las competencias entre los distintos ámbitos de gobierno —su reivindicación—, el análisis de sus problemáticas específicas o la comprensión de su razón de ser, todo ello en el complejo entramado de normas, procesos, instituciones y actores que denominamos sistema político y jurídico mexicano. La finalidad de este libro es contribuir desde el contexto local, concretamente el guanajuatense, a dichas discusiones. En lo que sigue, me daré a la tarea de reseñar el contenido del libro atendiendo cada uno de sus apartados. Estas

* Congreso del Estado de Guanajuato. Unidad de Seguimiento y Análisis de Impacto Legislativo.

líneas introductorias pretenden ser eso, una breve presentación o, si se prefiere, una invitación a su lectura.

II

La primera parte integra contribuciones referidas a los derechos humanos y a los estudios de género. No debería sorprender al amable lector que esta sea la parte más amplia de las cuatro que integran el libro. Y no debería sorprender, considero, puesto que el estudio y análisis de las distintas dimensiones de los derechos humanos o la perspectiva de género han ocupado un lugar primordial en la agenda de investigación en nuestro país (al menos desde la reforma constitucional de 2011, en lo que respecta al primer objeto de estudio). Así, en la contribución de Marta Edna Rosales Chávez encontramos reflexiones sobre lo que la dignidad humana representa como fundamento de los derechos humanos. La autora propone distinguir la dignidad de los derechos, debido a la fuerza justificativa de la primera respecto a los segundos, enfatizando, en todo caso, la problemática de la definición de lo que es la dignidad humana, dado su carácter esencialmente controvertido.

En el segundo trabajo, José María Soberanes Díez nos ofrece un análisis del problema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, la *Drittwirkung* alemana. Se trata de un trabajo muy claro, que ofrece el estado del arte de la discusión y, sobre todo, que está acompañado de algunos ejemplos de nuestra jurisprudencia en relación con el principio de igualdad.

En el tercer trabajo, Agustín Martínez Elías analiza la justiciabilidad de los derechos sociales a partir del neoconstitucionalismo. El autor hace un repaso de la historia, el concepto y las distintas problemáticas asociadas a los derechos sociales fundamentales para ofrecer una interpretación distinta partiendo de las distintas tesis asociadas al neoconstitucionalismo.

La siguiente contribución de este libro está dedicada a los derechos culturales. En ella, su autora nos brinda un panorama histórico de los derechos culturales en nuestro país, además, pasa revista al contenido de la legislación sobre la materia. Después de ese complejo panorama, Érika Badillo Castillo concluye su trabajo recomendando una mayor sistematización de los derechos culturales en Guanajuato, con la finalidad de que tal sistematización proporcione herramientas que posibiliten su efectividad.

En el quinto trabajo, Salvador Ramírez Argote nos ofrece un estudio crítico sobre lo que, estima, constituye un incumplimiento del requisito

de proporcionalidad como derecho humano en la imposición de sanciones administrativas. Concretamente, en los reglamentos de tránsito de los municipios de León y Celaya. Como en el caso anterior, en este trabajo se analizan cuestiones directamente referidas al ámbito local.

Los últimos ensayos de este apartado se encuadran en la lucha por la efectiva vigencia de los derechos de la mujer, tanto a nivel federal como en Guanajuato. Sobra decir que son trabajos de suma relevancia para la finalidad que perseguimos en esta obra, pues ofrecen argumentos a favor de la impostergable lucha de las mujeres por el reconocimiento de su dignidad. En efecto, María Concepción Rangel Vázquez hace un análisis del principio de paridad en distintos ordenamientos jurídicos. Partiendo del hecho de la subrepresentación de las mujeres en la arena política, la autora repasa las diferentes normativas tanto nacionales como internacionales que propugnan el acceso de las mujeres a la vida política en condiciones de igualdad. Destaca en sus consideraciones finales la importancia que en dichos avances han jugado el movimiento feminista, las organizaciones de la sociedad civil, así como distintos órganos jurisdiccionales, para concluir con propuestas concretas sobre el particular.

El segundo trabajo en materia de género ofrece un análisis del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia, tomando en consideración el contenido de las leyes de acceso sobre la materia. Alejandro Ramírez Zamarripa presenta un detallado panorama sobre las distintas etapas de los movimientos feministas y el rol que en ellos ha jugado el concepto de violencia de género. Asimismo, nos recuerda el nutrido marco tanto nacional como internacional de convenciones, tratados, constituciones o leyes que reconocen dicho derecho. Finaliza destacando los elementos y contenido de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en tanto establece las bases de coordinación entre los distintos ámbitos del gobierno federal, estatal, municipal y de la hoy Ciudad de México, enfatizando también algunas particularidades de las legislaciones locales.

III

El segundo apartado de este libro colectivo se integra por estudios sobre el Poder Legislativo, el gobierno abierto o la participación ciudadana en un sentido amplio. Comienza con un estudio sobre los retos y la función del Poder Legislativo a cargo de un experto en la materia, Vicente Vázquez Bustos quien nos conmina a recordar la importancia que tiene la responsabilidad para el trabajo parlamentario. Para ello, ofrece

un panorama de lo es que el trabajo parlamentario, la importancia que en él tienen los grupos parlamentarios, así como las distintas funciones que está llamado a cumplir el Legislativo como poder del Estado —v. gr. representativas, deliberativas, financieras, presupuestarias, de control-fiscalización, orientación política, legislativas y jurisdiccionales—. Este trabajo, cuya lectura se recomienda ampliamente, termina con dos series de propuestas referidas a la profesionalización del quehacer legislativo, por un lado, así como al fortalecimiento del Congreso como expresión de un poder independiente, por el otro.

El siguiente ensayo destaca la importancia de la argumentación jurídica para la técnica y el proceso legislativo. Siguiendo a Massimo La Torre, el autor enumera las exigencias de la democracia en las que destacan el reconocimiento mutuo de derechos, la idea de que esta debe asumir que las personas son capaces de discutir con argumentos racionales o razonables o, en fin, la idea de que la política debe pensarse como un asunto de todos. Esto va a ser medular, estimo, pues supone el reconocimiento de la dimensión deliberativa —y por tanto argumentativa— de la democracia. Después de ofrecer un breve panorama de lo que el Estado de derecho, como ideario jurídico-político, representa y de la técnica parlamentaria, Antonio Silverio Martínez concluye su contribución constatando la exigencia de que en el proceso legislativo guanajuatense debe observarse, no solo por mandato legal, el canon de razonabilidad y con él la argumentación y la técnica legislativa.

Los artículos de este apartado se aglutinan en torno a las ideas de gobierno abierto y su impacto en el Poder Legislativo. En primer término, tenemos la contribución dedicada a la figura del cabildero en nuestra entidad a cargo de Jorge Sopeña Quiroz. Su estudio parte de la consideración del Congreso del Estado de Guanajuato como parlamento abierto, ofrece datos e incide en la figura del cabildero, así como en su importancia en la contribución a la práctica legislativa. El autor revisa los esfuerzos que desde Guanajuato se han hecho en esta materia para señalar que debe seguirse la senda del fortalecimiento de una cultura de transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información pública si se quiere que la figura del cabildero contribuya a la consolidación de un auténtico gobierno abierto en nuestra entidad. La independencia o cercanía a la sociedad del cabildero podrían coadyuvar la agenda legislativa acercando temas menos alejados de la ciudadanía.

La contribución de Alejandro Domínguez López Velarde está abocada, también, a varias dimensiones del *Open Government*. En este caso, su autor nos ofrece un minucioso análisis conceptual y de la naturaleza jurídica tanto del gobierno como de la justicia y el parlamento abierto para, posteriormente, hacer énfasis en Guanajuato y sus distintos

avances sobre la materia. En mi opinión, la parte más interesante es el apartado dedicado a las oportunidades y buenas prácticas en materia de gobierno abierto, donde se brinda un amplio abanico de ejemplos o prácticas concretas que, en un determinado momento, podría replicarse e implementarse a nivel estatal. Por último, encontramos algunas reflexiones de Katya Morales Prado y su amplia experiencia, en torno al gobierno abierto como alternativa contra la corrupción.

IV

Sobre el control del poder *lato sensu* versan las contribuciones del tercer apartado. En primer término, tenemos un trabajo sobre las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia en el contexto mexicano. Dicha tensión surge, precisamente, debido a la fuerza limitante de los derechos fundamentales respecto a la democracia entendida como mecanismo de toma de decisiones colectivas. Everardo Rodríguez Durón nos presenta, con gran dominio del tema, las causas que generan tal crítica contramayoritaria a la justicia constitucional. Basado en la idea de «graduabilidad del problema», su contribución se cifra en la identificación de lo que el autor denomina «factores agravantes» y «factores atenuantes» de la crítica al déficit democrático del control de constitucionalidad de las leyes. En última instancia, el autor, con José Juan Moreso, afirma la necesidad de dicho control jurisdiccional para democracias como las latinoamericanas, en general, pero también para la mexicana, en particular.

El mismo espíritu crítico comparte el trabajo de José Ricardo Narváez sobre la interpretación constitucional centralista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En realidad, su trabajo abarca muchos más aspectos, sugiere muchos más problemas: es una reflexión de lo que el actual contexto político e integración de las cámaras supone para la independencia, la división de poderes y autonomía de las entidades federativas vis a vis con el gobierno federal. En su parte medular, encontramos en su estudio un minucioso análisis de las particularidades de la interpretación constitucional, para concluir con algunas resoluciones en materia de controversias constitucionales entre los poderes estatales y la Federación.

Martha Susana Barragán Rangel se propone, en su trabajo, responder a la siguiente pregunta: ¿debe la institución procesal de la cosa juzgada ser derrotada cuando concurren circunstancias que acrediten la injusticia extrema de un caso? Ante la gravedad de la pregunta, la autora se adentra en la finalidad del proceso judicial en el marco del Estado

constitucional de derecho y, sobre todo, analiza el conflicto latente que puede darse entre la cosa juzgada y una injusticia extrema. Destaca que tal constelación había sido planteada no solo por Gustav Radbruch y su no menos famosa «fórmula», sino también por la ciencia del Derecho procesal. En cualquier caso, debe enfatizarse que no se afirma que cualquier injusticia deba dar lugar a la revisabilidad de la cosa juzgada, sino únicamente el error judicial notorio y manifiesto. Concluye la autora ilustrando el aparato teórico utilizado en un caso práctico.

La contribución de Sergio Charbel Olvera Rangel problematiza el estándar de distribución de competencias entre el ámbito federal y el local. Se trata de uno de los temas más complejos del constitucionalismo mexicano, sin duda, dadas las peculiaridades del modelo «dual» adoptado y, sobre todo, derivado de las vicisitudes del propio sistema político que ha llegado a desnaturalizarlo. Con un fuerte componente histórico, el autor analiza lo que denomina la «regla de coincidencia» para la distribución de competencias y concluye, finalmente, con una propuesta de regulación del estándar de distribución de competencias en el sistema federal mexicano.

Las dos últimas contribuciones de este apartado abordan temas conexos al control del poder retomando la atención en aspectos locales. Por una parte, el trabajo de Francisco Javier Camarena Juárez hace un trabajo de exégesis de la controversia constitucional 56/2017 en la que se abordó lo referente a los impuestos ecológicos en Zacatecas. Para el autor, un sistema de facultades exclusivas no resulta funcional para hacer frente a los retos que los problemas ambientales suponen para las entidades federativas. En efecto, las exigencias referentes a la calidad del aire o la gestión de residuos, por mencionar algunos ejemplos, deben llevar a la SCJN a emitir criterios en materia de justicia ambiental en toda su complejidad. Es decir, observando la sustentabilidad o la justicia intergeneracional, además de atender tanto las causas como los efectos de los problemas ambientales y no hacerlo de forma ambivalente como lo ha hecho hasta el momento.

Por otra parte, Stephanie Eugenia Calzada Miranda nos ofrece algunas estrategias de reforma constitucional con el fin de fortalecer la independencia del gobierno estatal en un contexto populista. Una vez constatado, por parte de la autora, dicho escenario, argumenta a favor de la defensa de la autonomía de los gobiernos estatales sobre la base de la «garantía institucional». En su opinión, la mejor estrategia para afrontar las turbulencias de un liderazgo carismático consiste en una serie de reformas que fortalezcan e institucionalicen mecanismos de control constitucional en el ámbito local.

V

Esta obra culmina con una pluralidad de trabajos que abordan temas que coadyuvan a los objetivos de este esfuerzo. En primer lugar, presentamos el trabajo de José Jafet Noriega Zamudio, Gerardo Gabriel Martínez Fernández y Jorge Alberto Ríos Rangel referente al impacto estratégico de la ética en el sistema de responsabilidades administrativas en México. En segundo lugar, tenemos el trabajo de Roberto Martínez Valadez, quien pone a consideración varias propuestas para la armonización de la clasificación contable de ingresos en la normatividad estatal.

Luis Alberto Camacho Ríos, por su parte, nos ofrece un estudio sumamente interesante sobre el uso de las herramientas del programa Movimiento contra el Abandono Escolar (MCAE); concretamente, un caso de estudio del profesorado de nivel medio superior en Guanajuato. Es un trabajo que conviene revisar por su rigor técnico pero, sobre todo, por la evidencia recabada sobre las causas del abandono escolar identificadas por los profesores. Particularmente, porque muestra ciertos matices respecto a lo que el MCAE ofrece como principales causas de abandono escolar, algo que debería tenerse presente en el diseño de políticas públicas.

Cierra esta publicación el ensayo de Rafael Carreón Cruz quien argumenta sobre la inconstitucionalidad de los requisitos para el otorgamiento de la prestación por pensión de invalidez; específicamente, por atentar contra los derechos humanos a la seguridad social, la salud y a la no discriminación por cuestión de edad y condición social.

VI

No resta más que señalar que el libro que el lector tiene en sus manos es el fruto de la colaboración académica de tres instituciones: el H. Congreso del Estado de Guanajuato, a través de su Centro de Estudios Parlamentarios; la Universidad Iberoamericana León y la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional. Si tuviera que fijar la fecha del inicio de este empeño, señalaría septiembre del año 2019, cuando lanzamos la convocatoria dirigida a investigadores, académicos, estudiantes y egresados de maestría o doctorado de las instituciones de educación públicas o privadas del Estado de Guanajuato. Se trata de un esfuerzo colectivo que tuvo como eje integrador las líneas de investigación que comparten el Centro de Estudios Parlamentarios, la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo de la Ibero León, así como los propios objetivos perseguidos desde la Comisión Académica de la Asociación

Mexicana de Justicia Constitucional. Pero su materialización no ha sido un trabajo sencillo. La pandemia ha marcado el signo de nuestros tiempos, retrasando procesos, distanciándonos de nuestros propósitos o, lo que es más importante, separándonos de nuestros seres queridos. Por esta razón, hago votos para que el trabajo desplegado rinda sus frutos, para que contribuya a las discusiones en materia de derechos humanos, federalismo y división de poderes que, desde una perspectiva local, precisa nuestro país.

**Derechos humanos y género.
Análisis y reflexiones**

La dignidad como fundamento de los derechos humanos

Marta Edna Rosales Chávez*

SUMARIO: I. Introducción. II. La dignidad como fundamento de los derechos humanos. Concepto de dignidad. III. Diferencia de la dignidad humana con los derechos humanos. IV. Dignidad humana, derecho y justicia. V. Conclusiones. VI. Fuentes

I. Introducción

El concepto de derechos humanos se aleja de la realidad social, material, cultural y política enfrentada; no es posible hacer valer y vivir la gama de derechos que reconoce la Constitución federal a partir de la reforma de 2011. Los valores varían de una sociedad a otra. ¿Realmente es claro el concepto de dignidad y derechos humanos y su impacto en el mundo jurídico mexicano?

Los abogados, desde las distintas actividades —jurisdiccional, litigio, académica, legislativa y administrativa— aplican los derechos humanos. Estos marcan la pauta de actuación, por ello es necesario comprender su origen, su concepción y sus características. La solución de los problemas jurídicos necesita saber a qué fuente acudir, qué criterios existen sobre los mismos y, finalmente, la postura —desde la filosofía del derecho— en la cual se halla la mejor solución.

El siguiente trabajo es una reflexión sobre el fundamento de los derechos humanos: la dignidad humana, la cual determina la dinámica de estos. El ser humano es un ente complejo y, en relación con la propia evolución del pensamiento, su estudio abarca contradicciones. Se busca que este sea un trabajo claro y relevante ante el imperio de los derechos humanos y la Constitución. Por ello, se abarcan las tres

* Proyectista B en la Primera Sala del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato. Estudió la maestría en Derecho Constitucional y Amparo en la Universidad Iberoamericana León.

principales posturas de la filosofía del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el constitucionalismo postpositivista, todo esto a la luz de autores de habla española. Así también, se aborda el concepto de dignidad y sus significados; la distinción que hay entre la dignidad humana y los derechos humanos; el reconocimiento normativo y su efectividad material en México.

Se piensa, además, en la concepción de la dignidad humana más allá del reconocimiento tradicional legal y de los instrumentos internacionales; se propone ir a un contexto real y concreto, ya que cada realidad social tiene necesidades propias, lo cual no implica un cambio en el significado esencial de la dignidad humana.

Finalmente, no se busca dar una solución concreta a un problema jurídico o social, sino aclarar el concepto de dignidad humana en la actualidad con el fin de tener una postura válida al momento de resolver asuntos jurídicos controvertidos. Se reflexiona, por ejemplo, en qué casos es posible disponer de ciertos bienes como la vida o la integridad.

II. La dignidad como fundamento de los derechos humanos.

Concepto de dignidad

La idea de dignidad humana ha estado presente a lo largo del pensamiento humano desde el inicio de la filosofía. Históricamente, dice Valls Plana (2015), «el digno lo era porque, por nacimiento en el seno de una familia de señores o por su conducta, aparecía ajustado a un modo de ser o norma “aristocrática”, excelente» (p. 5). En filosofía, grandes pensadores como los griegos, quienes marcaron pautas de pensamiento, han reflexionado sobre la naturaleza del hombre a través de la historia y en distintos contextos culturales.

El concepto de dignidad humana es un término complejo; es estudiado desde las ciencias sociales, la filosofía, la ética y la moral, la religión, la lingüística y el derecho. Pero también es cierto el hecho de que todo ser humano posee una idea o concepto de dignidad. En ese sentido, se realizó una consulta a personas con perfiles distintos¹ sobre el concepto que tienen de dignidad y se obtuvieron las siguientes respuestas:

«La dignidad son las acciones, alimentos, cosas materiales como espirituales que fortalecen, hacen enriquecer al hombre física y espiritual-

¹ Se hizo una entrevista breve a personas con estudios de licenciatura, pero en distintos ámbitos de conocimiento. En los resultados se observa que existe en la conciencia una idea de «derechos» a partir de la dignidad.

mente. Es decir, el hombre por el simple hecho de existir es digno. Las cosas que él haga sobre sí o que los demás le hagan lo enriquecen como ser humano o lo perjudican, denigrándolo.» Brenda, estudios en Español.

«Dignidad es sentirte bien contigo mismo, consciente de tu valor como ser humano, de tus derechos.» María, estudios en Comercio Internacional.

«La dignidad es una cualidad innata de todos los seres humanos. Esta cualidad involucra el respeto hacia todas las personas asumiendo que todos somos iguales sin importar género, raza, creencias, etcétera. Así como creo que todos nacemos siendo dignos, también creo que nuestras acciones a lo largo de la vida nos pueden hacer perder o aumentar esa dignidad.» Antonio, estudios en Química.

«La dignidad es aquella característica que hace al ser humano una persona y no un simple animal racional.» César, estudios en Derecho.

Todos coinciden en que la dignidad es una cualidad del ser humano, o más bien, un conjunto de cualidades que dotan a las personas de dignidad, pero es una tarea compleja definirla. Independientemente de la formación, o bien, del contexto, solo se cuenta con una idea vaga del respeto a la vida humana.

Este mundo cambia cada día, la vida presenta nuevos retos y exigencias, así los derechos humanos aparecen como un conjunto de principios e ideas que llevarán a una vida mejor, con los cuales se puede exigir a las instituciones y a los semejantes el respeto de lo privado y de aquellos valores mínimos. Sin embargo, no se pueden concebir solo como la solución o la salvación a los conflictos sociales, es importante entenderlos para aplicarlos, vivirlos y exigirlos.

En este contexto, la filosofía del derecho lleva a pensar en la dignidad como el fundamento de los derechos humanos, sin embargo, la idea de dignidad va más allá de la concepción jurídica de los derechos. No es posible definir la dignidad a partir de una ciencia exacta, pero es posible entenderla y pensarla como un elemento humano cuya comprensión abarca todas las áreas de las ciencias. Por ello se acude a la filosofía del derecho, con las tres posturas más importantes y contemporáneas, analizadas por Alejandro González Piña, que son: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y el llamado constitucionalismo postpositivista.

A. Fundamento de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba

La postura del positivismo jurídico señala una moralidad o código ético como fundamento de los derechos humanos: la «ética humanista de la modernidad», que parte de la afirmación del concepto de dignidad

humana y de la articulación de cuatro principios fundamentales: libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, es decir, una ética que integra las aportaciones liberal, democrática y socialista, y que se ha plasmado en varias constituciones occidentales vigentes en la forma de derechos fundamentales y valores superiores. Advierte González Piña (2015) que el fundamento de los derechos humanos, conforme con el positivismo jurídico del autor en concreto, es ético y racional, es dualista, rechaza un fundamento absoluto (p. 111). Sostiene un fundamento «suficiente» de los derechos humanos, que consiste en ciertos principios derivados del concepto de dignidad humana. Estos principios (la libertad como autonomía, matizada por la igualdad, la seguridad y la solidaridad) tendrían una pretensión de validez universal en el tiempo (hacia el futuro) y en el espacio (para todo hombre, prescindiendo de su contexto).

Para Peces-Barba:

La dignidad humana es el fundamento último de los derechos humanos, porque es la noción normativa elemental e irreducible, que justifica o fundamenta tanto a los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, como a los derechos humanos que estos valores justifican directamente. Concibe además la dignidad como el conjunto de características naturales que distinguen al hombre de los animales. (González Piña, 2015, p. 112)

Lo que expresa el concepto de dignidad humana de Peces-Barba:

Es el valor intrínseco del individuo y su exclusividad e independencia como sujeto moral, es decir, como único ser considerado fin moral en sí mismo, proscribiendo que entidades colectivas como los grupos, las comunidades, las identidades nacionales, estamentales, religiosas o étnicas, la sociedad, el estado, etc., puedan convertirse en fines morales en sí mismas y lleguen a subordinar o instrumentalizar a las personas. (González Piña, 2015, p. 120)

La postura del positivismo ha sido fuertemente criticada, no obstante, se resalta la propuesta de que la dignidad es el origen de los derechos humanos, intrínseco a toda persona y que nos diferencia de otros seres vivos.

B. Fundamento de los derechos humanos en la obra de Antonio-Enrique Pérez Luño

Desde la postura iusnaturalista, se afirma que los derechos humanos son «una versión moderna de la idea tradicional de derechos naturales

y representan un avance en su proceso de positivación». El derecho natural es una «“instancia mediadora” entre la ética y el derecho, es decir, que el derecho natural es a la vez ético y jurídico» (González Piña, 2015, pp. 209-210). Pérez Luño llega a afirmar que es posible encontrar un fundamento suficiente o diversas fundamentaciones para los derechos humanos. Aunque es posible fundamentar los derechos humanos desde distintas teorías, esto no implica que tengan un mismo valor, o que no haya un fundamento mejor. Señala que, incluso, la mejor fundamentación tiene necesariamente un carácter provisional, «falsable», no absoluto, en tanto que está siempre abierta a revisión (González Piña, 2015, p. 223).

Pérez Luño afirma que la dignidad, la libertad y la igualdad son los valores que fundamentan inmediatamente a los derechos humanos. Dichos valores son expresión de ciertas necesidades básicas o radicales y el consenso racional sobre las mismas (González Piña, 2015, p. 233).

Así, atendiendo la corriente del iusnaturalismo en el pensamiento de Pérez Luño, la dignidad humana:

supone el valor básico [...] fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera de lo moral. La dignidad es el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona. Entraña una doble exigencia: la garantía de todo ser humano de no ser ofendido o humillado, y la garantía positiva del “pleno desarrollo de la personalidad”, lo que se traduce, esto último, en la autodisponibilidad² y la autoderminación³. (González Piña, 2015, p. 234)

Se resalta la idea tomada por González Piña (2015, p. 236), cuando precisa que los sujetos dotados de dignidad son capaces de participar en el discurso moral y deben ser tratados de acuerdo con las normas del mismo o, en términos más sencillos, que la dignidad es un término que tiene un sentido funcional —de economía del lenguaje— y permite hacer referencia abreviada a una relación que se da entre una serie de condiciones de aplicación (ser espécimen humano, poseer racionalidad, etcétera) y una serie de consecuencias normativas (ser sujeto del discurso moral, deber de ser tratado y tratar conforme a las exigencias de ese discurso, capacidad de reclamar derechos, etcétera). En este sentido la dignidad es un principio elemental de la moral.

² Derecho de cada hombre a actuar sin interferencias externas.

³ La libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza de una vez por todas.

C. La fundamentación de los derechos humanos en el pensamiento de Carlos Santiago Nino

Este autor afirma que la fundamentación de los derechos humanos es un problema moral pues ninguna otra región de la razón práctica puede fundamentarlos, es decir, ofrecer las razones últimas que los hacen aceptables y definen su alcance y contenido. Es posible dar un fundamento relativo a la moral demostrando que esta es adecuada para promover los propios deseos o intereses de los individuos en cuestión, ya se trate de intereses idénticos, convergentes o interdependientes; esto quiere decir que ser moral es conveniente porque beneficia los propios intereses (González Piña, 2015, pp. 329-341). Según Dworkin, los derechos cumplen la función de «atrincherar» ciertos intereses de los individuos para que no puedan ser violentados a favor de intereses de otros individuos, sin el consentimiento del afectado (citado por González Piña, 2015, p. 445).

La corriente de pensamiento denominada constitucionalismo post-positivista, en la perspectiva de Carlos S. Nino, concibe la dignidad como uno de los principios que determinan el contenido, la función y la dinámica de los derechos humanos. Expone el principio de dignidad humana como la prescripción de tratar a las personas morales según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento⁴, y no según propiedades fuera del control voluntario de las personas, como sus características biológicas (raza, sexo, etcétera) o las circunstancias sociales de su nacimiento (González Piña, 2015, p. 448).

La postura tomada por Nino, que además comparte González Piña, pareciese un análisis ecléctico entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Es una postura que la mayor parte de los juristas atiende, esto es, el argumento y la solución estarán basadas en el caso concreto. Esta es una postura meramente occidental; en principio, el constitucionalismo deja fuera aquellas comunidades cuyo derecho es ajeno a la tradición occidental; a nivel nacional, las comunidades indígenas –cuyo derecho es distinto a la tradición neorrománica–, o bien, a nivel internacional, los países con tradiciones islámicas, por ejemplo.

⁴ Nino concibe la voluntad de los individuos en su relevancia moral, en la medida en que esta es tenida en cuenta según ciertos principios normativos básicos, principios cuya validez no depende de la voluntad de ningún sujeto.

III. Diferencia de la dignidad humana con los derechos humanos

Hay autores y teóricos que pueden identificar la dignidad humana con los derechos humanos. En México se habla de la dignidad como un derecho humano⁵. Incluso se dice que depende de la postura y el argumento que se construya, así como de la formación del impartidor de justicia, quien determina si es o no un derecho.

Para diferenciar un derecho humano de la dignidad humana, se precisan las características que según la doctrina, y Nogueira (2004), se atribuyen a los derechos humanos.

- Universalidad: todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición social.
- Supra y transnacionalidad: los derechos humanos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal.
- Irreversibilidad: consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional.
- Progresividad: los derechos están en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Existe una tendencia hacia la más amplia protección de los derechos humanos. Este principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho.
- Posición preferencial de los derechos: todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común.
- Eficacia *erga omnes* de los derechos: el sistema de derechos asegurados posee una fuerza vinculante *erga omnes*, siendo plenamente aplicable tanto a las relaciones entre particulares y el Estado como entre particulares.

⁵ Así lo determinó el Poder Judicial de la Federación en la tesis con rubro DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE. Registro: 2016923.

- La fuerza expansiva de los derechos humanos y el principio *favor libertatis*. En caso de duda, debe optarse por la interpretación que mejor proteja, asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente y jerarquizada a la luz de los valores que los informan.

En ese tenor se afirma que los derechos humanos son aquellos reconocidos por el Estado a favor de sus gobernados, bajo una postura bastante iuspositivista. Por su parte, la dignidad humana, inherente a la persona, no se presta a la confusión con «los beneficios que el poder público concede», como suele suceder con los derechos humanos. Entonces, la dignidad humana no es un derecho humano, es algo que cualquier persona ajena al derecho reconoce como propia.

La dignidad personal es un valor fundamental para todos los derechos humanos, los cuales son concreciones o manifestaciones de dicho valor. Se dice, por tanto, que la dignidad de la persona constituye el fundamento incuestionable de la idea de derechos humanos (Marín Castán, 2007).

Más allá del reconocimiento de los derechos humanos en los diversos documentos normativos, se enfatiza en la importancia de la conciencia de la dignidad humana de cada individuo. La persona humana tiene derechos por el hecho de ser persona, dueño de sí mismo y de sus actos y que, por consiguiente, no es solo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. La dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa por ley natural que la persona tiene el derecho de ser respetada y, como sujeto de derecho, posee derechos (Maritain citado por De la Torre Rangel, 2011, p.101).

En ese contexto surge la cuestión de la existencia de derechos más allá de lo humano —en cuanto a si hay derechos más allá de la persona humana— que la propia persona los reconozca, confiera y reglamente, porque es el único ser con conciencia y libertad capaz de hacerlo; ese es su gran distintivo, lo que le otorga su enorme valor y dignidad, pero también su gran responsabilidad, por el cuidado de su hermano cercano, de los más pobres y oprimidos, de las generaciones futuras y de toda la creación con la que coexiste (De la Torre Rangel, 2011, p. 110).

No significa restar importancia a otros seres vivos o a otros bienes jurídicos que la ley protege, como lo son los animales o el medio ambiente. Sería como afirmar una cualidad divina del hombre, o más absurdo, señalar que es el ser que está sobre cualquier cosa. Pero sí significa enfatizar la conciencia y responsabilidad del hombre en la sociedad.

Se puede argumentar que un animal, el medio ambiente o una persona jurídica tienen dignidad. Idea que no se comparte. La dignidad, como se señaló, corresponde exclusivamente a la persona, en lo individual. Las personas son quienes otorgan valor, reconocen la importancia o protegen ciertos bienes, para el único efecto de impactar en la garantía de la dignidad de una o varias personas.

Al respecto Ortiz Millán (2015) dice que para Kant solo los seres humanos tenemos dignidad porque, a diferencia de las cosas, a las que nosotros les asignamos valor, nosotros somos la condición de posibilidad del valor en el mundo. Si no hubiera seres humanos en el universo no existiría el valor. Y no solo le asignamos valor a las cosas, sino que nos damos valor a nosotros mismos; eso nos da un tipo de valor especial, hace que tengamos valor intrínseco. Esa capacidad, según Kant, depende a su vez de la racionalidad, de atribuir valor siguiendo razones y, en última instancia, de ser capaces de seguir las normas morales que derivan de nuestra propia razón, es decir, depende de la autonomía.

IV. Dignidad humana, derecho y justicia

En el contexto del análisis de la justicia como elemento del derecho, el concepto de dignidad de la persona humana comienza a aparecer en el siglo xx⁶ como referencia de todo principio de estimativa jurídica o valoración del derecho (Labrada Rubio, 2000). Pareciera, entonces, reciente la conciencia y estudio de la dignidad humana. Incluso, es a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial que el mundo occidental enfoca sus acciones hacia la protección del hombre, de sus derechos humanos pero, sobre todo, de su dignidad.

Hay otros contextos en los que podemos hablar del concepto de dignidad humana, no únicamente a partir de lo sucedido en la Segunda Guerra Mundial. Incluso actualmente existen realidades atroces en las que ni siquiera se piensa en el concepto de dignidad humana. Robles Gil (2017) señala que los derechos humanos son más que los originados en la limitada ideología eurocentrista, racista, machista, en la concepción de los derechos humanos del hombre francés o del propietario anglosajón comerciante de esclavos. Se debe ir más allá de la realidad histórica y cultural que originó la reflexión y estudio de los derechos humanos en la Europa de la postguerra; se debe atender a la realidad

⁶ La Segunda Guerra Mundial y las atrocidades del régimen nacionalsocialista marcaron una pauta para hablar de derechos humanos. No obstante, en Francia el término se venía acuñando desde la Revolución de 1789.

material e histórica que atañe a cada pueblo y cultura. Por ejemplo, en México poco se difunde la reflexión de la protección de la dignidad humana en los pueblos originarios.

Muchas personas piensan que es a través de la legalidad y la justicia, como se puede transformar la realidad. Y efectivamente, el derecho debe trascender los intereses, ideologías y posiciones políticas. Así, el reconocimiento de la dignidad humana trascenderá el reconocimiento normativo que se hace de ellos, tanto a nivel nacional como internacional. Desde un reconocimiento de la propia dignidad en el otro.

En México, es a partir de la reforma constitucional de 2011 que nuestra Constitución federal, en el último párrafo del artículo primero, reconoce la dignidad humana y señala:

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.

México ya cuenta con el reconocimiento normativo del valor de la dignidad humana. Incluso a nivel internacional tiene ratificados gran parte de los instrumentos que reconocen los derechos humanos. A nivel constitucional se establece la idea de dignidad humana como distinto a los derechos humanos. La dignidad del hombre es un concepto universal que está sobre el propio derecho.

Ahora bien, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU en 1948, en su artículo primero, establece: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Se reitera la diferencia entre la dignidad y los derechos. La tendencia protectora de derechos humanos y situaciones históricas mundiales produjeron la necesidad de los tribunales internacionales, no obstante que su funcionamiento no es cotidiano ni accesible a todos. Esto provoca el cuestionamiento de la efectividad del reconocimiento de los derechos humanos, el hecho de que se contenga en la Carta Magna significa un gran avance, pero la compleja realidad social del país deja la dignidad y el catálogo de derechos humanos como un conjunto de principios y valores a los que todos aspiran, pero pocos gozan.

V. Conclusiones

Se tendrá una comprensión efectiva de los derechos humanos en tanto se entienda el concepto de dignidad humana. Establecer una definición de la dignidad humana resulta complicado pero necesario para encontrar una solución a un problema jurídico, muchos pudieran pensar que se trata de un concepto indefinible o filosófico, pero cuya identificación da origen a la protección de los derechos humanos.

Como estudiante de derecho constitucional y amparo, surge la cuestión de la efectividad de las normas, de los principios jurídicos, de las instituciones y, principalmente, de los derechos humanos. Ello ante las exigencias impuestas en los textos internacionales y adoptados en los textos nacionales.

Los derechos humanos se establecieron como un nuevo paradigma para entender el derecho y la justicia. Resultó importante entender el concepto de dignidad humana, del cual surgen todos los derechos humanos. No basta con tener la idea genérica de la dignidad, de invocarla en cuanto resulte «a modo», es necesario asumir una determinada postura de la filosofía del derecho, ser consciente de lo que implica la misma y resolver el problema jurídico planteado, con la intención de contribuir a la cultura de derechos necesaria en México.

Los derechos humanos constituyen ese paradigma que tanto a las autoridades como a los particulares pone a temblar. Por otra parte, se buscan derechos que quizá existan, pero que aún no están legalmente reconocidos.

No existe otro terreno que la filosofía para afirmar los derechos del hombre, ya que estos se fundamentan en la dignidad humana. El ser del hombre y sus derechos y obligaciones, y la justicia misma no pueden ser asimilados por métodos científicos, sino únicamente por la filosofía. La dignidad humana es una concepción metacientífica del hombre, que fundamenta una ética que no está al alcance de los conocimientos de la ciencia, los rebasa (De la Torre Rangel, 2002, p. 91).

Para entender nuestra realidad social y poder trascender como seres humanos, es necesario acudir al origen del pensamiento, a la filosofía misma. Esto nos obliga a despegarnos de principios religiosos o políticos, implica una comprensión del valor personal, el cual impactará en la realidad social, en la justicia y en el derecho. De los autores, cuyas ideas de pensamiento se plasmaron, se advierten concepciones afines en relación con el fundamento de los derechos humanos, todos ellos señalan elementos de carácter moral, principios morales y una conexión necesaria entre derecho y moral. Dicho esto, es necesario resaltar la idea y concepto común en todos los autores, la dignidad.

Con base en la idea de que solo se trabajó bajo el criterio de pensadores de habla española, sería interesante analizar la concepción que sobre los derechos fundamentales tengan otros autores, de distinta lengua y cultura, de distinta moral; si bien, hay valores universales y comunes, es una realidad que la cosmovisión cambia y, por tanto, el derecho también.

Entender la dignidad ayuda a vivir mejor. Afirma Dworkin (2016) que estamos encargados de vivir bien por el mero hecho de ser criaturas autoconscientes con una vida que vivir (p. 245). Llevamos esa carga como llevamos la carga impuesta por el valor de cualquier cosa confiada a nuestro cuidado. Es importante que vivamos bien; importante no solo para nosotros o para cualquier otra persona, sino importante sin más.

Dice Ortiz Millán (2015) que el reconocimiento de la dignidad humana en este sentido, como el valor intrínseco que tenemos los seres humanos, implica una visión universalista que subyace a la bioética. No tiene cabida el relativismo cuando se trata de defender la dignidad y, por lo tanto, los derechos humanos de las mujeres, de gente con discapacidades, de grupos vulnerables y de otras muchas personas que, sin duda alguna, tienen valor intrínseco.

En estos tiempos de decadencia democrática mexicana, se necesita estar consciente del poder y valor de cada uno, del cual nace el poder otorgado a las autoridades, quienes podrán llegar hasta donde la propia sociedad mexicana lo permita.

Finalmente, se debe precisar que el autor cuyo análisis está vigente y merece ser tomado en cuenta al momento de resolver una cuestión de derechos es Carlos S. Nino, pues sostiene que es posible limitar legítimamente la disponibilidad de ciertos bienes protegidos por derechos humanos, con base en consideraciones relacionadas con la teoría de la identidad por él aceptada. Esta teoría señala que si la identidad de una persona puede cambiar significativamente a lo largo de una misma vida biológica, entonces, esto permite aplicar —aunque sea más débilmente— el principio de inviolabilidad a la vida de la propia persona, para evitar que esta sacrifique los intereses de sus futuros «yoes» —de las personas en las que puede llegar a convertirse— (González Piña, 2015, p. 456). Con base en esta idea, Nino sostiene que pueden justificarse restricciones a la disposición irreversible de ciertos bienes como la vida, ciertos órganos o la cesión perpetua de la libertad, pues ello equivaldría a sacrificar a las futuras personas en que el individuo puede llegar a convertirse. Entonces, en ciertos casos será legítimo disponer de bienes como la vida y la integridad; en algunos casos es necesario informar de su dignidad a otras personas, a nuestros semejantes, para la propia supervivencia del hombre. En este mundo que se pierde más en

el marasmo con cada día que transcurre, es un derecho humano ilustrar a las personas, guiarlas y, por ende, respetar su dignidad.

VI. Fuentes

- DE LA TORRE R., J. A. (2007). *Apuntes para una introducción filosófica al Derecho*. México: Porrúa.
- (2002). *El derecho a tener derechos. Ensayos sobre los derechos humanos en México*. México: CIEMA.
- (2011). *Iusnaturalismo histórico analógico*. México: Porrúa.
- DWORKIN, R. (2016). *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- GONZÁLEZ PIÑA, A. (2015). *Los derechos humanos en perspectiva, el pensamiento de Gregorio Peces-Barba, Antonio E. Pérez Luño y Carlos S. Nino*. México: Tirant lo Blanch.
- HABERMAS, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, LV(64), 3-25. México: UNAM.
- LABRADA RUBIO, V. (2000). La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva época*. (1), 95-128. Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0000110095A>
- MARÍN CASTÁN, M. L. (2007). La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales. *Revista de Bioética y Derecho*, (9), 1-8.
- NOGUEIRA, A. H. (2004). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: UNAM.
- ORTIZ MILLÁN, G. (2018, 1 de febrero). Dignidad y Bioética. *Revista Nexos*. Recuperado de <https://www.nexos.com.mx/?p=35954>
- ROBLES GIL, P. R. (2017). Crítica intercultural del derecho y de los derechos humanos, un apunte decolonial desde las filosofías originarias americanas. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, IX(17).
- VALLS PLANA, R. (2009). El concepto de dignidad humana. *Revista de Bioética y Derecho*, (5), 1-5. doi: <https://doi.org/10.1344/rbd2005.5.7903>

La discriminación entre particulares

José María Soberanes Díez*

SUMARIO: I. Introducción. II. La eficacia de los derechos frente a los particulares. III. La eficacia de la igualdad frente a los particulares. IV. Algunos casos particulares. IV.1. Convocatorias laborales. IV.2. Instituciones educativas particulares. IV.3. La igualdad en relación con las características de los sujetos de la relación privada. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. Introducción

Los derechos humanos son oponibles al Estado. Todas las formas de fundamentación de los derechos los conciben como una forma de limitar el poder público. Desde hace unos años ha surgido el cuestionamiento sobre si también lo son frente a los particulares. Es decir, si además de la eficacia «vertical» tienen eficacia «horizontal».

El objeto de este trabajo es analizar si los particulares se encuentran vinculados por el principio de igualdad como sujetos pasivos del derecho, es decir, si la autonomía de la voluntad debe ceder frente a las exigencias igualitarias de la Constitución.

Para ello abordaremos, en primer lugar, la eficacia horizontal de todos los derechos humanos, como un preámbulo para analizar, en segundo término, el caso específico de la igualdad. Posteriormente trataremos algunos casos particulares que han sido abordados por la jurisprudencia, o que parecen problemáticos.

* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana e investigador nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

II. La eficacia de los derechos frente a los particulares

Para poder analizar si la igualdad es oponible a las relaciones entre particulares es preciso abordar, como cuestión previa, este tema en la teoría general de los derechos fundamentales. Suelen hacerse dos objeciones a la eficacia de los derechos frente a los particulares, también conocida por su nombre alemán, *Drittwirkung*.

La primera es de índole sustantivo, pues se refiere a si los derechos deben desplegar sus efectos en las relaciones entre particulares (Díez-Picazo, 2005, p. 145). Los que se oponen a la *Drittwirkung* —que son una minoría— ponen de relieve los riesgos que esto entraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica, y afirman que se va en contra de la lógica de libertad que informa al derecho civil (Bilbao, 1997, p. 283).

Efectivamente, existe el principio de autonomía de la voluntad que informa las relaciones entre particulares, en tanto supone que las partes de una relación jurídica son libres para gestionar su propio interés y regular sus relaciones, sin injerencias externas. Como ha afirmado la Suprema Corte, este principio goza de rango constitucional y no debe ser reconducido a una simple norma que rige el derecho civil (Tesis 1a. CDXXV/2014). Desde el primer constitucionalismo, el que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido. En efecto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, considerando que la libertad consiste en hacer todo lo que no perjudique a los demás, proclamó en su artículo 5o. «nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido».

En contraposición, los que afirman la eficacia frente a terceros, sostienen que la Constitución contiene un programa de configuración de la sociedad y, por tanto, todos los ámbitos de lo jurídico quedan sujetos a ella. Además, esta ha devenido en fundamento de todo el ordenamiento y por ello también del ordenamiento jurídico-privado (Hesse, 1995, p. 81). Esta es una concepción más propia de un constitucionalismo social y democrático que pretende darle una dimensión valorativa a las normas fundamentales. Por ello, Carl Schmitt (1970), teórico de la Constitución de Weimar afirmó que «para que el “imperio de la ley” conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades» (p. 161) que, dirá más adelante, son justicia y razonabilidad.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se tradu-

cen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). A partir de ello ha afirmado que «la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares» (Jurisprudencia 1a./J. 15/2012).

Hay dos posturas respecto a que los derechos son efectivos frente a los particulares. La mediata (*mittelbare Drittwirkung*) que entiende que es necesaria la intervención del legislador para que las relaciones privadas se encuentren vinculadas a los derechos fundamentales. Se dice que los derechos imponen al Estado la obligación de configurar la situación jurídica de los terceros con arreglo a estos. No solo tienen que respetarlos, sino que tienen que hacerlos respetar (Bilbao, 1997, p. 284).

Por otra parte, existe la inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*) que concibe que con la norma legal de desarrollo o sin ella, la norma constitucional es la que se aplica como razón primaria de una determinada decisión, es decir, no como regla hermenéutica sino como norma apta para incidir también en el contenido de las relaciones entre particulares (Bilbao, 1997, p. 327).

Superado el aspecto sustantivo, hay que analizar la cuestión procesal. Es decir, sobre el medio idóneo para realizar el control de los particulares que violen un derecho humano (Díez-Picazo, 2005, p. 145).

Suele objetarse que tanto las constituciones como las leyes orgánicas de los tribunales constitucionales, al tratar el amparo se refieren exclusivamente a las violaciones de los derechos fundamentales causadas por el «poder público». Esta cuestión suele salvarse de dos formas. Por una parte, la vía de la eficacia directa, según la cual, ante la carencia de una norma que autorice este control debe ser colmado por la jurisdicción constitucional (De Vega, 2002, p.703). Por otra, la vía de la eficacia indirecta, según la cual, corresponde a una resolución judicial ordinaria en primera instancia pronunciarse sobre la eficacia del derecho fundamental y, de forma subsidiaria, la jurisdicción constitucional resolverá el problema en última instancia.

Así, por ejemplo, se aceptó por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth (BVerfGE 7, 198). La misma doctrina sigue la Corte Constitucional italiana, a partir de las sentencias del 9 de julio de 1970, y la Suprema Corte de Estados Unidos, en los casos *Smit vs. Allright* de 1944, *Schellely vs. Kremer* de 1948.

México se encuentra en una posición intermedia, pues el medio de control constitucional que pueden hacer valer todas las personas, el amparo, en principio procede en contra de normas generales, actos

u omisiones «de autoridad» que violen los derechos humanos, como lo indica el artículo 103 constitucional. Sin embargo, la Ley de Amparo indica que el amparo protege a las personas frente «los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley», en su artículo 1o. Posteriormente precisa que «los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad», en la fracción II de su artículo 5o.

Así pues, si un particular realiza actos equivalentes a los de una autoridad podrá ser demandado en un juicio de amparo. De no actuar de esa forma, la presunta víctima de la violación a sus derechos humanos tiene que acudir en contra del otro particular a una instancia ordinaria, como un juicio laboral o un juicio de daño moral y, contra la decisión de la jurisdicción ordinaria (que debe realizar un análisis de constitucionalidad), podría el particular instar ante la jurisdicción constitucional.

III. La eficacia de la igualdad frente a los particulares

Si bien en términos generales puede afirmarse la eficacia de los derechos humanos frente a los particulares, debe señalarse que no puede sostenerse de forma hegemónica. Habrá derechos que en su dimensión clásica no puedan exigirse a los particulares, como el debido proceso pues la jurisdicción es una función estatal. Por ello, hay que analizar qué derechos tienen la multidireccionalidad.

Además, como ha indicado la Suprema Corte en las relaciones particulares, a diferencia de las que se entablan frente al Estado, normalmente encontramos a otro titular de derechos, lo que provoca una colisión de los mismos y la necesaria ponderación por parte del intérprete.

Eso nos lleva al debate específico sobre la eficacia de la igualdad frente a los particulares. Hay quienes niegan tajantemente que el derecho a la igualdad rija las relaciones privadas. Afirman que no puede ser límite de la autonomía de la voluntad y que no puede deducirse de las cláusulas constitucionales una eficacia frente a terceros (Rossano, 1996, p. 391).

En contraposición, un sector mayoritario sostiene que la igualdad sí puede regir las relaciones privadas, aunque difieren de la forma. Hay quien afirma que la igualdad despliega efectos de forma mediata, al señalar que la vinculación de los particulares con la igualdad no sería un imperativo constitucional sino el resultado de una intervención del legislador que se encargaría de concretar ese principio (Palomeque, 1982, p. 87).

También hay quien entiende que la Constitución atribuye al individuo un derecho a no ser tratado de forma desigual, que esta despliega sus efectos frente a todos y que los jueces deben resolver en clave constitucional las posibles violaciones a este principio debiendo ordenar, en su caso, el cese de la conducta discriminatoria y la reparación del daño (Rodríguez-Piñero, 1986, p. 270).

Hay que señalar que la igualdad tiene distintas manifestaciones en la Constitución (Soberanes, 2011, p. 91). Por una parte, encontramos el mandato genérico de igualdad, según el cual está prohibido tratar de forma arbitrariamente desigual lo que es esencialmente igual, conforme a la formulación clásica del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 4, 144).

En cuanto a esta manifestación, es difícil aceptar que el principio de igualdad rijan todas las relaciones privadas. Sería complicado reclamar a una persona por demandar el desalojo de un inmueble a alguien mientras que no lo hizo con otro. Esto supondría que los individuos tendrían que actuar con criterio de razonabilidad y justificar cada una de sus decisiones que trascendieran al mundo jurídico. Implicaría tratarlos como entes públicos y no como ciudadanos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha indicado:

Ningún precepto, ni constitucional ni ordinario [...] obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones en forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes [...]. Es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda a uno y condonarla total o parcialmente a otro. (ATC 1069/1987)

Además de la igualdad genérica encontramos otras manifestaciones de la igualdad en la Constitución. La primera de ellas es la prohibición de la discriminación, que proscribe utilizar determinados tercios de comparación, como son el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales o el estado civil.

En este caso, sería difícil dejar de controlar situaciones evidentemente discriminatorias, como prohibir el acceso a los establecimientos mercantiles abiertos al público por alguna característica racial. Es por ello que el Tribunal Constitucional español ha considerado que:

Es posible entender que algunos derechos fundamentales producen un cierto grado de eficacia en las relaciones jurídicas entre particulares y que, en tal caso, se encuentra el derecho a no ser discriminado que establece el artículo 14 de

la Constitución, cuando se trata de las discriminaciones típicas —por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o condición social—. (ATC 1069/1987)

Por otra parte, encontramos el mandato de igualdad entre mujeres y hombres. Su formulación constitucional indica que «las mujeres y hombres son iguales ante la ley». De ello podría inferirse que es un mandato exclusivo al Estado y, en concreto, al legislador. Sin embargo, desde los años cincuenta del siglo xx se ha estimado que las expresiones de la «igualdad ante la ley» encierran también un mandato sustantivo que trasciende a la labor legislativa (Soberanes, 2011, p. 20).

Desde esa perspectiva, casos como la contratación de personal de un solo sexo o exclusiones motivadas por embarazo exigen un control constitucional de los actos privados, ya que la mayoría de estas situaciones surgen en relaciones entre particulares. Ello permitiría afirmar la eficacia horizontal de esta dimensión de la igualdad.

En tercer lugar, en la Constitución encontramos una concreción de la igualdad en el principio de equidad tributaria, que prohíbe tratar de forma arbitrariamente desigual a las personas que tienen una capacidad contributiva igual (Herrera Molina, 1998, p. 87). Toda vez que la potestad tributaria es exclusiva del Estado, no podría afirmarse la eficacia horizontal de esta manifestación de la igualdad.

Finalmente, el derecho en análisis se concreta en la igualdad retributiva, que prescribe que a trabajo igual debe corresponder salario igual. Tomando en cuenta que es un mandato a los patrones y que la mayoría de estos son particulares, es clara su eficacia horizontal. Es por esta razón que su cumplimiento ha sido vigilado por la jurisdicción constitucional (STC 119/2002).

Así pues, consideramos que por regla general el derecho a la igualdad tiene eficacia frente a particulares en sus criterios específicos de la discriminación, de la igualdad entre mujeres y hombres y la igualdad retributiva, pero que no tiene eficacia en los casos de la igualdad genérica y de la equidad tributaria. Claro está que se trata de una consideración general puesto que, atendiendo a los sujetos de una relación jurídica particular o a las circunstancias de un caso, podría sostenerse otra cosa.

En el caso de la jurisprudencia mexicana, la Suprema Corte ha determinado que los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación «son vinculantes no solo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares» (Tesis 1a. xx/2013).

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte ha estimado que existen tres factores que resultan útiles a la hora de medir la incidencia de la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado:

En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible. [...] El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir, la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública. [...] El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada. (Tesis 1a. CDXXVI/2014)

IV. Algunos casos particulares

Una vez analizada la eficacia horizontal de la igualdad en términos generales, es preciso valorar algunos supuestos concretos que se han presentado ante la jurisdicción constitucional, y también otros que, aunque no han sido objeto de la jurisprudencia, resulta interesante analizarlos.

1. Convocatorias laborales

Uno de los casos de discriminación en las relaciones entre particulares que ha tratado la Suprema Corte es el relativo a las convocatorias laborales.

En términos generales la Corte estimó que, si bien la prohibición de no discriminación no obliga a contratar o a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto, y que puede hacer a un lado las virtudes de un candidato por los motivos que sean en razón de la libertad de contratación, no puede motivar la exclusión en alguno de los tercios de comparación establecidos en el artículo 1o. constitucional (Tesis 1a. CDXXXII/2014).

Antes de llegar a esa conclusión, la Suprema Corte precisó que en estos supuestos no es necesario exigir un acercamiento entre quien realiza una convocatoria laboral potencialmente discriminatoria y el aspirante mediante una solicitud de trabajo, pues ello conllevaría un efecto residual discriminatorio, situación que conduciría a una revictimización, la actualización de una discriminación y un vaciamiento de la protección de las normas de derechos fundamentales (Tesis 1a. CDXXXVI/2014).

En particular, la Suprema Corte analizó el caso del requisito de la edad para ocupar un puesto. Este supuesto, como reconoció el tribunal,

ofrece peculiaridades muy específicas pues, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos caracteres variables. En cualquier caso, apuntó que este tipo de distinciones suelen apoyarse en estereotipos o estigmas asociados a la edad, como sería la inexperiencia o la poca destreza, en el caso de los jóvenes, o la falta de adaptación y la menor capacidad de reacción, en el caso de los mayores (Tesis 1a. CDXXIX/2014).

Sin embargo, consideró que podían hacerse distinciones en razón de la edad cuando se justificara debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, al contexto en que se lleve a cabo o que constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado (Tesis 1a. CDXXXII/2014).

En caso de que la convocatoria laboral resulte discriminatoria, debe declararse su nulidad, conforme a la Suprema Corte, pero no debe conllevar necesariamente una obligación de contratación, en atención a la libertad contractual (Tesis 1a. xxxiiii/2015).

Aunadas a la nulidad del acto, el juez podría establecer medidas reparatorias de carácter disuasorio, sanciones penales si la ley lo prevé, y una indemnización de los daños causados a la empresa ofertante (Tesis 1a. ii/2015), aunque la Corte pidió a los jueces estar atentos a solicitudes de trabajo fraudulentas «cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización dineraria» (Tesis 1a. xxxiv/2015), pues podría dar lugar al surgimiento de «estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener ciertas cantidades de dinero, tergiversando así los fines para los cuales se ha establecido en nuestro país el derecho fundamental a la no discriminación» (Tesis 1a. xxxiv/2015).

La Suprema Corte se refirió a un caso de discriminación por motivos de edad. Habría que considerar otras causas del tratamiento desigual. Existirán algunas que tengan una menor posibilidad de justificar el trato inequitativo, como puede ser el origen étnico de los aspirantes. Otras, en cambio, permitirán mayor margen de justificación, como las entidades caracterizadas por sus creencias, que podrían tener un interés legítimo en no contratar a personas que no comparten determinada opinión, ideología o religión.

2. Instituciones educativas particulares

Otro sector de particulares a los que la Suprema Corte ha considerado especialmente vinculado por la prohibición de discriminación son los que prestan servicios educativos. En concreto, lo sostuvo en el contexto de acoso escolar, considerando que cuando los particulares prestan servicios públicos educativos a menores o desarrollan actividades relacionadas con los niños en general, se encuentran vinculadas por el principio del interés superior del menor, principio que nos obliga a proteger a los niños de violaciones a su derecho a no ser discriminados (Tesis 1a. CCCX/2015).

Es por ello que estimó que las instituciones educativas particulares deben tomar medidas y acciones afirmativas orientadas a garantizar a niñas, niños y adolescentes la igualdad sustantiva de oportunidades y el derecho a la no discriminación y son responsables de diagnosticar, prevenir, intervenir y modificar positivamente la convivencia escolar a fin de evitar la discriminación (Tesis 1a. CCCXXXII/2015).

También los tribunales colegiados se han pronunciado al respecto, considerando que es obligación de las instituciones particulares que prestan servicios educativos el «mantener una política orientada hacia la dignidad de las personas, en el marco de la no discriminación» (Tesis xxvii.3o.10 CS). Fue por ello que el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito consideró ilegítima la mecánica implementada por una universidad privada que, para diferenciar a los alumnos que han pagado los servicios de educación que presta, los obliga a usar una pulsera, brazaletes o cualquier otro distintivo, «pues dicha acción constituye una forma de discriminación motivada por una condición social» (Tesis xxvii.3o.10 CS).

3. La igualdad en relación con las características de los sujetos de la relación privada

Otro factor que puede incidir en la eficacia horizontal del derecho a la igualdad es la situación de los sujetos de la relación privada. Las características de alguna de las partes de la relación pueden incidir en la intensidad de la obligación de respetar este derecho.

En primer término, puede hacerse esta valoración atendiendo al sujeto activo del derecho a la igualdad. Si un menor de edad puede ser discriminado, el deber de respeto a la igualdad de los otros particulares es más intenso. Como ha indicado la Suprema Corte, la obligación de no discriminación «se impone y se proyecta a todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos, sin excepciones, están obligados

a respetar el derecho a la no discriminación, en especial tratándose de menores, pues debido a su falta de madurez, dicha discriminación puede afectar gravemente su sano desarrollo» (Tesis 1a. CCIX/2014).

En segundo término, puede hacerse la valoración a partir del sujeto pasivo, es decir, del obligado a respetar el principio de igualdad. El profesor Javier Díaz Revoiro (2015) ha considerado que no todas las relaciones entre particulares son iguales para efectos de la discriminación, y ha elaborado una interesante distinción entre diversas categorías de los sujetos obligados. Sitúa, por una parte, a los particulares en general y, por otra, a las empresas que gestionan servicios públicos, las empresas monopólicas y las grandes empresas (p. 154).

Respecto a las que gestionan servicios públicos, como salud, educación o televisión, estima que serían máximas las exigencias de la igualdad. Si reciben financiamiento público, se les debería exigir casi como al Estado y, en casos de emergencia, no podrían justificar jamás un trato desigual. Las empresas que constituyen monopolios o que ofrecen bienes o servicios básicos como energía eléctrica o gas, tendrían exigencias semejantes. Y las grandes empresas, aunque se les debe exigir menos, tampoco puede equipararseles a cualquier otro particular por su posición de dominio o superioridad frente a los clientes.

A la luz de lo anterior se entiende que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que los medios de comunicación juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios. Por ello consideró que tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio, atendiendo a la naturaleza y funciones que desempeñan (Tesis 1a. CLXIII/2013).

También a la luz de esta distinción entre las diversas clases de empresas se entiende que la Corte haya estimado que las compañías de seguros, que gozan de una relevancia, se encuentren vinculadas a la implementación de medidas para erradicar la discriminación de las personas con discapacidad, a menos de que las mismas no encuentren una justificación razonable acorde con los principios de la propia materia (Tesis 1a. x/2013).

Entre los particulares que se encuentran en una posición de igualdad parece que el principio de igualdad debe ceder ante la autonomía de la voluntad. De lo contrario una persona no podría vender su casa a quien quisiera, bien sea por motivos objetivos (una mejor oferta), como por meros caprichos; no podría decidir quién ingresa en su domicilio; o como extremo absurdo no podría contraer matrimonio con quien quisiera. Sin embargo, hay que analizar unos supuestos especiales.

El primero es cuando alguien realiza una oferta pública. No una oferta laboral, pues ese supuesto ya lo analizamos. Nos referimos a ofertas regidas por el derecho civil, como ofertar el alquiler de un inmueble. En caso de que alguien atienda al ofrecimiento, el ofertante podría negarse a celebrar el contrato, en principio, atendiendo a su libertad. La mayoría de las ocasiones esto obedecerá a razones objetivas, como recibir una mejor propuesta económica.

No obstante, también hay que pensar en el rechazo por alguna de las causas discriminatorias. Por ejemplo, si una persona anuncia públicamente que quiere vender su coche pero que no acepta compradores de determinada raza, realizaría una discriminación ilícita (Díaz Revoiro, 2015, p. 172). Sin embargo, si anuncia que quiere subarrendar una habitación y hace una exclusión por sexo, podría estar justificada la diferenciación. En conclusión, las ofertas públicas están en una zona gris.

Un segundo supuesto a valorar es la prohibición de entrada a un local abierto al público y a celebrar contratos de prestación de servicios y de compraventa, que se caracterizan por una reserva en el derecho de admisión. Si hace algunos años se entendía que era lícito que el encargado de la gestión de un local abierto al público pudiera señalar libremente quién podía ingresar y quién no, las exigencias de la discriminación se han ido abriendo paso en estos supuestos, por lo que se puede considerar ilegítima la exclusión de una persona, especialmente por motivos de raza o de sexo (Bilbao, 2006, p. 162).

Un tercer supuesto es el relativo a la disposición de los bienes *mortis causa*. Aunque en principio debe imperar la voluntad del testador, que puede excluir a alguien por el motivo que sea, aunque sea un capricho, habría que analizar algunas cláusulas especiales, como nombrar herederos solo a los «hijos legítimos» y considerar que los otros hijos no tienen derecho a una pensión. En el ámbito europeo (STEDH, Pla y Puncernau vs. Andorra) y en el español (STC 9/2010) no se ha admitido esa diferencia.

V. Conclusiones

Aunque tradicionalmente se entiende que los derechos humanos son una forma de limitar el poder público, la postura mayoritaria actual, tanto doctrinal como jurisprudencial, es que también pueden tener eficacia frente a los particulares, aunque debe realizarse una ponderación en cada derecho en específico.

En el caso de la igualdad, consideramos que por regla general tiene eficacia frente a particulares en sus criterios específicos de la discrimi-

nación, de la igualdad entre mujeres y hombres y la igualdad retributiva, pero que no tiene eficacia en los casos de la igualdad genérica y de la equidad tributaria.

Por lo que hace a las convocatorias de trabajo, la Corte ha estimado que opera la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares, aunque ha permitido hacer diferencias con base en los tercios de comparación prescritos cuando se justificara debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta, al contexto en que se lleve a cabo o que constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

En el caso de particulares que prestan servicios educativos a menores o desarrollan actividades relacionadas con los niños en general, la jurisprudencia ha estimado que se encuentran vinculadas a la prohibición de discriminación en atención al principio del interés superior del menor.

VI. Fuentes

1. *Bibliohemerografía*

- BILBAO UBILLOS, J. M. (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2006). Prohibición discriminación y relaciones entre particulares. *Teoría y realidad constitucional*, (18), 147-198.
- DE VEGA, P. (2002). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der grundrechte*). En *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: UNAM.
- DÍAZ REVOIRO, F. J. (2015). *Discriminación en las relaciones entre particulares*. México: Tirant lo Blanch.
- HERRERA MOLINA, P. (1998). *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho Alemán*. Madrid: Marcial Pons.
- HESSE, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas.
- PALOMEQUE, M. (1982). *Despidos injustificados y libertad sindical*. Madrid: Civitas.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.
- ROSSANO, C. (1996). *L'eguaglianza giuridica nell'ordenamento costituzionale*. Nápoles: Jovene.

SCHMITT, C. (1970). *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional.
SOBERANES, J. M. (2011). *La igualdad y la desigualdad jurídicas*. México: Porrúa.

2. Jurisprudencia

a) México

Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, t. II, octubre de 2012, p. 789.

Tesis 1a. CDXXV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro XIII, t. I, diciembre de 2014, p. 219.

Tesis 1a. II/2015 (10a.) publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro XIV, t. I, enero de 2015, p. 760.

Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XX, t. I, mayo de 2013, p. 558.

b) España

ATC 1069/1987, de 30 de septiembre.

STC 119/2002, de 20 de mayo.

STC 9/2010, de 27 de abril.

c) Alemania

BVerfGE 7, 198.

BVerfGE 4, 144.

d) Otras

Corte Constitucional Italiana, sentencia del 9 de julio de 1970.

Suprema Corte de Estados Unidos, casos Smit vs. Allright de 1944, Schellley vs. Kremer de 1948.

STEDH en el caso Pla y Puncernau vs. Andorra, del 13 de julio de 2004.

Exigibilidad de los derechos sociales a partir del neoconstitucionalismo

Agustín Eugenio Martínez Elías*

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen y desarrollo de los derechos sociales fundamentales. III. Derechos sociales y neoconstitucionalismo. IV. Argumentos contra la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz del neoconstitucionalismo. IV.1. La estructura e indeterminación de los derechos sociales. IV.2. La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías. IV.3. Desvinculación de derechos sociales y el Estado. IV.4. Barreras ideológicas. IV.5. Postura antidemocrática. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. Introducción¹

Los derechos sociales, como lo son el derecho a la salud, educación, vivienda y alimentación, entre otros, han adquirido una importancia fundamental frente a las condiciones actuales de pobreza extrema y desigualdad.

A pesar de que actualmente muchos de estos derechos ya son reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución, existen diversos problemas que se presentan para exigirlos directamente, sobre todo a través de los tribunales. Por ello, recientemente se ha teorizado sobre su validez constitucional y las dificultades que existen para exigirlos de forma directa frente a los tribunales constitucionales y cómo superarlas.

Con base en lo anterior, este trabajo busca reflexionar sobre algunas de las problemáticas contemporáneas frente a la justiciabilidad de

* Agente investigador adscrito a la Secretaría General de la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato.

¹ El presente trabajo se desarrolló bajo la tutoría del doctor Francisco M. Mora Sifuentes y con el apoyo del Conacyt a través del Programa de Calidad de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato.

los derechos sociales y cómo podrían ser sorteadas a partir del denominado neoconstitucionalismo. Este nuevo fenómeno del derecho tal vez podría ayudar a vencer las limitaciones que existen frente a este grupo de derechos y hacerlos más accesibles para la población a través de los mecanismos jurisdiccionales.

Así, este trabajo tiene como objetivo discutir sobre la relación que se puede dar entre derechos sociales y neoconstitucionalismo, en lo tocante a las dificultades de este grupo de derechos que ya se encuentran reconocidos en la Constitución mexicana.

II. Origen y desarrollo de los derechos sociales fundamentales

Actualmente el concepto de derechos sociales contiene elementos que permiten identificarlos como aquellos derechos universales (es decir, sus titulares son todas las personas) que imponen una obligación preminentemente prestacional a los poderes públicos del Estado.

Esta conceptualización de los derechos sociales como derechos exigibles no siempre ha sido de esta manera, pues su reconocimiento y correcta comprensión han atravesado un proceso histórico largo, mismo que permite identificar algunos antecedentes en el derecho occidental, incluso desde la Revolución francesa.

En este sentido, el desarrollo temprano de derechos y libertades de corte civil y político trajeron el trazado de una doctrina sobre las supuestas generaciones de derechos humanos y con ella la categorización de los mismos y la aparente superioridad de unos sobre otros, lo que perjudicó la justiciabilidad de los derechos sociales considerados de segunda generación o derechos de segunda categoría y los colocó, así, por debajo de otros derechos.

De acuerdo con Carlos Miguel Herrera (2008), el derecho que encabezaría el reconocimiento de lo que hoy conocemos como derechos sociales no es el derecho al trabajo —como podría pensarse— sino más bien el derecho a la asistencia. Sobre ello el mismo autor señala que, derivado del plan de trabajo del Comité de mendicidad de la Constituyente francesa de 1790, se puede advertir la sentencia de que ahí donde había mendicidad existía una violación de los derechos del hombre (p. 12).

Así, este derecho finalmente fue reconocido en la Constitución francesa de 1793: «Los socorros públicos son una deuda sagrada; la sociedad debe su subsistencia a los ciudadanos desgraciados, bien procurándoles trabajo, bien asegurando los medios de existir a los que están imposibilitados de trabajar» (artículo 21).

Como puede observarse, este antecedente establecía una obligación para el otorgamiento de una prestación de socorro público, ello con cargo no al Estado, sino a la sociedad en general, además de ir dirigida exclusivamente a un sector de la población que se considera desaventajado, como lo son los ciudadanos desgraciados que no tienen trabajo, y no como se entienden los derechos sociales actualmente: universales.

Incluso anterior a ello, en la Constitución francesa de 1791 se estableció la creación de una institución de auxilio dirigido especialmente a niños, pobres y enfermos, así como a los que no tienen trabajo: «Se creará y organizará un establecimiento general de Asistencia pública, para proteger a los niños abandonados, dar asistencia a los pobres enfermos y procurar trabajo a los pobres que siendo capaces no han podido procurárselo» (Constitución francesa, 1791, título 1o.).

De acuerdo con la visión de Herrera (2008), estos dos antecedentes son un hito en la asociación de un derecho «social» a una condición objetiva como lo es la pobreza, por ello se considera que estos derechos fueron pensados desde una lógica de los derechos sociales para la integración social, misma que se hace presente desde su origen y que será la lógica bajo la cual, posteriormente, serán constitucionalizados (p. 13).

Sobre los primeros antecedentes de los derechos sociales se puede concluir que «[e]n el siglo XVIII la ayuda o el apoyo a pobres, niños o ancianos expósitos era asunto librado a la familia o la beneficencia pública y privada en forma de deberes jurídicos o morales» (Arango, 2017, p. 468).

Posteriormente, «en el siglo XIX los derechos sociales se identificaron con demandas que, mediante luchas políticas y sociales, podían lograr el status de derechos legales de grupos particulares, como en el caso de los trabajadores asalariados» (Arango, 2017, p. 468).

Como lo fue el caso de la Constitución francesa de 1848, donde también se reflejaron los derechos sociales en su artículo 13, al conjuntar el derecho al trabajo y a la provisión de asistencia a poblaciones en condiciones desaventajadas. Se observó que el derecho al trabajo quedaría supeditado a los recursos limitados del Estado, y desde entonces se acuñó el entendimiento de que «los derechos sociales se hallan no solo ligados a la particularidad de una categoría social sino también a la actividad material del Estado» (Herrera, 2008, p. 24).

La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y anima el desarrollo del trabajo mediante la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad en las relaciones entre el patrón y el obrero, las instituciones de prevención y de crédito, las institucio-

nes agrícolas, las asociaciones voluntarias, y el establecimiento, por parte del estado, los departamentos y los municipios, de trabajos públicos propios para el empleo de los brazos sin ocupación; procura la asistencia a los niños abandonados, a los impedidos y a los ancianos sin recursos, y a quienes sus familias no puedan socorrer. (Constitución francesa, 1848, artículo 13)

Existen algunas legislaciones que posteriormente recogieron, en los términos antes señalados, algunas prerrogativas en favor de ciertos sectores de la sociedad, como lo fueron la ley de pobres de 1834 en Inglaterra, las leyes Bismarkianas del seguro de 1883 y del seguro de accidentes de 1884.

Con esto se pretende visibilizar que la idea generacional de los derechos, que ha abonado a la fundamentación de preferencias de los derechos civiles y políticos por encima de los sociales —por ser estos posteriores a aquellos— está lejos de ser una visión historiográfica correcta o, como menciona Lloredo (2018), lejos de ser aséptica (p. 84).

Para algunos autores como Baldassarre (2001), entre los años ochenta del siglo XIX y los años treinta del siglo XX, casi todos los Estados de origen liberal comenzaron a realizar sus principales reformas legislativas y sociales que abrieron paso a las premisas esenciales para la institucionalización de un Estado social.

Dentro de este periodo de legalización de derechos sociales, encontramos que la Constitución mexicana de 1917 establece, por primera vez, los derechos sociales; esta fue seguida —en enero de 1918— por la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, la cual posteriormente se incorporaría a la primera Constitución soviética, y la Constitución de Weimar de 1919.

Para Herrera (2008) es posible denominar a esta etapa como constitucionalismo social, entendido como «el movimiento de incorporación de cláusulas programáticas de contenido económico y social en los textos constitucionales» (p. 58).

A pesar del surgimiento de al menos dos movimientos —marxismo y la voz de la iglesia católica a través del papa León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*— que presentaron ideas que exigían un cambio social para evitar así la explotación del hombre por el hombre que generaba el capitalismo, la institucionalización de los derechos sociales no fue unívoca (Cantú, 1995, p. 310).

Su establecimiento constitucional —tan disímil en diversas partes del mundo y sin aparente conexión entre sí— lejos de tener un origen ideológico común o de obedecer a un movimiento político y social específico y uniforme, se debió más bien a impulsos aislados y diversas luchas sociales (Baldassarre, 2001, p. 22).

A pesar de lo anterior, se considera que sí podemos encontrar en ellas una pretensión común, pues, como señala Mauricio Fioravanti (2006), dentro de las transformaciones constitucionales del siglo xx se encuentra la pretensión de:

inspirar la acción de los poderes públicos, penetrando en la esfera de la economía, a favor de objetivos de carácter social, situados en el ámbito del trabajo, de la instrucción, de la asistencia. Ecllosiona bajo este aspecto el acontecimiento propio del siglo xx, de los derechos. (p. 122)

A pesar de estar en los textos constitucionales, los derechos sociales no alcanzaron el mismo status que los derechos clásicos de autonomía, puesto que su llegada a las cartas magnas lo fue también con la creencia arraigada de que los mismos son cercanos a la caridad, dirigidos únicamente a sectores desprotegidos y realizables a la luz de las posibilidades de los Estados, es decir, su constitucionalización, más bien, los consideró normas programáticas.

Sobre la falta de exigibilidad de los derechos sociales, Herrera (2008) señala que, en primer término, la teoría que fundamentó los derechos sociales analizada desde la Constitución de Weinmar de 1919 era carente de un significado constitucional específico, pues se consideraba que únicamente contenía premisas, indicaciones o directivas dirigidas al legislador quien, sobre una base discrecional, los podría traducir en preceptos legislativos; lo que los convertía en meros derechos legales, configurables en derechos únicamente en razón a una ley ordinaria. Así también, considera que otra concepción adoptada a partir de esa constitución fue la de los derechos sociales como normas de principio, que obligan al legislador ordinario a desarrollarlas, puesto que ellas son jurídicamente relevantes en la interpretación de valores constitucionales establecidos (pp. 4-6).

Por ello, los derechos sociales fundamentales como normas de principio y como normas directivas, han configurado tal vez las modalidades más cotidianas para la constitucionalización de estas prerrogativas, y han traído consigo complicaciones frente a la determinación del alcance y contenido de los mismos, así como de su juridización.

En ambos casos, el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de Weinmar de 1919 se trató de un reconocimiento de los derechos sociales esencialmente político constitucional, en vez de jurídico constitucional, con lo cual se negaba que estos estuvieran en el mismo plano de los derechos de libertad clásicos (Herrera, 2008, p. 9).

En la misma tónica pero frente al caso mexicano, la Constitución de 1917 estableció el derecho al trabajo, el derecho a la educación y la

limitación a la propiedad privada por el interés público. Al respecto podemos señalar que su instauración fue desafortunada, pues la mayoría de los derechos sociales no consistieron en la imposición de deberes a los órganos estatales (a excepción del derecho a la educación).

Lo anterior debido a que no se establecieron obligaciones estatales de prestación en favor de las personas, sino más bien una serie de limitantes en contra de particulares (iglesia, latifundistas y patrones), ello con base en la idea de la función del Estado como mediador en las relaciones entre particulares, por lo cual estos derechos no podían ser reclamables mediante el juicio de amparo (Parceró y Carbonell, 2009, p. 503).

Así, podemos ver que el constitucionalismo social mexicano de 1917 estableció ciertas prerrogativas en materia social que no eran meramente derechos, puesto que no producían una obligación directa del Estado, sino más bien intentaron regular relaciones entre particulares frente a necesidades de corte social prestacional.

El derecho a la educación en el artículo 3o. de la Constitución original de 1917 sí establecía obligaciones directas sobre el Estado mexicano, sin embargo, su establecimiento se entendía en la misma dinámica en la que habían sido reconocidos estos derechos en el mundo occidental, es decir, su otorgamiento sujeto a los recursos del Estado, por ello los derechos sociales en México surgidos de la Revolución son entendidos como «recomendaciones o programas que las autoridades deben ir observando tal como vayan pudiendo o que no deben violar de forma manifiesta y grosera» (Parceró y Carbonell, 2009, p. 504).

A diferencia del entendimiento constitucional alemán de 1919 de los derechos sociales como derechos legales que deberían ser desarrollados por el Poder Legislativo, en el caso de México en su Constitución de 1917:

el contenido de los derechos sociales no vincula a todas las autoridades, sino nada más a las de carácter administrativo, pues el legislador no está, por virtud de esos derechos, obligado a tomar ningún tipo de medida, ni tampoco los jueces, dentro de cuya esfera de competencia no se encuentra prácticamente ninguna atribución en materia de derecho a la vivienda o derecho a la educación. (Carbonell, 2005, p. 43)

El reconocimiento de los derechos sociales en México como en el mundo ha sido gradual y, si se tiene en cuenta que su establecimiento se ha dado dentro de un contexto de Estados liberales, ello ha llevado a considerarlos no solo diferentes a los derechos y libertades clásicas, sino incluso contrarios a las mismas.

Esta aparente inconciliabilidad de derechos liberales y clásicos reside en la aparente incompatibilidad de los principios de un Estado liberal (relacionado con la mínima intervención estatal) y de un Estado social (mayor intervención estatal para impedir los abusos entre particulares), así como entre dos ideas como la libertad y la igualdad.

Lo anterior debido a que las libertades clásicas mayormente exigen una actitud de respeto del Estado frente a los gobernados, mientras los derechos sociales exigen mayormente una intervención estatal para garantizar determinados servicios o prestaciones básicas de las personas como lo son la vivienda, la salud, la alimentación, el trabajo, entre otros.

Reflejo de la anterior inercia es que después de la Segunda Guerra Mundial, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se daría un debate ideológico entre las naciones liberales y socialistas sobre la creación de un instrumento internacional vinculante que incluyera a ambas categorías de derechos o que quedasen separadas en dos instrumentos distintos; finalmente los derechos civiles y políticos quedarían en un instrumento internacional mientras que los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) se establecerían en otro, lo que reforzaría así la idea de su diferenciación y abonaría a la imposibilidad de exigibilidad directa de estos últimos (Arango, 2015, p. 1648).

Después del establecimiento de los DESC en la Constitución mexicana de 1917, José Ramón Cossío identifica una segunda constitucionalización de los mismos a partir de los años setenta, que desde nuestra perspectiva seguía la tónica de mantener a los derechos sociales como normas programáticas de segunda categoría.

Hay una segunda generación de los derechos sociales que requiere el ejercicio de prestaciones materiales a cargo del gobierno. Cuando el Estado, en cumplimiento a lo prescrito por el artículo 4o. constitucional determina que debe dar vivienda, que debe establecer un derecho a la salud, o que hay un derecho al medio ambiente. De esta forma, el Estado debe destinar recursos a dichos fines ya que la satisfacción de esos derechos conlleva el otorgamiento de prestaciones materiales. (Cossío, p. 135)

Sin embargo, podemos encontrar aún más recientemente, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, una nueva oleada de constitucionalización de los derechos sociales en el continente americano, mediante la cual estos se incorporan como derechos fundamentales.

Numerosas constituciones latinoamericanas y de Europa del Este luego de la caída de los regímenes militares y de la disolución de la Unión Soviética, otorgan

a los derechos sociales un estatus jurídico equivalente a los derechos de libertad. Sucesivas reformas constitucionales en Latinoamérica –Brasil (1988), Colombia (1991), Perú (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Ecuador (2008), Bolivia (2009)– y en Europa Oriental reconocen implícitamente derechos sociales fundamentales. (Arango, 2015, p. 1682)

En el caso de México, con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se reconocen los derechos humanos establecidos en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por el Estado, entre los cuales se encuentran algunos de importancia en materia de derechos sociales como lo son el Protocolo Internacional de DESC, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de DESC «Protocolo de San Salvador».

A pesar de lo anterior, es importante que estos derechos no solo se encuentren debidamente establecidos en los textos constitucionales, sino que en la práctica este reconocimiento se vea reflejado en una exigibilidad y justiciabilidad directa de los mismos.

No es, pues, la lucha contemporánea por los derechos sociales una lucha de reconocimientos, sino de eficacias. Al respecto, Rodolfo Arango ha señalado que la comprensión de los derechos sociales en la actualidad ha quedado atrapada entre dos significados:

para algunos se trata de verdaderos derechos universales —por ejemplo el derecho a un mínimo social (vital, existencial)— con la misma importancia que los derechos fundamentales de defensa; para otros, sus titulares pueden ser los nacionales que por su situación objetiva de necesidad son protegidos por la comunidad política particular mediante disposiciones generalmente de ley. En el primer caso los derechos sociales son universales; en el segundo los titulares de prestaciones legales son los miembros de la sociedad nacional, lo que excluye a los extraños o a los que pueden satisfacer ellos mismos sus necesidades. El divergente sentido y alcance reconocido a los derechos sociales exige profundizar en el estudio de su concepto, fundamento y exigibilidad. (Arango, 2015, p. 1684)

Habida cuenta del surgimiento accidentado y tal vez minimizado de los derechos sociales, se considera que muchas de las creencias adoptadas durante el surgimiento, legalización y constitucionalización de estos derechos, siguen teniendo un grave efecto sobre su comprensión contemporánea.

III. Derechos sociales y neoconstitucionalismo

Con base en el análisis de literatura especializada sobre los derechos sociales, se advierte que frente a la exigibilidad y justiciabilidad de los mismos se pueden identificar diversos problemas teóricos o prácticos que bien vale la pena analizar, entre los cuales se considera que los más importantes son los siguientes: a) la estructura de los derechos sociales; b) la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías; c) la desvinculación de derechos sociales y el Estado; d) las barreras ideológicas; e) los obstáculos presupuestales (postura contra democrática).

Como se adelantó, el objetivo de este trabajo es analizar las problemáticas antes descritas a la luz del neoconstitucionalismo, con el fin de identificar si este fenómeno jurídico coadyuva de forma alguna a sortear estas problemáticas identificadas para hacer más accesibles los derechos sociales fundamentales en sede jurisdiccional.

Así, para efectos de este trabajo, se hace referencia al neoconstitucionalismo como un canon que desde sus inicios ha funcionado como herramienta de análisis sobre el constitucionalismo contemporáneo y sus diversos cambios notables en la teoría constitucional y la filosofía del derecho (Martínez, 2019, p. 6). Desde nuestra perspectiva, las características de este constitucionalismo permiten diferenciarlo claramente a nivel teórico del positivismo jurídico legalista y a nivel práctico del Estado legal de derecho.

Entre las características de los neoconstitucionalismos que se identificaron se encuentran las siguientes:

- a) Una concepción normativa de la constitución (Aguiló Regla, 2001, p. 447; Moreso, 2003, p. 271), de forma que no solo es una norma orgánica, sino una sustantiva de jerarquía superior que debe ser transversalizada a todo el ordenamiento jurídico, lo que ha traído, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, el reforzamiento del Poder Judicial para el desempeño de esa tarea.
- b) Se identifica además como un proceso de constitucionalización de derechos fundamentales desde la postguerra señalada (Atienza, 2013, p. 39), lo que trajo un mayor desarrollo normativo, e incrementó el trabajo de los jueces para informar todo este nuevo contenido sustantivo de las constituciones al sistema jurídico.
- c) Finalmente, se considera, con base en lo anterior, que el Poder Judicial adquiere un protagonismo mayor en el Estado constitucional de derecho, derivado de la obligación de convertirse en un operador jurídico que ya no solo describe el derecho, sino que lo transforma de conformidad con reglas y principios —es decir, la moralidad

incorporada en el derecho— lo que implica que será en sede jurisdiccional donde se defina el significado y la validez del derecho (Nava, 2015, p. 225; Alexy, 2008, p. 21).

Finalmente, derivado de la concepción normativa de la constitución y de su entendimiento como un conjunto de reglas y principios, se ha exigido el desarrollo de nuevas técnicas de interpretación y aplicación del derecho (conocidas como parte de la interpretación especial constitucional), lo que mantiene en un espacio central el papel de los jueces en el constitucionalismo contemporáneo.

Los jueces tienen, a fin de cuentas, el papel de analizar, interpretar y aplicar la constitución, ahora como texto normativo que debe informar todo el ordenamiento jurídico, lo que los convierte en los garantes de la validez y eficacia del derecho que anteriormente residía en el Poder Legislativo (Zagrebelsky, 2011, p. 153).

En este orden de ideas, se plantean a continuación los retos de los derechos sociales antes señalados y se contrastan con el rol descrito que desempeña el Poder Judicial en este nuevo constitucionalismo, para analizar si este último abona o es benéfico a la exigibilidad directa de derechos sociales en sede jurisdiccional.

IV. Argumentos contra la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz del neoconstitucionalismo

1. La estructura e indeterminación de los derechos sociales

La primera crítica de los derechos sociales obedece a su naturaleza como derechos concebidos de forma diferenciada u opuesta a los civiles y políticos, y por lo tanto ambos cuentan con una naturaleza diferente, misma que tiene implicaciones posteriores en su exigibilidad (Abramovich y Curtis, 2002, p. 21).

Sobre este tema señala Prieto Sanchís que:

la vida, la propiedad y la libertad son para la filosofía política liberal derechos naturales anteriores a cualquier manifestación institucional, y precisamente, si el Estado existe, es con el único fin de protegerlos; por ello, el Estado puede resultar necesario para garantizar dicha protección, pero en ningún caso para definir lo esencial del contenido de los derechos. (2000, p. 19)

Uno de los puntos para sostener esta afirmación es el argumento de que los derechos civiles y políticos exigen obligaciones negativas

o de abstención para el Estado, mientras que los derechos sociales exigen obligaciones positivas o prestaciones, que en la mayoría de los casos deben solventarse con los recursos públicos.

Esta línea de pensamiento lleva a considerar que los derechos clásicos se agotan con una simple abstención por parte del Estado frente a la esfera jurídica de los gobernados, ya sea sobre su vida, libertad o propiedades, ya que estos son, por antonomasia, los derechos oponibles al Estado, no así los sociales que exigen prestaciones y servicios públicos con cargo al Estado y por lo tanto a sus recursos.

Este tema ha sido ampliamente abordado por diversos autores de literatura especializada en derechos sociales (tales como Arango, 2009; Parcero, 2000; Abramovich y Courtis, 2002; Prieto Sanchís, 2000) de la cual se advierte que la diferencia entre derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales es una diferencia de grados, no así una diferencia natural o radical.

Sobre esto, Prieto Sanchís (2000) ha vertido tres argumentos de gran importancia, que son:

1. Aunque los derechos sociales tienen una vocación sobre prestaciones por parte del Estado, lo cierto es que no todos los derechos sociales requieren de una prestación, por ejemplo, algunos de los derechos laborales que únicamente exigen una abstención estatal como lo es la huelga o libertad sindical.
2. En estricto sentido, los derechos que implican prestaciones o erogaciones por parte del Estado son la gran mayoría, esto incluye los civiles y políticos como el acceso a una defensa jurídica o a la protección administrativa, puesto que ellos también requieren de prestaciones valiables en dinero, y pueden ser considerados también como derechos prestacionales.
3. Las técnicas prestacionales no pertenecen en exclusiva a alguna clase de derechos, sino que en general son aplicables para cualquiera de los fines del Estado, por lo tanto se exige la existencia de una organización estatal previa que permita garantizar cualquier derecho.

Por lo tanto, el problema de la estructura de los derechos sociales en realidad no es de todos los derechos sociales, pues existen algunos que se agotan con una simple abstención del Estado —como la abstención del Estado de dañar la salud de las personas— además, esta es una estructura que presentan muchos de los derechos civiles y políticos, por ende, dicha estructura, aparentemente problemática, no es exclusiva

de derechos sociales sino de derechos con una vocación prestacional sean sociales o civiles y políticos.

Uno de los extremos de esta postura es el denominado argumento de la irreconciliabilidad de los derechos sociales con los derechos individuales, a partir del cual, por ejemplo, se ve el cobro de impuestos para la redistribución como una injerencia arbitraria del Estado y contraria a la libre disposición de bienes (Cruz Parceró, 2000, p. 109).

Sobre este tema Arango (2009) reconoce que uno de los problemas actuales de los derechos sociales sigue siendo

la negativa a reconocer el igual estatus de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos.

[...]

Mientras que los derechos civiles y políticos son reconocidos como fundamentales en cabeza de los nacionales con ciertos privilegios (clase burguesa), los derechos sociales son degradados a meras aspiraciones del proletariado (clase proletaria), que deben conquistarse en la arena política y recibir consagración legal como derechos de desarrollo progresivo, no exigibles directamente ante los jueces. (p. 5)

Aunque este mismo autor reconoce que esta división ha sido aclarada y prohibida en el derecho internacional de los derechos humanos, aún hace falta que se tenga eco en la práctica nacional, puesto que no solo se requiere su superación en la teoría o en el derecho internacional, sino en la práctica cotidiana de la justiciabilidad de los derechos.

Este argumento en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales señala que existe una dificultad intrínseca a la hora de determinar el alcance y contenido de un derecho social, lo que a su vez dificulta identificar cuando hay una violación a dichos derechos y determinar la medida en que podrían repararse.

Así, la falta de determinación del alcance y contenido de algunos derechos sociales ha sido utilizada para omitir la judicialización de la mayoría de ellos, es decir, se ha concebido que su determinación debe ser en sede legislativa, siendo este poder el encargado de definir el alcance y contenido de los derechos sociales en normas de menor jerarquía, lo que resulta problemático al convertir a los derechos sociales en derechos legales, supeditados a la actividad legislativa.

Se considera que otro de los efectos es la espera de que el Poder Ejecutivo determine el alcance y contenido de los derechos sociales fundamentales, lo cual, de entrada, parece una buena idea puesto que

generalmente este constituye la primer garantía de estos derechos, sin embargo, ello deja intocadas decisiones o políticas que puedan devenir contrarias, insuficientes o arbitrarias frente al aseguramiento de estos derechos.

Cruz Parceró (2000) señaló que toda vez que el contenido y alcance de la mayoría de los derechos sociales es muy impreciso, se ha puesto en duda la capacidad del juez de determinar su contenido, sin embargo, esta tesis no resulta muy fuerte por no ser una característica exclusiva de los derechos sociales, además de que este problema no es una rareza para la jurisprudencia (p. 108).

Por su parte, Nuria González y Odalinda Chávez (2008) señalan que la indeterminación de los derechos civiles y políticos no ha sido un factor para dejar de ser exigibles vía jurisdiccional, por lo tanto, no debería ser un factor en la justiciabilidad de los derechos sociales:

En los tratados internacionales hay algunas disposiciones jurídicas de justiciabilidad incuestionable que son imprecisos, por ejemplo el artículo 7o. del PIDCP prohíbe la tortura y los tratos crueles e inhumanos, mas no aclara el contenido; sin embargo, la legislación, la jurisprudencia tanto nacional como internacional, así como los aportes doctrinales han contribuido a precisarlos semánticamente. (p. 140)

A pesar de lo anterior, se considera que la indeterminación de los derechos sociales sigue minando su justiciabilidad, debido a que, aunque en la academia es un problema ampliamente revisado, en la práctica nacional parece mantener su efecto en la actuación de los jueces y los practicantes del derecho.

Probablemente por ello es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Observaciones finales realizadas al Estado mexicano en 2018, mostró su preocupación por la falta de una cultura jurídica de exigencia de estos derechos, recomendando lo siguiente al Estado:

le alienta a llevar a cabo capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso y otros actores, sobre el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, y a llevar a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los derechos. (p. 1)

Sobre esta estructura con vocación prestacional de los derechos sociales y la indeterminación de algunos de ellos, se considera que el papel de la judicatura para garantizar su goce y ejercicio puede ser en primer término recordar que en el Estado constitucional, los derechos estable-

cidos en la Carta Magna adoptan una cualidad de supremacía constitucional y un carácter normativo.

Lo anterior implica que todos los derechos fundamentales —esto incluye a los sociales— deben informar todo el ordenamiento normativo, de forma que maximizar su eficacia y prevalencia en todos los actos y normas de los tres poderes públicos vendría a ser una tarea del Poder Judicial.

Así, el trabajo de los jueces en el Estado constitucional frente a la indeterminación de los derechos sociales exige, en primer lugar, verificar que se trate efectivamente de un derecho social indeterminado, no así de un derecho social que pueda ser cumplido a través de una abstención por parte del Estado, como la obligación del Estado de no lesionar la salud de determinadas personas. En segundo lugar, si se tratase de un derecho indeterminado, se vería compelido a adoptar la interpretación del alcance y contenido de los derechos que no estén claramente definidos en cada caso concreto.

En esencia se considera que el Poder Judicial debería aplicar las formas especiales de interpretación constitucional a derechos sociales indeterminados, de manera que sea posible identificar en el caso concreto si el Estado ha vulnerado el mismo. Ello implica, por ejemplo, la determinación de la prestación que ha de ser proporcionada para dar cumplimiento al derecho fundamental, así como la determinación de bajo qué condiciones se estaría vulnerando ese derecho en el caso concreto, ello cumpliría con su proyección en la ley o acto reclamado.

Es importante recordar que recientemente han sido elaborados algunos elementos que son de utilidad para determinar el alcance y contenido de los DESC, sobre los cuales puede apoyarse la judicatura. Cabe mencionar que, como lo menciona Cristian Courtis (2009):

mientras en muchos países de la región sigue primando la idea tradicional de que los derechos sociales no son justiciables, existe una tendencia que marca una pauta de ruptura de la tradición dominante en esta materia. Misma que confirma muchos de los desarrollos en la materia efectuados por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. (p. 30)

Sirve de ejemplo la Observación general no. 13 del Comité DESC (1999) sobre el derecho a la educación, en la cual se señala que la educación en todas sus formas tendrá que reunir las siguientes cuatro características interrelacionadas, que deberán analizarse a la luz de las condiciones que imperen en el Estado de que se trate: disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad material, accesibilidad económica), aceptabilidad y adaptabilidad. Véase también la Observa-

ción general no. 15 del mismo Comité (2002) sobre el derecho al agua, donde se hace mención a los siguientes factores para el adecuado ejercicio del mismo: disponibilidad, calidad y accesibilidad (accesibilidad física, accesibilidad económica, no discriminación y acceso a la información). Con lo anterior, podemos ver que existen ya esfuerzos interpretativos que han comenzado a esbozar criterios de análisis sobre las obligaciones estatales de derechos de corte prestacional.

Por otro lado encontramos que recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido responsabilidad internacional de Estados por vulneración directa de derechos sociales. Al respecto Christian Courtis (2009) ha señalado que:

desde el punto de vista del contenido, la generalidad y universalidad de la ley, la definición de los titulares y del alcance de los derechos sociales en términos universales, permite identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. (p. 32)

2. La tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías

Otro argumento que recae en contra del reconocimiento de los DESC como derechos y refuerza su consideración como normas programáticas es lo relativo a la confusión o fusión de los conceptos de norma y garantía jurisdiccional. En este sentido, se ha considerado que los DESC no son derechos debido a que no es posible exigirlos jurídicamente frente a un juez, lo que implica, que al ser una característica de los derechos el poder exigirlos judicialmente, aquellos que no cuentan con una garantía jurisdiccional directa no tienen tal calidad, como si la declaración de derecho y la garantía fueran requisitos *sine qua non* de la validez de un derecho fundamental. Lo anterior sucede cuando analizamos la validez de los derechos sociales a la luz del concepto de derechos subjetivos públicos de Kelsen, concepto «identificado desde un sentido técnico con la acción o facultad del titular de recurrir a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de una obligación correlativa» (Cruz Parceró, 2000, p. 92). Este fenómeno ha sido identificado con claridad por Ferrajoli (2010) como la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, a través de la cual se ha buscado:

negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente esti-

pulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación. (p. 43)

Esta tesis de la distinción también implica que en materia de los derechos sociales, no debe ponerse en duda su estatus de derechos por la ausencia de una garantía jurisdiccional para su exigibilidad, sino al contrario, apelar al fortalecimiento de sus garantías, entre las cuales se encuentra la jurisdiccional. De una lectura de lo anterior, a la luz del neoconstitucionalismo descrito, se señala que el carácter normativo de la constitución, implica que un derecho fundamental (así sea un derecho social fundamental) no precisa de un requisito adicional para ser una obligación del Estado. Más allá de lo anterior, Paolo Comanducci (2009) señala que el neoconstitucionalismo cuenta precisamente con un primer objetivo, que es el de garantizar los derechos fundamentales:

En particular [el neoconstitucionalismo ideológico] subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales [...] subraya la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución. (p. 96)

En vista del cambio de acentuación que impone el neoconstitucionalismo descrito, se considera que la falta de garantías jurisdiccionales para la exigibilidad de derechos sociales fundamentales nunca pondría en tela de juicio su calidad normativa constitucional, sino al contrario impulsaría la construcción de vías para la concreción en sede jurisdiccional de los mismos. En adición a lo anterior, se recuerda que este fenómeno jurídico tiene como uno de sus principales objetivos un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, mismo que exigiría en el Poder Judicial el despliegue de una interpretación constitucional que dé solvencia a la aparente falta de garantías jurisdiccionales.

3. Desvinculación de derechos sociales y el Estado

En primer término, es importante recordar que desde las primeras normas que constituyen los antecedentes de los derechos sociales, se observó que estos han sido tradicionalmente relacionados con la caridad y buena voluntad de las personas, para proporcionarles determinados servicios como alimentación, medicación y asistencia social, entre otros, lo cual facilita su vinculación más con deberes morales entre particulares que con su verdadero reconocimiento como derechos humanos. Desde nuestro punto de vista no es una idea superada totalmente,

pues quedan aún remanentes de estos prejuicios en el entendimiento de derechos sociales fundamentales y su plena vinculatoriedad frente al Estado, lo que las deja al arbitrio de políticas públicas asistencialistas o paternalistas.²

El concepto de derechos subjetivos sigue vinculado a las tradicionales teorías de la voluntad y del interés. Frente a tal realidad teórica es necesario abstraerse más para definir el concepto de derechos subjetivos de forma tal que sean entendidos como posiciones normativas de un sujeto (individual o colectivo) para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a dicho sujeto. (Arango, 2009, p. 5)

En este sentido, la relación de los derechos sociales con una obligación ajena al Estado lleva a reforzar la idea de que no se trata de verdaderos derechos fundamentales, y de que su falta de proveimiento no se configura en una violación a derechos humanos de las personas, sino un cambio de políticas, lo que lleva a considerarse en el mejor de los casos en la falta de solidaridad o caridad para con las personas que no logran acceder a los mismos, lo que deja al Estado fuera de la fórmula de los derechos sociales.

Por ejemplo, sobre la descolocación de las obligaciones de los derechos sociales en México, señala Cruz Parcero (2000) que, efectivamente, desde el establecimiento inicial de los derechos sociales en la Constitución de 1917, estos estuvieron muy vinculados a los ideales de la Revolución, pasaron por alto el establecimiento de obligaciones oponibles al Estado para su garantía y se limitaron, únicamente, a tutelarlas a través de prohibiciones a particulares como lo fueron la iglesia, los latifundistas o los patrones (p. 80).

Esta interpretación o entendimiento de los derechos sociales es comprensible dentro del Estado de derecho liberal, donde, como se anotó anteriormente, los derechos válidos son los derechos civiles y políticos (Atria, 2004, p. 16), sin embargo, esta postura parece tener gran influencia aún en la actualidad, donde el debate persiste sobre cuál es la verdadera vocación del Estado; si un Estado mínimo que interfiera lo menos posible dentro de la vida de las personas o un Estado social, al que se le exige una intervención mayor para garantizar mínimos vitales a todas las personas.

² Algunas ideas en este sentido fueron presentadas aún por algunas Delegaciones en el Informe del Grupo de Trabajo de composición abierta sobre un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su primer periodo de sesiones del 15 de marzo de 2004.

Otro aspecto que refuerza el distanciamiento entre los derechos sociales y las obligaciones de los Estados, es un tema técnico claramente identificado por Luis Prieto Sanchís, quien señala la dificultad de identificar con claridad las obligaciones que derivan de los derechos sociales.

Tal vez sea uno de los motivos que explican las particulares dificultades de los derechos prestacionales: las libertades generan un tipo de relación jurídica sencilla donde los individuos saben perfectamente en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos, mientras que estos otros derechos requieren un previo entramado de normas de organización, por cierto carentes de exigibilidad inmediata, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho. (Cruz Parceró, 2000, p. 25)

Así, las cuestiones técnicas necesarias para que el Estado pueda estar en condiciones de garantizar un derecho prestacional pueden dificultar la identificación de los funcionarios públicos que han sido omisos, puesto que en la planificación previa intervienen infinidad de funcionarios, lo que se considera colabora a generar un contexto de vaguedad frente a su exigibilidad.

Ante la desvinculación de los derechos frente al Estado a causa de los prejuicios que aún arrastran sobre su imposible indeterminación y exigibilidad como derechos, se considera que los derechos sociales que se encuentren positivizados en los textos constitucionales tendrán un verdadero reconocimiento como posiciones de derecho de los particulares frente al Estado.

Lo anterior, en primer lugar, gracias a la supremacía y adopción del texto constitucional como norma materialmente vinculante que debe informar a todo el ordenamiento normativo; en segundo lugar, se considera que el surgimiento de peculiaridades en la interpretación constitucional a partir de su concepción como normas y principios que deben desarrollarse abre mayores posibilidades para que los jueces puedan interpretar el alcance y contenido de los derechos sociales en los casos concretos.

Se considera que, frente a esta desvinculación entre derechos sociales y el Estado, el principal factor a favor será el carácter material y abierto de las normas constitucionales, que en el caso de estos derechos clarifican la existencia de una relación o posición de los particulares frente al Estado.

4. Barreras ideológicas

Algunas de las críticas a los derechos humanos y fundamentales han sido precisamente que estos cuentan con una marcada carga ideológica de corte liberal, al respecto, Gándara (2017) ha señalado que:

El discurso de los derechos humanos, en la versión que de él conocemos en el derecho internacional, es una construcción de occidente de fuerte inspiración liberal, fruto de la matriz sociocultural de la modernidad, por lo que difícilmente puede pretenderse que sirva de plataforma conceptual universal. (p. 3119)

En este sentido aunque el desarrollo de derechos en el plano constitucional e internacional es aparentemente neutro, operan dentro de la construcción de estos derechos la visión liberal que busca desarrollar la idea de la libertad, por encima de los ideales de igualdad material que abanderan mayormente los derechos sociales, lo anterior, ha constituido barreras ideológicas que han operado en la justiciabilidad directa de los derechos sociales.

En este asunto, Arango (2002,) ha señalado que

Es necesario superar la teoría liberal de los derechos, construida sobre la noción de la propiedad privada y la concepción de los derechos como titulaciones individuales, que debe ser reemplazada por una teoría social de los derechos, construida a partir de la reflexión crítica del discurso de los derechos. (p.9)

Sobre esta ideología como obstáculo ante los tribunales, ya Christian Courtis (2009) señala que «tradicionalmente se ha dicho que los derechos sociales no son justiciables: típicamente [...] se los ha considerado derechos programáticos, dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces» (p. 29). Al respecto de esta división injustificada de los derechos que redundan en su mayor o menor eficacia, autores como Arango (2009) y Lloredo (2018) han señalado la necesidad de partir de concepciones integrales de los derechos humanos.

Para Courtis y Abramovich (2002) las distinciones realizadas entre derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos se realizan con una visión del funcionamiento del Estado muy particular, la del Estado decimonónico o Estado mínimo, que únicamente se encarga de la justicia, la seguridad y la defensa (p. 23).

A favor de la distinción antes precisada, Fernando Atria (2004) sostiene que la vocación de los derechos fundamentales proviene de la visión del Estado liberal, de la cual únicamente se pueden reconocer

como derechos aquellos previos a la unión de las personas libres en una sociedad política:

En la visión liberal son los derechos individuales los que constituyen el núcleo duro de legitimidad. El estado es utilizado como un instrumento para hacer cumplir las obligaciones que los individuos tenían, respecto de los otros, incluso en el estado de naturaleza, y que correspondían a esos derechos naturales. (p. 18)

Así, los verdaderos derechos son aquellos derechos naturales que ya lo eran previamente a que las personas se unieran en una comunidad política, reuniéndose únicamente con el objeto de preservar aquellas y sin importar el medio o contexto en que se desenvuelvan posteriormente en esa unión política, lo que nos deja ver que, aún en el plano académico persiste, en cierto grado, una aproximación decimonónica a los derechos fundamentales.

Tal vez otra evidencia de la persistencia de la ideología liberal sobre los derechos sea que la exigibilidad de derechos en sede jurisdiccional a nivel nacional tiene mayoritariamente como materia los derechos civiles y políticos, no así los Derechos sociales:

Nos encontramos frente a un problema muy importante: no tenemos una cultura jurídica que nos esté llevando a planteamientos en términos de derechos sociales en las jurisdicciones nacionales para empezar, y desde estas, una vez satisfecho este requisito de accesibilidad, al sistema interamericano. El problema se caracteriza, desde mi punto de vista, a partir del entendimiento que tenemos de los derechos sociales, esto es, como normas programáticas. (Cossío, s. f., p. 131)

Esta ideología de los derechos sociales como normas programáticas sigue vigente, sobre todo, en el ámbito de la práctica jurídica, ello a pesar de que en el ámbito académico ya hay grandes avances para la concepción de estos derechos como derechos fundamentales, avances que parecen no permear en la práctica jurídica.

Desde un principio hemos expresado que el desarrollo que han tenido los DESC ha sido más retórico que aplicativo. Hasta ahora los agentes involucrados en el sistema institucional de justicia han mantenido una actuación reservada, sigilo que se manifiesta en las academias, con los abogados postulantes y permea en la actuación del Poder Judicial. (González y Chávez, 2008, p. 184)

En el caso de México, esta falta de cultura legal sobre la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido observada por el Comité de DESC

(2018), al recomendar al Estado mexicano lo siguiente para promoverlos dentro de la cultura jurídica nacional.

alienta a llevar a cabo capacitaciones, especialmente entre jueces, abogados, agentes del orden, miembros del Congreso y otros actores, sobre el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, y a llevar a cabo campañas de sensibilización entre los titulares de los derechos. (p. 1)

En relación con las barreras ideológicas que enlazan la vinculatoriedad de los derechos fundamentales con su concordancia frente al Estado liberal y sus valores, como la mínima intervención y el Estado mínimo, se considera que precisamente estas tienen su asidero en la vinculación de derechos con el Estado liberal, sin embargo, se advierte que el Estado constitucional plantea una nueva relación entre el Estado y los derechos, que precisamente ha buscado ser analizada por el neoconstitucionalismo.

En esta nueva forma de constitucionalismo, se advierte que todas las normas establecidas en la Carta Magna adquieren un valor normativo, entre las cuales encontramos derechos sociales, mismas que reciben una superioridad jerárquica y que exigen del Estado su desarrollo. Al respecto habrá que tomar en cuenta que en el neoconstitucionalismo opera una ideología del derecho, la cual según Commanducci (2009) «pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales» (p. 95). En este sentido la ideología neoconstitucional, «subraya la exigencia de que las actividades del Legislativo y del Judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución» (p. 96).

En relación con lo anterior, el constitucionalismo referido abonaría, al menos desde el ámbito público, el impulso de la máxima concretización de derechos, aunque la ideología liberal señalada se encuentre adicionalmente en la academia y en cultura jurídica entre quienes se encuentran las personas que ejercitan su derecho de acceso a la justicia, en cuyo caso poco se sumará para su transformación.

5. Postura antidemocrática

Uno de los grandes obstáculos de los derechos sociales es el relativo a la fuerte relación que existe entre la satisfacción los DESC y la disposición de recursos presupuestales a través de políticas públicas. Esta relación hace a su vez problemática la incursión del Poder Judicial en

temas que involucran derechos sociales pues al tiempo incursionaría en materias tradicionalmente consideradas políticas.

Por lo anterior, se ha considerado que el Poder Judicial es el menos indicado para adoptar decisiones sobre la disposición de recursos presupuestales, puesto que podría estar invadiendo esferas de actuación de los otros poderes, a saber, la aprobación de presupuestos y el establecimiento de políticas públicas.

Este dilema ha sido identificado por Luis Prieto Sanchís (2000) de la siguiente forma:

En el fondo es un problema de límites: hasta dónde se extiende la libertad de configuración de la ley, y a partir de qué punto no puede abdicar la actuación judicial en defensa del núcleo irreductible de la justicia (de la justicia expresada en la Constitución por supuesto). (p. 62)

Sobre esta parte, algunos autores como Uprimny (2011) y García (2016) señalan la incidencia cada vez mayor en Latinoamérica de un fenómeno denominado la judicialización de la política, en la cual se pueden ver cada vez más tribunales pronunciarse sobre «materias que, en un principio corresponderían a los órganos democráticamente elegidos como el gobierno y el Congreso» (García, 2016, p. 23).

En este mismo sentido señala que la relación entre el ámbito de actuación de la justicia y la política no está rigurosamente definida:

Sería seguramente erróneo pensar que en el ámbito de lo innegociable y en el ámbito de lo político es posible trazar una frontera material nítida y rigurosa; acaso es cierto que algunos fragmentos constitucionales se inscriben más bien en el capítulo de la justicia, mientras que otros pertenecen principalmente al capítulo de la política, pero ni la configuración judicial puede hallarse en absoluto ausente del segundo. (Prieto Sanchís, 2000, p. 61)

Así, aunque no dé más indicios sobre cómo determinar hasta dónde llega la competencia política o justiciable, es claro que esta relación es más bien una relación flexible puesto que, como señala el mismo Prieto Sanchís (2000):

Suponer que hay «materias» de la justicia inaccesibles para el legislador, al margen de evocar cierto iusnaturalismo, resultaría muy poco democrático, pero suponer que existen “materias” de la política inaccesibles para el juez resultaría con seguridad muy poco constitucional, por ello, tal vez en lugar de pensar en “materias”, deberíamos pensar en círculos de competencia. (p. 61)

En este sentido, también Robert Alexy señala que el principio de división de poderes no es invencible, y habrá ocasiones en que un derecho fundamental restrinja la competencia del legislador porque los derechos sociales son considerados como elementos esenciales para que las personas puedan llevar una vida digna y porque su satisfacción no puede dejarse a la autorregulación del mercado. Cruz Parceró retoma las ideas de Alexy cuando menciona:

Este principio de la división de poderes (que incluye la competencia presupuestaria del Parlamento) no justifica inferir la inexistencia de derechos sociales y su fuerza como principio no es ilimitada, no es un principio absoluto. Los derechos tanto individuales como sociales pueden tener más peso sobre las razones de política financiera. En suma, todo derecho fundamental restringe la competencia del legislador, y a menudo afecta su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos. (Cruz Parceró, 2000, p. 108)

Desde nuestro punto de vista la distinción de los asuntos políticos, que constituyen un coto vedado para la judicatura, se trata de una separación cada vez más endeble para permitir cada vez más la participación en algún grado del Poder Judicial, al menos en relación con la determinación de derechos fundamentales.

Ante lo anterior, se valora el especial papel que adquieren los jueces en el Estado constitucional, quienes son el poder político que adquiere mayor terreno en su ámbito de actuación derivado del proceso de constitucionalización de las normas fundamentales, es decir, el Poder Judicial se fortalece en sus facultades de control de actos y normas provenientes de los otros poderes. En palabras de Zagrebelsky (2011), se vuelven «garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia» (p. 153).

Como se mencionó anteriormente, los neoconstitucionalismos tienen como su principal objetivo la realización de los derechos fundamentales, y dejan en un segundo término la limitación del poder; se considera que a partir de esta noción se dota de un verdadero carácter de derechos fundamentales a los derechos sociales, y se reduce la discrecionalidad del Poder Legislativo y Ejecutivo frente a su exigibilidad. En este sentido, los derechos sociales que anteriormente podían ser configurados únicamente a través de la ley elaborada por el Poder Legislativo, veían sometida su vinculatoriedad y exigibilidad a la voluntad política de los legisladores y hacían nugatorio su carácter fundamental.

En relación con lo anterior y tomando en cuenta la centralidad de exigibilidad de los derechos en los neoconstitucionalismos —incluso

por encima del control entre los poderes— se advierte un fortalecimiento en su reconocimiento como derechos fundamentales y en la obligación de los jueces de adoptar resoluciones que los hagan justiciables en los casos concretos, y dejen en un segundo término la hasta ahora vigente discusión sobre el coto vedado del Poder Judicial frente a asuntos de carácter político.

V. Conclusiones

Como aportaciones finales a este estudio sobre la justiciabilidad de los derechos sociales a la luz del neoconstitucionalismo, se postulan las siguientes ideas que, más que ser conclusiones buscan alimentar el análisis del tema abordado.

Se parte de la idea de que los derechos sociales fundamentales siguen enfrentando diversos retos para ser exigidos en sede jurisdiccional, mismos que van desde su estructura, su desvalorización como derechos fundamentales a causa de la aparente falta de garantías, la indeterminación del grado de vinculación de estos frente al Estado, las barreras ideológicas y los obstáculos presupuestales para ser asegurados.

Con base en lo anterior, se considera que desde el neoconstitucionalismo la estructura de los derechos sociales fundamentales no es impedimento para determinar su alcance y contenido en casos concretos; además, se enfatiza la construcción y el fortalecimiento de mecanismos de tutela (garantías) de estos, de forma que se vean concretados; se toma en consideración que estos derechos adquieren un valor normativo material, de modo que estos informen o se proyecten en todo el ordenamiento normativo, de manera que se incremente la posibilidad de ser asegurados y exigidos; se considera que, desde el neoconstitucionalismo como una ideología, se sustituye la presunción de derechos diferenciados y se da el mismo valor e impulso a la justiciabilidad de todos ellos. Finalmente, se advierte la posibilidad de una mayor apertura para revisar, desde la sede jurisdiccional, el pleno cumplimiento de los derechos sociales incluso cuando se trata de temas considerados de carácter político construyéndose así mayores posibilidades de análisis de casos en la materia.

VI. Fuentes

1. Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- AGUILÓ REGLA, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Revista Doxa*. (24).
- ALEXY, R. (2008). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- ARANGO RIVADENEIRA, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas del futuro. *Cuaderno electrónico*, (5).
- (2015). Derechos sociales. En Rodríguez-Blanco, V. y Fabra Zamora, J. L. (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, 2. México: UNAM.
- ARANGO, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro. *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos* (5).
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATRIA, F. (2004), ¿Existen los derechos sociales? *Discusiones. Derechos sociales*, (4), 15-59.
- BALDASSARRE, A. (2001). *Los derechos sociales*. Bogotá: Universidad del Externado.
- CARBONELL, M. (2005). *Breves reflexiones sobre los derechos sociales*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2469/5.pdf>
- CARBONELL, M, CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.). (2000). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- COMANDUCCI, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 85-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2018). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*. México.
- COSSÍO, J. R. (s. f.). *Problemas de la exigibilidad de los derechos sociales en México*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf>
- COURTIS, C. (2009). Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una construcción garantista. En *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*. México: Fontamara.

- CRUZ PARCERO, J. A. (2000). Los derechos sociales como técnica de protección jurídica. En Carbonell, M., Cruz Parceró, J. A. y Vázquez, R. (comps.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CRUZ PARCERO, J. A. y CARBONELL, M. (2009). Derechos sociales. En *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa.
- FERRAJOLI, L. (2009). Pasado y futuro del Estado de derecho. En M. Carbonell (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Trotta.
- (2010). Derechos fundamentales. En *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (7a. ed.). España: Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2006). *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*. España: Trotta.
- GÁNDARA, M. (2017). Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos. *Revista Derecho e Praxis*. 8(4), 3117-3143.
- GARCÍA JARAMILLO, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: Una discusión en clave neoconstitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y CHÁVEZ SÁNCHEZ, O. (2008). *Dos temas torales para los derechos humanos: Acciones positivas y justiciabilidad de los derechos sociales*. México: CNDH.
- HERRERA, C. M. (2008). *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- LLOREDO ALIX, L. (2018). Derechos políticos y derechos sociales: Una crítica historiográfica e ideológica a su distinción. En *La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis*. Chile: Olejnik.
- MARTÍNEZ ELÍAS, A. E. (2019). *El papel de los jueces en el Neoconstitucionalismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Derechos Sociales*. Tesis de maestría. Universidad de Guanajuato.
- MORENO, J.J. (2003). Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (19), 268-282.
- NAVA TOVAR, A. (2015). *La institucionalización de la razón, la filosofía del derecho de Robert Alexy*. España: Anthropos.
- NORIEGA CANTÚ, A. (1995). Los derechos sociales. *Revista de administración pública*, (88), 307-345.
- NOZICK, R. (1990). *Anarquía, Estado y Utopía*. México: FCE.
- ONU; Consejo de Derechos Humanos. (2004, 15 de marzo). *Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre su primer período de sesiones*.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2000). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En *Derechos sociales y derechos de las minorías*. México: UNAM.

- UPRIMNY, R. (2011). En Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (coords.). *La judicialización de la política en América Latina*. Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. (10a. ed.). España: Trotta.

2. Legislación

- Constitución francesa. (1791). Recuperado de <http://www.unioviado.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/115/99>
- (1793). Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf
- (1848). Recuperado de <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/cf1848.htm>

Marco normativo de los derechos culturales, una perspectiva local del Estado de Guanajuato

Érika de los Ángeles Badillo Castillo*

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve consideración. III. Los derechos culturales en los instrumentos internacionales. IV. Breve bosquejo histórico de los derechos culturales en México. V. Los derechos culturales en la Constitución mexicana. VI. Legislación cultural en México. VII. Los derechos culturales en el Estado de Guanajuato. VIII. Los derechos culturales en la Constitución del Estado de Guanajuato. IX. Legislación cultural del Estado de Guanajuato. X. A manera de conclusión. XI. Fuentes

I. Introducción

Es necesario abordar el estudio de los derechos culturales como derechos humanos, en virtud de que su realización permite que el ser humano se pueda desarrollar plenamente en su dignidad. El ser humano no es solo materia, también es imaginación, creatividad, individuo que procesa ideas, tal como Volpi (2011) lo apunta, tiene: «una mente híbrida [...] formada no solo por las neuronas [...] sino por las ideas o símbolos generados en ellas —por la cultura—» (p. 59). Está en la naturaleza humana la necesidad de manifestar su ser, de crear y de recrearse en las expresiones culturales.

Es por ello que es tan necesaria la existencia de una legislación completa y efectiva sobre derechos culturales, que sea clara, asequible a cualquiera y que, además, presente los mecanismos a través de los cuales se pueden hacer valer. Dada la complejidad de la legislación cultural, se requiere de una ayuda interdisciplinaria, tanto para crear la normatividad como para interpretarla y aplicarla.

* Maestra en Justicia Constitucional por la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato.

El presente trabajo, sin tener la intención de ser exhaustivo, muestra la influencia que los instrumentos internacionales han tenido en México respecto al reconocimiento y regulación de los derechos culturales. Se reflexiona sobre algunas de las disposiciones normativas de derechos culturales tanto de la Constitución general como de la Constitución del Estado de Guanajuato. Asimismo, se señala la legislación mexicana y del Estado de Guanajuato que regula esta categoría de derechos humanos.

II. Breve consideración

Antes de comenzar, propiamente, el desarrollo de este trabajo es importante aclarar que la cultura no se puede enclaustrar ni dar, porque la cultura la crea, la busca cualquier ser humano debido a su propia naturaleza (Jiménez, 2016), está en él mismo ser una entidad cultural. Cottom (2015), incluso, refiere que no se puede dar un derecho de acceso a la cultura porque ya nacemos en una. En palabras de Anguita (2004): «La cultura no puede ser objeto del Derecho, lo pueden ser los elementos que la representan» (p. 83). Ahora bien, lo que sí debe regular el Estado y la comunidad internacional son las expresiones, los bienes, los servicios culturales y todo lo que ello implica. Teniendo en cuenta que con dicha regulación normativa se debe cuidar que la realización de esas expresiones, bienes y servicios culturales, no vulneren derechos humanos y que, al contrario, los promuevan.

La regulación jurídica debe contener medidas en las que el Estado respete, promueva, proteja y garantice la realización de bienes y servicios culturales, atendiendo, principalmente, a los grupos más vulnerables, como es el caso de las comunidades originarias y tribales, los niños, niñas y adolescentes, las personas con alguna discapacidad, las mujeres, los migrantes, y los adultos mayores, por ejemplo.

III. Los derechos culturales en los instrumentos internacionales

La propuesta de Herman Heller de sumar a la cultura como elemento del Estado ha tenido influencia para que esta adquiera importancia en el ámbito internacional y se incorpore en tratados internacionales, reconociendo los derechos culturales como derechos humanos (citado por Prieto de Pedro, 2004).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el documento internacional que sirve como base para el surgimiento de posteriores

instrumentos internacionales que reconocen y regulan los derechos culturales. Los artículos de esta Declaración Universal que, en específico, tratan sobre la cultura son: el artículo 22, que reconoce que la persona tiene derecho a la satisfacción de sus derechos culturales para el libre desarrollo de la personalidad; el artículo 26, que trata sobre el derecho a la educación; y el artículo 27, que reconoce que la persona tiene derecho a tomar parte de la vida cultural, gozar de las artes y a participar y beneficiarse del progreso científico, así como a la protección de producciones artísticas y científicas.

La Unesco ha influido en las transformaciones del concepto de cultura que ha ido cambiando en la comunidad internacional, de acuerdo con los elementos culturales que se consideran necesarios de regulación, lo que motiva la aparición de distintos instrumentos internacionales. A continuación, solo se hace mención de algunos de estos instrumentos en materia de derechos culturales.

En las décadas de los cincuenta y sesenta, el concepto de cultura integró la identidad cultural (López y Vidargas, 2013), por lo que surgieron tratados internacionales que la contemplaron, por ejemplo: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Acuerdo para la Importación de Objetos de Carácter Educativo, Científico y Cultural, Convención Universal sobre Derecho de Autor, Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, Recomendación sobre los Medios más Eficaces para Hacer los Museos Accesibles a Todos, Recomendación sobre las Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedades Ilícitas de Bienes Culturales, Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, etcétera.

En las décadas de los setenta y ochenta se vinculó la cultura con la cooperación internacional y la solidaridad. En la década de los noventa sobresalió la cultura como elemento indispensable para la conformación de democracias (López y Vidargas, 2013); algunos de los tratados internacionales que surgieron en esta época fueron: Declaración sobre los Principios Rectores del Empleo de las Transmisiones por Satélite para la Libre Circulación de la Información, la Difusión de la Educación y la Intensificación de los Intercambios Culturales, Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, Declaración sobre los Principios Fundamentales relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la

Promoción de los Derechos Humanos y a la lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra, etcétera.

También, en la década de los noventa e inicios de este siglo se protege la diversidad cultural, es por ello que la comunidad internacional emite declaraciones como: la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, Declaración de la Unesco Relativa a la Destrucción Intencional del Patrimonio Cultural y la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Cabe resaltar, que es hasta las últimas décadas que los instrumentos internacionales relativos a la cultura se han dado a la tarea de especificar y definir algunos conceptos necesarios para entender los derechos culturales. Tal es el caso de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, en la que hay un apartado en su artículo 4o. que contempla definiciones¹ como: expresiones, bienes y servicios culturales, lo cual es importante porque demarcan el terreno de la cultura sobre el cual deben trabajar los Estados parte.

Es preciso señalar que en los últimos instrumentos internacionales, como es el caso de la Convención sobre la Promoción y Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005) se hace énfasis en el reconocimiento de una protección tanto en la dimensión colectiva como individual de los derechos culturales (artículo 7o.). De igual forma, en esta convención se puede inferir la tendencia de reconocer que la promoción y protección de esta categoría de derechos, correspondientes a los grupos sociales, no solo se debe realizar mediante acciones negativas, es decir, con una prohibición de discriminación, sino, también con acciones positivas en las que exista una protección especial. Lo anterior fortalecerá la diversidad cultural tal y como se manifiesta en el artículo 8o., en el cual se enuncian las medidas para promover y proteger las expresiones culturales (Mura, 2016).

Otra de las críticas que se les hace a los instrumentos internacionales citados es la dispersión que tienen, es decir, entre ellos no existe

¹ En el artículo 4o. de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, del 20 de octubre del 2005, se definen los términos de: diversidad cultural, contenido cultural, expresiones culturales, actividades, bienes y servicios culturales, industrias culturales, políticas y medidas culturales, protección e interculturalidad, aunque no define el vocablo de cultura.

un instrumento vinculante que clasifique de una forma precisa y clara, mediante un listado, cuáles son los derechos culturales a los que se hace referencia.

Es hasta 2007 que aparece un documento internacional redactado por un grupo de académicos que se dieron a la tarea de realizar un trabajo denominado Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales (que no es vinculante), en el que se inserta una enumeración de todos aquellos derechos culturales que se han considerado y que se encontraban disgregados en distintas declaraciones y tratados internacionales. Además de esta declaración, no existe un tratado internacional vinculante que contenga una clasificación de los derechos culturales.

Sobre la Declaración de Friburgo, cabe resaltar que en el «Preámbulo» se presenta a los actores de los tres sectores sociales: público, civil y privado, lo que promueve la integración entre ellos, para una adecuada promoción y protección de los derechos culturales.

En cuanto a los tratados internacionales de la región Interamericana de Derechos Humanos que reconocen los derechos culturales a los que también está relacionado el Estado Mexicano son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

1. Observaciones y recomendaciones en materia de derechos culturales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Una de las funciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) es emitir observaciones generales². En materia cultural, las observaciones generales han sido de gran valía para el entendimiento y desarrollo de los derechos culturales, debido a que en estas se analizan y explican conceptos y disposiciones del mismo PIDESC en materia cultural (E/2000/22, E/C.12/1999/11; artículo 65 del Reglamento del CDESC). Además, proporcionan directrices para que los Estados parte puedan legislar al respecto y que los operadores jurídicos estén en posibilidades de resolver asuntos en esta materia, cuando no existe una legislación interna o jurisprudencia en que puedan sustentar

² El Consejo Económico y Social solicita al Comité que comience, a partir de su tercer periodo de sesiones, a realizar observaciones generales que versaran sobre diversos artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), mayo de 2008 (Naciones Unidas, 2008).

sus decisiones, o bien, que si existiera una normatividad, esta contenga falencias.

En el caso mexicano, las observaciones generales sobre derechos culturales se hacen necesarias por la falta de regulación legislativa precisa y clara. Incluso, nuestro máximo tribunal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha acudido a las mismas en sus sentencias que resuelven algún asunto sobre derechos culturales. Tal es el caso del Amparo 11/2011, en el que se hace referencia a la Observación General número 17 del CDESC, la cual interpreta el artículo 15 del PIDESC. Así también, en el Amparo en revisión 566/2015, resuelto en febrero del 2017, la Sala que le tocó conocer del asunto recurre a las Observaciones Generales no. 2 y 21 del CDESC, así como al informe de la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, para entender el «derecho a la cultura».

El Comité, en las observaciones finales sobre los informes de México de fecha 12 y 13 de marzo de 2018, manifiesta su preocupación por la insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado mexicano, respecto al ejercicio de los derechos culturales de los pueblos originarios y de los grupos marginados. Sobre las mujeres advierte que su participación en el ámbito científico aún es limitada. Para combatir dichas deficiencias, recomienda la adopción de medidas que garanticen un ejercicio pleno de los derechos culturales para estos grupos sociales.

Sin embargo, no hay un artículo en el reglamento del CDESC o en el PIDESC, que señale la obligatoriedad de las observaciones generales a los Estados parte. No obstante, la comunidad internacional ha considerado que tanto las observaciones generales como las recomendaciones del Comité forman parte de la base reguladora para la protección, defensa y aplicación de los derechos culturales.

IV. Breve bosquejo histórico de los derechos culturales en México

En este apartado se hace un recuento histórico, general y breve, sobre ciertas leyes que a nivel federal promovieron bienes y servicios culturales así como el reconocimiento de los derechos culturales. Solo se mencionan las que se consideraron de mayor relevancia.

La Constitución mexicana de 1824, sobre el derecho a la educación, refería que la instrucción primaria se otorgaba a los ayuntamientos, sin embargo, a pesar de que estaba el mandato constitucional, los municipios no podían acatarlo debido a la carencia de recursos de una nación incipiente (Guerrero, 1989). En 1825, el presidente de México dispuso la fundación del Museo Nacional, el cual contaba con un reglamento que establecía en su artículo 2o. que su objeto era reunir, para

uso del público, el conocimiento de culturas pasadas, así como los progresos de las ciencias y las artes (Cottom, 2015). A pesar de lo estipulado en el reglamento, entre 1825 y 1867 se puede observar un Museo Nacional que no es apoyado por los gobiernos y que es desconocido por la población mexicana (Vega y Ortega, 2013). En 1833 se expiden las leyes para organizar la instrucción pública en el Distrito Federal.

En la Constitución general de 1857 se reconocen: el derecho a la educación, que se encuentra en el artículo 5o. y que señala que la enseñanza es libre; el artículo 6o. que hace referencia a la libertad de expresión; y el artículo 7o. que reconoce la libertad de prensa. En 1859 se emite *El Manifiesto a la Nación* en el que, entre otras cosas, declara que la educación pública está a cargo del Estado (Guerrero, 1989). Para el año de 1897 se promulga la Ley sobre Monumentos Antropológicos y Antigüedades Mexicanas, obra de Ignacio L. Vallarta (Olivé, 1981).

En 1905 se formó la Secretaría del Despacho de Instrucción Pública y Bellas Artes. Las expresiones culturales para el Estado mexicano, después del movimiento revolucionario de 1910, fueron impulsadas por algunos actores políticos como José Vasconcelos que, entre otras acciones culturales, fomentó la instrucción pública (Quintana y Valdés, 2001).

A partir del siglo xx, la promoción de bienes y servicios culturales tiene la finalidad de enaltecer la revolución de 1910 y fortalecer el nacionalismo. Con la promulgación de la Constitución de 1917, en el artículo 3o. se integra el concepto de cultura como fundamento de la democracia y se señala el acercamiento a nuestra cultura. Es así que durante la primera etapa posrevolucionaria el ámbito cultural se enmarcó en lo educativo. Ya en una segunda etapa (de los cuarenta a los sesenta) se hizo énfasis en abrir centros de actividades culturales en instituciones corporativizadas como los sindicatos y el IMSS. Durante el gobierno de López Portillo se reformó el artículo 3o., en su fracción 7, y se señaló que las universidades y las instituciones de educación superior tienen como uno de sus fines difundir la cultura.

En 1982, en México se realizó la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales, en la cual se adoptaron criterios importantes, como la conceptualización de cultura (Patrimonio..., s. f.). Si bien, el reconocimiento de los derechos culturales a nivel constitucional parte con el artículo 3o. de la Constitución de 1917, estos se ven fortalecidos hasta la década de los noventa con la reforma constitucional de 1992, en la que se reconoce que la nación mexicana es pluricultural. El avance sobre el reconocimiento de la diversidad cultural se concreta en 2001 con la reforma constitucional al artículo 2o., con la que se reconocen los derechos y las culturas indígenas (Cottom, 2015).

El momento en que México hace un reconocimiento constitucional de los derechos culturales es en 2009, mediante una reforma que agrega un doceavo párrafo al artículo 4o. de la Constitución general, en el que se reconoce que: «Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales». En 2016 se establece una Secretaría de Cultura que sustituye al Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. En junio de 2017 se promulga la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, y en 2019 se agrega un párrafo al artículo 2o. constitucional, en el que se reconoce a las comunidades afromexicanas.

De acuerdo con lo señalado en este apartado, México ha promovido determinados servicios y bienes culturales a lo largo de su historia, principalmente aquellos que le puedan proporcionar a la nación una identidad que fortalezca sus instituciones. Lo anterior es comprensible en el primer siglo del México independiente, en el que se necesitaba una identidad nacional. Sin embargo, posteriormente, también han existido políticas que promueven bienes y servicios culturales que atienden ciertas necesidades de la población, pero que conllevan la intención de alcanzar determinados fines políticos como, por ejemplo, exaltar un nacionalismo que legitime socialmente ciertas ideologías del grupo que detenta el poder, como fue el caso de la etapa posterior a la Revolución mexicana. Lo anterior apunta a que, en materia cultural, el Estado debe tener cuidado de no caer en promover una cultura oficialista que limite los derechos culturales (Dorantes, 2013).

Es de observarse que, si bien nuestro país a lo largo de su historia como Estado independiente se ha dado a la tarea de promover bienes y servicios culturales, el reconocimiento de los derechos culturales como derechos humanos le tomó casi cien años, a partir de que fue promulgada la Constitución que actualmente nos rige, la cual, en su momento, innovó por ser una constitución que reconocía derechos sociales como el de la educación y por integrar el término de cultura (Sánchez, 2013).

1. Ignacio Ramírez, el Nigromante y los derechos culturales

El guanajuatense Ignacio Ramírez, el *Nigromante*, originario del actual San Miguel de Allende, abogado, docente, periodista, poeta, etcétera, ha sido reconocido como una de las mentes liberales más sobresalientes del siglo XIX, y uno de los juristas que, en distintos medios, hizo

referencia a la necesidad de un reconocimiento jurídico de los derechos culturales.³

En una de sus intervenciones en el Congreso Constituyente de 1856, expone que México posee una gama cultural muy diversa en sus poblaciones originarias, y que es en vano querer homogeneizarla:

Levantemos ese ligero velo de la raza mixta, que se extiende por todas partes, y encontraremos cien naciones que en vano nos esforzaremos hoy por confundir en una sola [...] Muchos de esos pueblos conservan todavía las tradiciones de un origen diverso y de una nacionalidad independiente y gloriosa (González, 1994, pp. 37-38).

Como se puede observar, él ya hace alusión al derecho de los pueblos originarios de tener su propia identidad cultural.

El Nigromante también realizó aportaciones sobre la libre manifestación de ideas, la libertad de imprenta, la libertad de culto, la libertad de enseñanza y el reconocimiento de derechos que a la mujer y a los niños se les debe dar. Respecto a la manifestación de ideas, señalaba que la limitación de la libre expresión es contraria a la soberanía del pueblo. Sobre la libertad de imprenta, con tan solo mencionar al Nigromante se hace referencia a uno de los más aciagos defensores del periodismo en México, quien en carne propia sufrió las limitaciones de la expresión de ideas, ya que en varias ocasiones fue encarcelado por la publicación de sus artículos periodísticos (González, 1994).

V. Los derechos culturales en la Constitución mexicana

La Constitución mexicana cuenta con varios artículos que reconocen derechos culturales o algún aspecto de estos. Dichos artículos son: 1o., 2o., 3o., 4o., 6o., 7o., 24, 28, 73, fracciones 10, 25 y 29-Ñ; artículo 123, apartado A, fracción 7; y artículo 130, inciso C. En este apartado mencionaré, brevemente, los aspectos sobre los derechos culturales o la cultura a los que se refieren algunas de las disposiciones constitucionales citadas, sin el afán de realizar un análisis exhaustivo.

³ En esa etapa histórica no se usaba el concepto de derechos culturales, sin embargo, se presentan otros términos que constituyen parte integrante del mismo, como lo es la educación, las lenguas de los pueblos indígenas, la libertad de expresión, de imprenta, de culto, por ejemplo, a los cuales hizo referencia el Nigromante en distintos momentos.

1. Artículo 1o.

En este artículo se señala que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte. Los derechos culturales se encuentran reconocidos en el artículo cuarto constitucional, así como en diversos instrumentos internacionales que son vinculantes para el Estado mexicano.

En el último párrafo de este mismo artículo se establece que queda prohibida la discriminación, y especifica que algunos de estos motivos son: por origen étnico o nacional, la religión y las opiniones; motivos de discriminación que están vinculados con la cultura, por tanto, si se presentan lesionan algún derecho cultural.

2. Artículo 2o.

Prácticamente, todo el artículo engloba derechos culturales, sobresalen la identidad y el patrimonio cultural de las comunidades originarias y afromexicanas de México, ello para salvaguardar sus culturas; con la condición de que estas no violen derechos humanos, especialmente de las mujeres (fracción 2, apartado A).

3. Artículo 3o.

Este artículo reconoce el derecho a la educación desde que se promulgó la actual Constitución. Se puede decir que es el derecho cultural en el que más se ha enfocado el Estado mexicano, por lo que cuenta con un mayor desarrollo legislativo y una mejor estructura jurídica y política que los demás derechos culturales. En las próximas líneas, solo se indican algunos de los puntos del artículo en comentario que se consideran de mayor relevancia para el presente trabajo.

En su fracción primera, se señala que la educación que imparta el Estado debe ser laica, lo que vincula así esta disposición fundamental con el artículo 24 constitucional. En su fracción 2, inciso a, establece que uno de los criterios que va a orientar la educación es la democracia, la cual permite mejorar al pueblo, entre otros aspectos, en lo cultural. Y señala que se deben respetar las libertades culturales, entre ellas el libre desarrollo de la personalidad, para que exista una mejoría cultural. De manera que presenta la relación entre democracia y el libre desarrollo de la personalidad.

En el inciso b de la misma fracción 2, se menciona la continuidad y el acrecentamiento de «nuestra cultura», lo que es un concepto

complejo refiriéndose a nuestro país, en tanto la diversidad cultural que posee. En el inciso c, fracción 2, se establece el deber de fortalecer la diversidad cultural, situación que es de suma importancia en México, puesto que está integrado por sesenta y ocho comunidades indígenas, con sesenta y ocho agrupaciones lingüísticas y sus 364 variantes (Secretaría de Cultura, 2018). Además de la existencia de comunidades de afrodescendientes que, según datos del Inegi, cuentan con 1.4 millones de personas que las integran, lo que representa un 1.2 % de la población nacional (García, 2016).

4. Artículo 4o.

El artículo 4o. constitucional, en su párrafo 12, es la disposición constitucional que, específicamente, reconoce los derechos culturales, y cita términos como bienes y servicios culturales y manifestación cultural. Expresamente, señala:

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. (Artículo 4o.)

En el primer enunciado de este párrafo se hace referencia al «acceso a la cultura». Al respecto, Cottom (2010) menciona que solo se tiene acceso a aquello que no se posee, si relacionamos esa idea con el «acceso a la cultura» se podría afirmar, entonces, que a partir de la reforma se puede tener «acceso a ser culto», lo que es erróneo si se considera la definición general de cultura que se encuentra en la Declaración de Friburgo, donde se la define como: «los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da a su existencia y a su desarrollo» (artículo 2o.).

Es así que, aún sin la existencia de un reconocimiento en una disposición normativa del «acceso a la cultura», el ser humano, tanto en lo individual como en lo colectivo, va a acceder a ella, por todo lo que esta engloba. Sin embargo, esta redacción puede cobrar cierta justificación al remitirse al acuerdo del proyecto de decreto que reforma el artículo 4o. constitucional; dicho acuerdo, en uno de sus puntos, expresa

la intención de enfatizar el derecho de acceso y disfrute de bienes y servicios culturales a los que tiene derecho el gobernado (Gaceta del Senado, 2008).

Al final, el artículo 4o. puntualiza que es la ley la que establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural. Esto a través del legislador, a quien se le otorga la responsabilidad para dictar las disposiciones normativas correspondientes al ejercicio de los derechos culturales.

En esta disposición constitucional, igualmente, se indica que toda persona tiene derecho al ejercicio de sus derechos culturales, aquí la pregunta es ¿cuáles son los derechos culturales? Esto nos remitiría a identificarlos tanto en el derecho interno mexicano como en tratados internacionales. Sin embargo, aunque a nivel internacional existen varios instrumentos vinculantes que los reconocen, se presenta la dificultad de que dichos instrumentos se encuentran dispersos y de que la mayoría no define conceptos esenciales para su mejor comprensión. Por lo que toca a nivel interno, aunque hay una ley reglamentaria de los derechos culturales, esta tampoco clarifica términos clave para entenderlos y que, finalmente, puedan ser ejercidos por el justiciable.

5. Artículo 6o.

Reconoce la libertad de expresar las ideas libremente, mediante su vinculación con los derechos culturales, ya que a través de esta libertad se pueden expresar las manifestaciones culturales. Además, este artículo reconoce el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, el cual en la actualidad es de gran importancia por el estilo de vida en el que se desenvuelve la humanidad. Es por medio de las TIC que las personas tienen otra manera de conocer: lugares arqueológicos, tradiciones, idiomas; así como crear música, literatura, cine y más, en las que pueden realizar sus derechos culturales.

6. Artículo 7o.

Este artículo, relacionado con el anterior, dispone la inviolabilidad de la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio, por lo que también se vincula con las manifestaciones culturales.

7. Artículo 24

Este artículo reconoce la libertad de conciencia, de creencias, de valores y de poder expresarlos de manera individual o colectiva, ya sea en público o en privado.

8. Artículo 28

En cuanto a su relación con los derechos culturales señala que «tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras» (artículo 28). Lo cual es un reconocimiento social y representa un beneficio económico para todos aquellos creadores que invierten recursos en la realización de sus obras. Es con base en este artículo constitucional que se deriva la propiedad intelectual y la Ley Federal de derechos de autor.

VI. Legislación cultural en México

Aunque existan instrumentos internacionales que reconozcan y promuevan los derechos culturales, es necesario que las naciones cuenten con su propia legislación cultural que aterrice aquellas disposiciones que tienen un enfoque generalizado, en las realidades y características propias de su población.

A lo largo de la historia de la legislación cultural mexicana existe un carácter disperso e inacabado de las disposiciones normativas que contienen derechos culturales, lo cual es un reflejo de la dinámica social, política y jurídica que se ha vivido en los distintos momentos históricos. De ahí que, a excepción del derecho a la educación, en las constituciones previas a la de 1917 no exista una continuidad en la legislación de derechos culturales. Cabe mencionar que después de la Constitución de 1917, en México la evolución de los derechos culturales, tanto a nivel constitucional como legislativa, ha sido influenciada por el reconocimiento y avance que esta categoría de derechos humanos ha tenido a nivel internacional.

Actualmente, la legislación que regula el fenómeno cultural en México cuenta, de acuerdo con Norberto Cacho Pérez, con más de trescientas disposiciones, entre las que se consideran leyes, reglamentos, decretos, acuerdos y circulares (Cacho, 2018). En el presente trabajo, solo se hace mención de aquellas leyes que se consideran más relevantes.

A continuación, se presenta una serie de leyes que regulan distintos derechos culturales, misma que se ha dividido en tres partes:

a) la primera, enfocada en aquella legislación que específicamente regula algún derecho cultural; b) la segunda parte abarca aquellas leyes que en algunos de sus artículos hacen mención a los derechos culturales de personas que pertenecen a algún grupo vulnerable; y c) la última, son leyes que, si bien no integran de forma directa el cuerpo normativo del derecho cultural, sí regulan algún aspecto del mismo.

1. Legislación abocada a regular algún derecho cultural

Ciertamente, México ha reconocido y regulado en su legislación distintos derechos culturales, aunque hay leyes que en su nomenclatura no indican, expresamente, que los tratan. En seguida, solo se mencionan algunas de ellas: Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia, Ley que Crea el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, Ley Orgánica del Seminario de Cultura Mexicana, Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, Ley General de Bibliotecas, Ley de la Propiedad Industrial, Ley Federal de Cinematografía, Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, Ley General de Educación, Ley Federal del Derecho de Autor, Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, Ley de Fomento para la Lectura y el Libro, Ley General de Cultura y Derechos Culturales, Reglamento de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.

2. Legislación que precisa los derechos culturales de personas que pertenecen a grupos vulnerables

Existen, además, otras leyes cuyo objeto específico de regulación no son los derechos culturales, sin embargo, en su contenido sí consideran algún derecho cultural para grupos específicos, tal es el caso de la siguiente legislación: Ley General de Educación; Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, en sus artículos: 3o., fracción 9; 5o., fracción 7; 17 bis y 23, fracciones 1 y 3; Ley General de Desarrollo Social, en sus artículos: 6o., 8o., 11, 14, 19, 29, 33, 50 y 67; Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, en sus artículos: 2o., fracciones 1, 9, 15; 4o.; 6o., fracción 12; 25; 26, fracciones 4, 5, 6 y 7; y 27; Ley de Migración, en sus artículos: 2o., 15, 66, 107 y 109; Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en sus artículos: 2o., fracción 2; 13, fracciones 11 y 20; 43, 54, 60, 61, 62, 63, 65, 121, 122 y 147; Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición del Espectro, en sus artículos: 10, fracción 18; y 17.

Como se puede observar, se ha ido integrando el reconocimiento de diversos derechos culturales, atendiendo a las características propias de los grupos vulnerables conforme avanza la ideología, la conciencia y la exigencia social, tanto nacional como internacional, de proteger la integridad de estos grupos sociales.

3. Legislación que regula algún aspecto de los derechos culturales

Conviene precisar que varias ramas del derecho hacen referencias a los derechos culturales, como lo son: las disposiciones fiscales, previstas en la Ley del Impuesto sobre la Renta o la Ley del Impuesto al Valor Agregado (Cacho, 2018); o bien, la legislación en materia penal, en la que se sancionan conductas que dañan bienes culturales. Otras disposiciones normativas que se relacionan de alguna manera con los derechos culturales son: Ley de Expropiación, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Federal del Mar, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente, Ley General de Bienes Nacionales, Ley General de Turismo, Ley Federal de Archivos, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (Cottom, 2015).

Actualmente, se logra identificar con mayor facilidad los derechos culturales tanto en la Constitución general como en las leyes federales, generales o locales. Los fundamentos del derecho cultural también se ubican en los fenómenos sociales, en las exigencias y en los valores del gobernado (Ávila, 2000), los cuales han influido para que se legisle de manera más precisa.

4. Ley General de Cultura

En 2017 entra en vigor la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, después de nueve años del reconocimiento constitucional que se hiciera de los derechos culturales. En los próximos párrafos, se comentarán algunos artículos que la integran:

A. Sobre definiciones

En esta ley se define el término de manifestaciones culturales, sin embargo, se omite definir otros términos que son esenciales para un entendimiento de los derechos culturales, tal es el caso de: cultura, derechos culturales, servicios y bienes culturales. Definir conceptos esenciales es necesario, ya que si estos no se entienden es más difícil cumplir para los sujetos obligados, y exigir para los sujetos beneficiados, lo que la misma Ley General de Cultura tiene por objeto: «Garantizar el disfrute

de los bienes y servicios culturales y promover, respetar, proteger y asegurar el ejercicio de los derechos culturales» (artículo 2o., fracciones 4 y 5).

B. Sobre personas que pertenecen a grupos vulnerables

El mismo artículo 2o., en su fracción 1, establece que uno de sus objetivos es reconocer los derechos culturales de las personas de nuestro país, lo cual engloba a personas de grupos vulnerables.

También, el artículo 9o. señala que se ejercerán los derechos culturales sin menoscabo del origen étnico, género, edad, discapacidades, condición social de la persona, etcétera. Por su parte, el artículo 12, en su fracción 11, hace una mención de las personas con discapacidad o en condiciones de vulnerabilidad o violencia. Asimismo, el artículo 14 se refiere a las personas con discapacidad. El artículo 15 hace alusión a favorecer el respeto a las manifestaciones de las culturas originarias. Y el artículo 16 menciona que las entidades federativas deben incentivar la participación de los pueblos originarios.

No obstante, considero que a los demás grupos vulnerables —como es el caso de los niños y adolescentes, las personas de la tercera edad, las mujeres, las personas que pertenecen a la comunidades originarias, afromexicanas y tribales, los migrantes— en virtud de sus condiciones, se les debería dar algún apartado especial en la Ley General de Cultura y no solo una mención general; así como señalar el vínculo que tiene la Ley General de Cultura con las distintas leyes que protegen a cada uno de estos grupos sociales.

C. Derechos culturales

En el artículo 11, se encuentra un listado abierto de derechos culturales que se reconocen, ya que en la última fracción señala que, además de los derechos ahí enlistados, también los habitantes tienen los derechos culturales que se encuentran reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales y en otras leyes.

D. Las garantías de los derechos culturales

Al respecto, en el artículo 10 se señala el concepto de «garantía de los derechos culturales», el cual solo se refiere al ámbito político. El artículo 12 hace referencia al término «garantizar» que, de acuerdo con la redacción de este artículo, significa realizar «acciones que fomenten y promuevan» una serie de aspectos como la cohesión social, la paz, la convivencia armónica, el acceso libre a las bibliotecas, la lectura y la divulgación cultural, la celebración de convenios con instituciones privadas, entrada a museos, zonas arqueológicas, etcétera.

Ahora bien, cuando se mencionan «acciones» no se especifica en qué materia deben ser, por lo que se puede inferir que este término abarca todo tipo de medidas legítimas, incluyendo tanto a las medidas políticas como jurídicas. Sin embargo, de una lectura que se puede dar a la Ley General de Cultura, se puede percibir que tiene una inclinación más política y administrativa que jurídica, lo cual relega, de cierta forma, las medidas estrictamente jurisdiccionales para garantizar un ejercicio efectivo de los derechos culturales. En suma, las medidas legislativas y jurisdiccionales para garantizar los derechos culturales no se encuentran precisadas en la Ley General de Cultura, lo que le da a la ley una visión política cuando los derechos culturales, además de tener esta dimensión, también cuentan con una estructura jurídica.

Algunas de las áreas de oportunidad que son evidentes en la Ley General de Cultura y Derechos Culturales son que no señala las medidas que se deben tomar si se presenta alguna violación a un derecho cultural reconocido en dicha ley; y que tampoco determina el procedimiento que se debe seguir o la autoridad a la que se debe acudir para que exista una solución cuando no se cumple con lo dispuesto en esta ley. Como ya se mencionó, se le da un enfoque mayormente político.

VII. Los derechos culturales en el Estado de Guanajuato

Guanajuato es un estado plagado de una gran diversidad cultural. Posee noventa y seis localidades que se consideran comunidades indígenas. En el mes de abril de 2018, diecinueve comunidades pertenecientes a San Miguel de Allende, San Luis de la Paz y Apaseo el Grande solicitaron incorporarse al Padrón de Pueblos Originarios (Gobierno del Estado de Guanajuato, 2018). Es un estado en donde, año con año, se realiza el Festival Internacional Cervantino; cuenta con el nombramiento de Patrimonio Cultural de la Humanidad por la Unesco para: San Miguel de Allende y Atotonilco, la ciudad histórica de Guanajuato y minas adyacentes, y el Camino Real de Tierra Adentro (Patrimonio..., s. f.). Además, uno de sus municipios —San Miguel de Allende— fue declarado como Capital Americana de la Cultura en 2019 (CAC, 2018). Así Guanajuato es un estado en donde la cultura toma un lugar preeminente.

Abordar los derechos culturales desde la óptica local se vuelve necesario, ya que la sociedad guanajuatense se desenvuelve e interactúa en una aldea globalizada donde tienen lugar las culturas híbridas, y se torna preciso entender la identidad y la diversidad cultural.

VIII. Los derechos culturales en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato

A continuación, se señalan los artículos de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato que reconocen los derechos culturales:

1. Artículo 1o.

Este artículo señala que las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución general y en los tratados internacionales. Lo que implica que la Constitución local reconoce los derechos culturales de estos cuerpos de normas.

En el párrafo 9o. (agregado en diciembre de 2017), se hace referencia a las culturas de los pueblos originarios del estado; en él se establece que la Constitución local reconoce y garantiza el derecho de los pueblos originarios, y se adhiere, así, a lo dispuesto por el artículo 2o. de la Constitución general y a los criterios etnolingüísticos y de asentamientos físicos. Aunque en este párrafo no se indica expresamente el término de identidad cultural, sí se puede deducir, de dicha disposición normativa constitucional, que se reconoce el derecho a la identidad cultural de las distintas comunidades originarias.

2. Artículo 3o.

En este artículo se hace un reconocimiento al derecho a la educación. Asimismo, en su párrafo 6o. (agregado el 28 de febrero de 2014), se encuentra la disposición constitucional que, específicamente, reconoce el derecho de «acceso a la cultura» y disfrute de bienes y servicios culturales, así como el ejercicio de los derechos culturales. Y se señala la obligación del estado de promover el desarrollo cultural, tomando en cuenta la diversidad cultural.

Sobre el derecho de «acceso a la cultura», es de considerarse que en el proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 3o. de la Constitución local, en uno de sus párrafos precisa:

Esta disposición no debe entenderse como una concesión del Estado para que el ciudadano acceda a la cultura, sino como parte del derecho social tendiente a regular la protección de las artes, promover la creación artística y fomentar la difusión cultural, haciendo posible que cada guanajuatense tenga oportunidad de acceder al disfrute de todas las expresiones y manifestaciones culturales. (Presentación de la iniciativa..., 2013, p. 2)

Por lo citado, se puede interpretar que el «acceso a la cultura» se refiere al acceso de bienes y servicios culturales. Asimismo, este artículo considera la finalidad de regular tres ámbitos de los derechos culturales: la creación de bienes y servicios culturales, el acceso a los mismos y la difusión cultural. También, apunta que es la ley la que establecerá los mecanismos para el acceso y participación en cualquier manifestación cultural.

3. Artículos 97 y 119

Estos refieren que entre los bienes de dominio público estatal y municipal, respectivamente, se encuentran los que tienen un valor histórico y cultural.

IX. Legislación cultural del Estado de Guanajuato

En Guanajuato, además de la Ley de Derechos Culturales para el Estado (ley que, de manera específica, aborda los derechos culturales y que se enunciará en siguientes párrafos), existen otras leyes que contemplan disposiciones sobre derechos culturales o que señalan algún elemento de la cultura, como lo son: Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato, Ley de Desarrollo Social y Humano para el Estado y los Municipios de Guanajuato, Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Discriminación en el Estado de Guanajuato, Ley para Regular la Prestación de Servicios de Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil en el Estado de Guanajuato, Ley para una Convivencia Libre de Violencia en el Entorno Escolar para el Estado de Guanajuato y sus Municipios, Ley para la Protección y Atención del Migrante y sus Familias del Estado de Guanajuato, Ley para la Protección de los Derechos Humanos en el Estado de Guanajuato, Ley para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia del Estado de Guanajuato y sus Municipios, Ley para el Fomento de la Industria Cinematográfica y Audiovisual del Estado de Guanajuato, Ley Orgánica de la Universidad de Guanajuato, Ley del Patrimonio Inmobiliario del Estado, Ley de Turismo para el Estado de Guanajuato y sus Municipios, Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores para el Estado de Guanajuato, Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, Ley de Inclusión para las Personas con Discapacidad en el Estado de Guanajuato, Ley de Fomento a la Investigación Científica, Tecnológica y a la Innovación para el Estado de Guanajuato, Ley de Educación para el Estado de Guanajuato, Ley de Desarrollo Social y Humano para el

Estado y los Municipios de Guanajuato, Ley de Cultura Física y Deporte del Estado de Guanajuato.

Otras leyes que tratan algún derecho cultural o aspecto de la cultura, que es importante destacar son:

- a) La Ley para la Juventud del Estado, en su artículo 2o., fracción 3a., contempla una definición de cultura. Asimismo, esta ley tiene un apartado relativo al «derecho a la cultura».
- b) Por lo que respecta a la Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Estado de Guanajuato, también se integra un artículo referente a la igualdad de oportunidades en los ámbitos artísticos e intelectuales.
- c) La Ley del Patrimonio Cultural del Estado de Guanajuato explicita algunas definiciones como: patrimonio cultural del estado, patrimonio cultural tangible e intangible, zona con paisajes culturales, histórica y monumental, etcétera.
- d) La Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Guanajuato contiene un capítulo que hace referencia al derecho a la libertad de pensamiento, conciencia, religión y cultura.

Se puede concluir que el Estado de Guanajuato cuenta con leyes que abordan los derechos culturales y regulan distintos ámbitos y aspectos de los mismos. Incluso, existen algunas disposiciones que definen términos para entender mejor estos derechos humanos. Empero, aún es necesario que se encuentren disposiciones que clarifiquen y desarrollen más el tema de los derechos culturales, para que estos tengan una realización efectiva.

1. Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato

La Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato se publicó el 20 de abril de 2018. Sobre esta ley, cabe destacar lo siguiente:

- a) Artículo 3o.: entre las definiciones que presenta se encuentra la de cultura, lo que es afortunado, puesto que para entender los derechos culturales es esencial partir del significado de este término.
- b) Artículo 7o.: hay un listado abierto de los derechos culturales que se reconocen, el cual es, prácticamente, el mismo que se encuentra en el artículo 11 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales.
- c) Artículo 12: indica tanto la dimensión individual como la colectiva en que se pueden ejercer los derechos culturales, lo cual favorece su entendimiento y su correspondiente ejercicio.

- d) Existe en la Ley un título (tercero, que abarca del artículo 33 al 40) reservado a la investigación y preservación de la cultura local y originaria, lo que es necesario por la población originaria que el estado posee.
- e) Al igual que sucede con la Ley General de Cultura, la legislación local de derechos culturales tiene una regulación mayormente política, dejando a un lado las medidas jurisdiccionales que se pueden promover en caso de vulneración a los derechos culturales.

Los derechos culturales en Guanajuato se deben proteger de acuerdo con lo establecido por: la Constitución general, los tratados internacionales, las observaciones e informes emitidos por el CDESC; así como por el marco normativo local. Y ante la existencia de indeterminaciones normativas, los operadores jurídicos tendrán que resolver los asuntos que se les presenten atendiendo a los distintos métodos jurídicos, para llevar a cabo una interpretación y aplicación idónea de los derechos culturales.

X. A manera de conclusión

México, a lo largo de su historia, ha construido un marco normativo de derechos culturales, que se desarrolló gracias a la participación de distintos actores que lo impulsaron. Tal es el caso del guanajuatense Ignacio Ramírez, el *Nigromante*, que ya a mitad del siglo XIX promovía el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas y demás libertades culturales. Sin olvidar destacar que las normas sobre derechos culturales se han ido fortaleciendo a través de los años, en gran medida, por la influencia que le han brindado los instrumentos internacionales a nuestro país.

Esta categoría de derechos humanos, reconocidos tanto en la Constitución general como en la Constitución del Estado de Guanajuato, se pueden identificar en distintas disposiciones normativas fundamentales, las cuales por su propia naturaleza poseen indeterminaciones, que deben ser resueltas por los operadores jurídicos. Ello con base en una argumentación jurídica adecuada que, entre otros instrumentos, considere las observaciones generales del CDESC, que proporcionan una guía para identificar y entender los derechos culturales.

Por lo que se refiere a la Ley General de Cultura así como a la Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato, estas representan un gran avance en cuanto al reconocimiento y promoción de los derechos culturales, pero también es cierto que tienen áreas de oportunidad que deben ser atendidas por el legislador, de entre las cuales

se pueden identificar: que no presentan definiciones de elementos esenciales para un entendimiento de los derechos culturales; tampoco hacen una vinculación con la demás leyes en materia cultural; no precisan de qué manera el gobernado puede resolver asuntos de incumplimiento de derechos culturales, tampoco si existe algún medio alternativo de solución de controversia o solución administrativa o si directamente se puede acudir a una instancia judicial.

Cabe advertir que la legislación del Estado de Guanajuato se integra por leyes que contemplan derechos culturales, sin embargo, es necesario que las disposiciones normativas culturales tengan un mayor desarrollo sistemático, que provean de herramientas jurídicas para que se logre una realización efectiva de los derechos culturales.

Finalmente, se precisa la necesidad de dar un tratamiento prudente al tema de los derechos culturales como derechos humanos, para no caer en emotividades ni exageraciones al momento de analizarlos e interpretarlos. Para ello, se requiere que tanto operadores jurídicos como estudiosos de la rama elaboren interpretaciones razonables, con base en métodos jurídicos idóneos, así como en una argumentación jurídica bien elaborada.

XI. Fuentes

1. Bibliografía

- ANGUITA VILLANUEVA, L. A. (2004). La cultura en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Carlos Ruiz M. (coord.). *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (pp. 83-116). España: Universidad de Santiago de Compostela.
- ÁVILA, R. (2000). *El derecho cultural en México: una propuesta académica para el proyecto político de la modernidad*. México: Porrúa.
- CACHO, L. N. (2018). *Derecho Cultural*. México: Porrúa.
- CAPITAL AMERICANA DE LA CULTURA. (2018). San Miguel de Allende-Guanajuato (México) elegida Capital Americana de la Cultura 2019. *Noticias de la Capital Americana de la Cultura*. Recuperado el 29 de septiembre de 2019, de <http://www.cac-acc.org/news.php?id=171>
- COTTOM, B. (2010). *Los Derechos Culturales en el marco de los Derechos Humanos en México*. México: Porrúa.
- (2015). *Legislación cultural temas y tendencias*. México: Porrúa.
- DORANTES, F. J. (2013). Derecho a la cultura en México. Su constitucionalización, sus características, alcances y limitaciones. *Alegatos*, (85), 845-861.

- GARCÍA HERNÁNDEZ, A. (2016). *Afrodescendientes en México. Protección internacional de sus derechos humanos*. México: CNDH.
- GOBIERNO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. (2018). 19 localidades se sumarán como Comunidades Indígenas en Guanajuato. *Boletines Guanajuato*. Recuperado el 11 de noviembre de 2018, de <https://boletines.guanajuato.gob.mx/2018/04/08/19-localidades-se-sumaran-como-comunidades-indigenas-en-guanajuato/>
- GONZÁLEZ, M. (1994). *Ignacio Ramírez. Ensayos*. México: UNAM.
- GREGOR, E., CABALLERO OCHOA, J. L. y STEINER, C. (coords.). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e interamericana I* (pp. 670-688). México: SCJN, UNAM, Fundación Konrad Adenauer.
- GUERRERO, O. (1989). *El Estado y la Administración Pública en México: Una investigación sobre la actividad del Estado mexicano en retrospectiva y prospectiva*. México: INAP.
- JIMÉNEZ, L. (2016). Derechos culturales y desarrollo sostenible como mandato constitucional en México. En Gaytán Hernández, C. I. Trabajo presentado en la *Segunda Audiencia Pública para la Iniciativa de Ley de Cultura*. México.
- LÓPEZ, F. y VIDARGAS, F. (eds.). (2013). *Convenciones Unesco, una visión articulada desde Iberoamérica*. México: INAH.
- MURA, L. (2016). Medidas para promover las expresiones culturales. En Velasco, M. y Prieto de Pedro J. (eds.). *La Diversidad Cultural. Análisis sistemático e interdisciplinar de la Convención de la Unesco* (pp. 173-177). España: Trotta.
- OLIVÉ, J. (1981). *Antropología Mexicana*. México: Plaza y Valdés.
- PATRIMONIO MUNDIAL DE MÉXICO UNESCO. (s. f.). Guanajuato. Recuperado de <https://www.patrimoniomundial.com.mx/category/patrimonio-mundial-de-mexico-unesco-por-estado/patrimonio-mundial-de-mexico-unesco-de-guanajuato/>
- PRIETO DE PEDRO, J. (2004). Derechos culturales, el hijo pródigo de los Derechos Humanos. *Revista Crítica*, (952), 19-23.
- QUINTANA, E. y VALDÉS, D. (coords.). (2001). *Compendio de Legislación Universitaria 1910-2001*. México: UNAM.
- SÁNCHEZ, J. (2013). Comentario al artículo 4o., párrafo 9, Constitucional. En Ferrer Mac-Gregor, E., Caballero Ocho, J. L. y Steiner, C. (coords.). *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e interamericana I*, (pp. 670-688). Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/Dh%20en%20la%20Constitucion%20comentarios%20TOMO%201.pdf>

- SECRETARÍA DE CULTURA. (2018). *¿Sabías que en México hay 68 lenguas indígenas, además del español?* Recuperado el 15 de octubre de 2018, de <https://www.gob.mx/cultura/articulos/lenguas-indigenas?idiom=es>
- VEGA, R. y ORTEGA B. (2013). En busca de una sede propia. El Museo Nacional y la Ciudad de México, 1825-1836. *Legajos, Boletín del Archivo General de la Nación*, (15), 11-36.
- VOLPI, J. (2011), *Leer la mente, el cerebro y la ficción*. México: Alfaguara.

2. Instrumentos internacionales

- ONU: ASAMBLEA GENERAL. (1948, 10 de diciembre). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de [https://www.refworld.org.es/docid/47a080e32.html](https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html)
- ONU: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000, 15 de julio). Informe sobre los períodos de sesiones 20o. y 21o. (26 de abril a 14 de mayo de 1999 y 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999). Recuperado de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/2000/22/Corr.1>
- (2018, 17 de abril). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México. México. Recuperado de <https://www.refworld.org.es/docid/5ae38da34.html>

3. Legislación

- Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos. (1857). México. Recuperado el 21 de mayo de 2018, de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2019). México.
- Constitución Política para el Estado de Guanajuato. (2019). México.
- Ley de Derechos Culturales para el Estado de Guanajuato. (2018). *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato*. México.
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales. (2017). *Diario Oficial de la Federación*. México.
- Presentación de la Iniciativa Formulada por Diputados de la Quincuagésima Novena Legislatura, por el Gobernador Constitucional del Estado y por el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, Relativa a Reformar y Adicionar Diversas Disposiciones a la Constitución Política para el Estado de Guanajuato. (2013). México.

El principio de proporcionalidad como derecho humano en la imposición de las sanciones pecuniarias municipales

Salvador Ramírez Argote*

SUMARIO: I. Introducción. II. Encuadre constitucional. III. Principio de tipicidad o taxatividad. IV. Restricción a las solas sanciones de multa, arresto y trabajo a favor de la comunidad. V. Prohibición de la multa excesiva. VI. Límite a las multas a los jornaleros, obreros y trabajadores. VII. Principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones. VIII. Violación del principio de proporcionalidad en los reglamentos de tránsito de León y Celaya. IX. Conclusiones. X. Fuentes

I. Introducción

La división tradicional de las funciones del Estado en legislativa, ejecutiva o administrativa y judicial les otorga a los órganos administrativos la facultad de policía, esto es, de conservación del orden. La conservación del orden es fundamental para todo Estado, pues se asegura la sobrevivencia del propio Estado en su conjunto y el respeto a los bienes jurídicos más preciados del ser humano. El Estado, en consecuencia, se encuentra revestido del *ius puniendi*, es decir, el derecho de castigar a quienes lesionen los bienes protegidos por el orden jurídico.

Esta facultad de castigo tiene dos facetas, el castigo penal y la sanción administrativa. Las dos caras son manifestaciones del *ius puniendi* estatal y, como tales, se alimentan de los mismos principios. Sin embargo, difieren en cuanto a las conductas que castigan.

* Profesor de la Escuela Normal Oficial de León y de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

El derecho penal protege los bienes más preciados para la humanidad; la vida, la salud, el orden familiar, el patrimonio, la libertad, la libertad sexual, el medio ambiente y la seguridad pública.

En cambio, el derecho sancionatorio administrativo protege bienes de menor envergadura, pero importantes para la convivencia armónica en la sociedad. La tranquilidad, la salud pública, la dignidad, el entorno urbano y la seguridad ciudadana son algunos de los más destacables.

Sergio García Ramírez (2003) explica cómo el derecho penal se orienta hacia la represión de las conductas de mayor gravedad: «Sólo deben ser considerados como delitos —y “tipificados”, consecuentemente, en la ley punitiva— las conductas que más severamente afectan la vida en comunidad, aquellas que lesionan o ponen en peligro, con gravedad, los bienes jurídicos de mayor jerarquía» (p. 356).

Mientras que el derecho sancionatorio administrativo, al que el mismo jurista denomina *derecho penal administrativo*, se orienta hacia la sanción de conductas de menor gravedad y, por lo mismo, las sanciones son también de menor gravedad que las penales:

Si un comportamiento merece reproche, pero no tiene la entidad antisocial del delito, el orden jurídico acuerda otro género de consecuencias jurídicas: sanciones civiles o administrativas, semejantes en naturaleza a las penas del régimen punitivo ordinario, pero mucho menos rigurosas que estas. Cuando se trata de faltas —que lo son a las leyes o reglamentos administrativos— nos hallamos, pues, ante el derecho penal administrativo o derecho de las contravenciones. (García Ramírez, 2003, p. 356)

Al ser las sanciones administrativas una manifestación del *ius puniendi* del Estado, es de la mayor importancia que las sanciones que se aplican a los gobernados por las faltas administrativas en que incurrir respeten la dignidad y los derechos humanos reconocidos por la Constitución.

Y uno de los principios a que debe someterse el derecho sancionatorio administrativo es el de proporcionalidad. En este trabajo se estudia dicho principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas municipales, como un derecho humano garantizado por la Constitución.

Se analiza el tratamiento que la Constitución le da a dicho principio y se contrasta con su aplicación en los reglamentos municipales de tránsito de dos municipios más poblados del Estado de Guanajuato: León y Celaya, a fin de verificar si se garantiza o no este derecho humano en la sanción de las infracciones de tránsito.

II. Encuadre constitucional

El orden jurídico mexicano tiene como una de sus premisas básicas el federalismo. En efecto, el artículo 40 constitucional dispone:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Adicionalmente, el artículo 115 constitucional establece: «Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre».

De manera que el orden constitucional mexicano ha dispuesto un sistema federal de tres órdenes: el federal, el estatal y el municipal, mismos que se distinguen no solo por el ámbito territorial que abarca cada uno, sino, además, porque a cada orden le corresponden competencias distintas, sin perjuicio de que pueda haber competencias concurrentes o coincidentes.

Para determinar las competencias de cada orden de gobierno, de manera general, la Constitución establece un sistema que la doctrina ha denominado federalismo residual, esto es, las competencias de la Federación se establecen de manera expresa en la Constitución y lo que no está concedido a los órganos federales, se entiende reservado a los estados. Así lo establece el artículo 124 constitucional: «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias».

De manera que, en caso de duda, el método para discernir si una competencia es estatal o federal es muy simple: si está concedido por la Constitución a la Federación, entonces será de esta; si hay silencio, entonces la competencia es local.

Y en el caso de los municipios, la propia Constitución establece con claridad meridiana cuáles son sus competencias, especialmente en las fracciones 2, 3, 4 y 5 del artículo 115. Así es como se establece que la seguridad pública, la policía preventiva y tránsito son funciones a cargo del municipio. En efecto, la fracción 3 del propio artículo 15 constitucional establece las funciones y servicios a cargo del municipio: «III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos

siguientes: [...] h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito».

Ahora bien, para llevar a cabo todas sus funciones, entre las que se encuentran las de seguridad pública, policía preventiva y tránsito, el Ayuntamiento, como órgano de gobierno del municipio, ha sido dotado por el constituyente de la facultad reglamentaria. Dice la fracción 2 del mismo artículo 115:

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

Elisur Arteaga Nava (2009) afirma que en 1917 el Constituyente «supuso la existencia de reglamentos gubernativos que emanaban de las autoridades ejecutivas: presidente de la república y gobernadores de los estados» (p. 431), pero que esto ha cambiado en virtud de los nuevos artículos 115 y 122. Es decir, que esta función de emitir reglamentos gubernativos ha pasado a los municipios a través de sus ayuntamientos.

Los reglamentos contienen normas jurídicas que participan de los mismos atributos que las leyes: son generales, impersonales y abstractas. «El reglamento es un acto unilateral de voluntad que establece normas jurídicas generales y obligatorias para regular situaciones impersonales, abstractas y objetivas» (López Olvera, 2007, p. 80).

Pero tiene dos grandes diferencias en relación con la ley: el reglamento es creado por un órgano administrativo, y siempre está subordinado a la ley. De manera que, aunque sea materialmente legislativo, es formalmente administrativo y es de jerarquía inferior a las normas materiales y formalmente legislativas.

Entonces, tenemos que los ayuntamientos están facultados para procurar la conservación del orden en su ámbito territorial. Y para lograrlo disponen, por un lado, de la facultad sancionatoria (manifestación del *ius puniendi*) y, por otro, de la facultad reglamentaria. En consecuencia, los reglamentos municipales son normas jurídicas idóneas para definir faltas y establecer las sanciones que les corresponden.

Luis Humberto Delgadillo nos llama la atención sobre la diferencia entre dos tipos de sanciones administrativas: las contravencionales y las disciplinarias. Estas últimas, con todo y ser sanciones de naturaleza administrativa, son aplicables solo a quienes tienen la calidad de servidor

público y, por ende, tienen una posición especial de sumisión frente al Estado. En cambio, la aplicación de las sanciones administrativas contravencionales

procede por la violación a la disposición legal, por no hacer lo que en ella se ordena, o hacer lo que prohíbe. Estas conductas se establecen en las leyes y en los reglamentos de policía y buen gobierno [...] Son impuestas a todos los gobernados, sean o no servidores públicos, que hayan violado las normas jurídicas que regulan las relaciones. (Delgadillo, 2004, pp. 321-322)

Sin embargo, este poder no es absoluto. Está sujeto a límites señalados por la Constitución y que se refieren necesariamente al respeto a los derechos humanos en el Estado de derecho. Para Fauzi Hamdan (2018), el poder de policía debe ser reducido al mínimo en el Estado de derecho, si se le compara con ese mismo poder durante la época del Estado absolutista.

La otra institución característica que da nombre a esa etapa absolutista, y que debería eliminarse en el Estado de derecho, es el poder de policía que antes era absoluto, total, ilimitado y omnímodo. El soberano podía hacer lo que le placía.

Al pasar al Estado de derecho, el poder de policía (vigilancia, supervisión y control por razones de orden, seguridad, tranquilidad o salud públicas, etc.) se ve limitado por los derechos subjetivos públicos individuales y sociales (humanos). (p. 14)

De manera que corresponde indagar cuáles son los límites que el Constituyente le ha impuesto al municipio en el ejercicio de su facultad de policía. Así encontramos varios límites establecidos en los artículos 21 y 22 de la Constitución:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor de los reglamentos gubernativos y de policía fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa que se imponga por infracción de los reglamentos gubernativos y de policía, no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

[...]

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. (Artículo 21, párrafos 4-6, 9)

Y en el artículo 22: «Quedan prohibidas las penas de muerte [...] la multa excesiva [...] Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado».

De manera que encontramos, en estos dos artículos, cuatro límites a la facultad sancionatoria de los municipios, a saber:

1. Las sanciones solo pueden consistir en multa, arresto hasta por treinta y seis horas y trabajo a favor de la comunidad.
2. En el caso de la multa, si se trata de un obrero, jornalero o trabajador asalariado no puede exceder de un día de salario o jornal. Y si se trata de un trabajador no asalariado, no puede ser mayor a un día de su ingreso.
3. Prohibición de la multa excesiva.
4. Principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones.

Además, la imposición de sanciones debe respetar el principio de tipicidad o taxatividad, que es una variante del principio de legalidad, y que es recogido en el párrafo 3 del artículo 14, mismo que establece: «En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata».

A continuación, abordamos brevemente cada uno de estos límites constitucionales.

III. Principio de tipicidad o taxatividad

Es un principio del derecho punitivo del Estado, aplicable tanto al derecho penal propiamente dicho, como al derecho administrativo sancionador.

El principio de exacta aplicación de la ley penal es una garantía que prohíbe a la autoridad jurisdiccional el imponer penas que no estén decretadas por una ley exactamente aplicable a la conducta que se reprocha. Pero en su vertiente de taxatividad, va más allá, al obligar al legislador

a emitir normas con la suficiente precisión para que las conductas puedan ser encuadradas o no con una razonable claridad. Así lo ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN):

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS. El artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal al establecer que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Este derecho fundamental no se limita a ordenar a la autoridad jurisdiccional que se abstenga de interpretar por simple analogía o mayoría de razón, sino que es extensivo al creador de la norma. En ese orden, al legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma. (Tesis 1a. CXCI/2011 9a.)

Sin embargo, de acuerdo con Ana Marcela Zatarain Barret (2017), en el derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad tiene la particularidad de que no es necesario que los tipos administrativos estén descritos en ley, sino que basta —y esto sí es indispensable— con que se satisfaga el principio de tipicidad, esto es, que haya descripción de la conductas sancionables «en el grado suficiente para permitir la previsibilidad y planeación de los particulares y evitar la arbitrariedad de la autoridad» (p. 493). Y esta exigencia será satisfecha no en la ley, sino en el reglamento respectivo.

IV. Restricción a las solas sanciones de multa, arresto y trabajo a favor de la comunidad

Las sanciones que impone la autoridad administrativa solo pueden consistir en multa, arresto y trabajo a favor de la comunidad. Es importante observar que cuando las autoridades administrativas aplican sanciones

en cumplimiento de una ley, estas sanciones pueden formar parte de un catálogo más amplio: clausura, decomiso y otras. Pero tratándose de infracciones no a leyes, sino a reglamentos gubernativos, las sanciones solamente pueden ser de estas tres especies.

Ahora bien, la facultad reglamentaria tanto del Ejecutivo federal como del Ejecutivo local está restringida a proveer a la exacta aplicación de la ley en su ámbito competencial. Por lo tanto, los reglamentos estatales o federales pueden contemplar sanciones diversas, siempre y cuando hayan sido previamente autorizadas por el Poder Legislativo que corresponda. En cambio, los reglamentos municipales de policía solo pueden contemplar las mencionadas sanciones.

Por otra parte, es importante hacer notar que cuando la Constitución se refiere a los reglamentos gubernativos y de policía, no se refiere solo a los bandos o reglamentos de policía propiamente dichos, sino que el concepto es mucho más amplio, abarca todo género de reglamentos tendientes a la conservación del orden. Así lo explica Alberto del Castillo del Valle (2003):

Los reglamentos gubernativos y de policía son las disposiciones que establecen las reglas que imperan en sociedad, sobre la conducción de los particulares y las autoridades públicas en el ámbito administrativo, como es el caso de los reglamentos de construcción o los de tránsito. Es importante considerar que las leyes (aun las de materia administrativa), no se ubican en este apartado y categoría, y su violación da pauta a otras sanciones. (p. 554)

En consecuencia, en los reglamentos municipales —como es el caso de los reglamentos de tránsito— siempre será importante que las sanciones no sean otras, sino las ya mencionadas. Esto, para no dar pauta a que los ayuntamientos ideen sanciones que puedan afectar la dignidad humana y los derechos humanos de los gobernados.

V. Prohibición de la multa excesiva

La multa es una de las sanciones cuya imposición es permitida por la Constitución como consecuencia de las infracciones administrativas.

La multa o sanción pecuniaria afecta el patrimonio de los gobernados, al exigirles, el Estado, una conducta de dar que se traduce en un menoscabo de su patrimonio y, consecuentemente, en una afectación también para los miembros de su familia, quienes ordinariamente reciben, de los padres de familia, alimentos y todo lo necesario para su desarrollo normal.

De ahí que la multa excesiva sea una de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional. En la literalidad de la Constitución, se refiere al ámbito penal, pero es claro que, si en ese ámbito está prohibida, también está prohibida en el derecho administrativo sancionador o derecho penal administrativo, como lo llama Sergio García Ramírez (2003). En ese sentido se ha pronunciado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

MULTA EXCESIVA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL. NO ES EXCLUSIVAMENTE PENAL. Es inexacto que la «multa excesiva», incluida como una de las penas prohibidas por el artículo 22 constitucional, deba entenderse limitada al ámbito penal y, por tanto, que solo opere la prohibición cuando se aplica por la comisión de ilícitos penales. Por lo contrario, la interpretación extensiva del precepto constitucional mencionado permite deducir que si prohíbe la “multa excesiva” como sanción dentro del derecho represivo, que es el más drástico y radical dentro de las conductas prohibidas normativamente, por extensión y mayoría de razón debe estimarse que también está prohibida tratándose de ilícitos administrativos y fiscales, pues la multa no es una sanción que solo pueda aplicarse en lo penal, sino que es común en otras ramas del derecho, por lo que para superar criterios de exclusividad penal que contrarían la naturaleza de las sanciones, debe decretarse que las multas son prohibidas, bajo mandato constitucional, cuando son excesivas, independientemente del campo normativo en que se produzcan. (Tesis P./J. 7/95)

En consecuencia, es indispensable que las multas previstas por los reglamentos municipales sean moderadas, de otra manera, estarían vulnerando los derechos humanos. De acuerdo con José María Soberanes Díez (2010):

la excesividad es un concepto relacional en tanto que únicamente se entiende en concordancia con algo. Una sanción no es excesiva consigo misma, sino que se entiende que tiene este carácter solamente cuando sobrepasa una medida. Lo excesivo evoca la falta de condición de proporcionalidad de un ente respecto a otro en un margen: mientras que exceso es lo que sobrepasa un límite superior de la medida, lo proporcional es lo que se ajusta a esta. Por ello, lo contrario a la excesividad es la proporcionalidad. (p. 272)

Y es por eso que el Poder Revisor de la Constitución, en un intento por ser más claro aún, ha dispuesto un límite a las multas que se impongan a obreros, jornaleros y trabajadores, como veremos en el siguiente apartado.

VI. Límite a las multas a los jornaleros, obreros y trabajadores

La multa, como sanción administrativa, encuentra un freno en los párrafos 5 y 6 del artículo 21 constitucional, donde prohíbe que esta exceda un día de salario para jornaleros, obreros y trabajadores o un día de ingreso para los trabajadores no asalariados.

El antecedente más remoto viene desde la Constitución de 1857, que prescribía en su artículo 21 que: «La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa solo podrá imponer como corrección, hasta quinientos pesos de multa o hasta un mes de reclusión eran (sic) los casos y modo que expresamente determine la ley» (Zarco, 2016, p. 244).

El Constituyente de 1917, por su parte, estableció:

Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 15 días. Si el infractor fuese jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornal o sueldo en una semana. (Marván Laborde, 2013, p. 919)

En 1982, en el segundo día de su mandato, el presidente Miguel de la Madrid envía una iniciativa de reforma a este artículo a fin de limitar aún más la multa para obreros y jornaleros y la duración máxima del arresto. En la iniciativa se planteó que el monto máximo de la multa para jornaleros y obreros fuera de un día de su jornal o salario y que el arresto en ningún caso excedería las treinta y seis horas. En la exposición de motivos de la iniciativa se argumentó la razón de la propuesta:

Con ese cambio se logrará el equilibrio entre una correcta impartición de justicia por faltas administrativas y las condiciones económicas y sociales de las grandes mayorías nacionales.

Dentro de los anhelos de mejoramiento de la administración de justicia destaca el perfeccionamiento de la justicia popular administrativa, porque es la que afecta a los ciudadanos en su quehacer cotidiano, para que sea ejemplar y correctiva y, a la vez, proporcional a la magnitud de las infracciones. (Cámara de Diputados, 3 de diciembre de 1982)

En la Cámara de Diputados se aprobó la propuesta del Ejecutivo sin discusión. Pero el dictamen amplió el beneficio a los trabajadores

no asalariados, para que la multa máxima para este sector de la población fuera de un día de su ingreso. La Comisión argumentó:

En ese mismo afán de no afectar el patrimonio de los trabajadores de escasos ingresos, se reduce de manera notable la sanción pecuniaria establecida en el último párrafo del Artículo 21, de una semana, a un día de salario o jornal.

La iniciativa contempla el propósito de perfeccionar la justicia popular administrativa y favorecer así, de manera primordial, a los jornaleros y a los obreros:

Sumando a este objetivo y considerando que los trabajadores no asalariados constituyen un vasto sector de la población de bajos ingresos, las comisiones acordaron ampliar la iniciativa para extender los beneficios de esta disposición a este grupo social. (Cámara de Diputados, 14 de diciembre de 1982)

Por su parte, el dictamen de la Cámara de Senadores añade un argumento interesante en el sentido de que las multas elevadas y los arrestos prolongados afectan más que al infractor a sus dependientes económicos, convirtiéndose, en los hechos, en penas trascendentales, porque afectan a personas diversas de quien cometió el ilícito:

Las comisiones han advertido que, en efecto, la imposición de esas sanciones a las personas de escasos recursos, van más allá del propósito de ejemplaridad y buen gobierno con que ha estado animada desde siempre la redacción del texto constitucional, pues en las clases populares quienes sufren mayormente las consecuencias, son los dependientes económicos de los infractores así sancionados.

[...]

Asimismo, la reducción de la sanción pecuniaria salvaguarda la subsistencia familiar, sobre todo en aquellos casos en que el infractor percibe salario mínimo o ingresos variables y reducidos. La sanción de las infracciones de reglamentos gubernativos y de policía debe ser de carácter personal y no tener repercusiones en personas que ameritan protección y no sufrimiento de penas. Es indefectible que se debe sancionar la infracción y no la pobreza. (Cámara de Senadores, 1982)

De manera que este es un límite muy estricto que le impone la Constitución a los ayuntamientos en el diseño de sus reglamentos y en particular al uso de la facultad sancionatoria, ya que no se les permite castigar las faltas administrativas de jornaleros, obreros, trabajadores asalariados y trabajadores no asalariados con un arresto mayor a treinta

y seis horas, ni con una multa mayor de un día de su jornal, de su salario o de su ingreso.

Independientemente de cualquier consideración o razonamiento que pudiera hacer el órgano administrativo municipal para evitar la multa excesiva y para hacer respetar el principio de proporcionalidad, el Constituyente se asegura de establecer que a ningún trabajador puede serle impuesta una sanción que vaya más allá de un día de ingreso. Así corta de tajo cualquier intento de afectar el desarrollo normal de la vida del trabajador y de su familia por la comisión de una simple falta administrativa.

VII. Principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones

Los límites señalados en los apartados anteriores, a saber, la prohibición de multas excesivas y la limitación de la multa a solo un día de salario de los trabajadores, obreros y jornaleros son manifestaciones del principio de proporcionalidad.

Desde una perspectiva garantista, Carlos Bernal Pulido (2014) ha desmenuzado el principio de proporcionalidad en un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según este investigador colombiano, el subprincipio de idoneidad establece que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (p. 875). En segundo lugar, el subprincipio de necesidad postula que «toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto» (pp. 932-933). Por último, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, significa que «la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa» (p. 962).

Este marco conceptual es perfectamente aplicable al establecimiento de multas por faltas a los reglamentos gubernativos emitidos por los ayuntamientos. En efecto, todo reglamento es la manifestación del imperio del gobierno. El reglamento municipal les impone a los habitantes del municipio un deber de hacer, de no hacer o de dar.

Los reglamentos de tránsito imponen normalmente la obligación de desplegar una conducta de hacer o de no hacer. Ejemplos de la primera especie son las obligaciones de colocarse el cinturón de seguridad

mientras conduce y portar la licencia de manejo vigente. Ejemplos de la segunda especie son las prohibiciones de estacionarse en ciertos lugares, manejar a una velocidad superior a los límites establecidos y utilizar aparatos de radiocomunicación mientras se conduce.

Cuando se incumple una conducta obligatoria y cuando se despliega una conducta prohibida, el Estado, en este caso el Ayuntamiento, en su calidad de autoridad administrativa municipal, tiene la facultad de sancionar al infractor, conforme al artículo 21 constitucional. Las únicas especies de sanciones que le es dable imponer al Ayuntamiento son las de multa, arresto y trabajo a favor de la comunidad.

Con la primera de ellas se afecta el patrimonio del infractor. Con las dos restantes, su libertad. Es decir, estamos frente a afectaciones a los derechos humanos constitucionalmente válidas, bajo la condición de que se respete el principio de proporcionalidad. Si aplicamos el marco conceptual desarrollado por Bernal Pulido, tendríamos que verificar: a) si la intervención es la adecuada para la obtención de un fin legítimo, b) si es la más benigna entre todas las que sean adecuadas y c) si la importancia de la intervención (el monto de la multa) está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido.

- a) Todo reglamento gubernativo busca el orden y la convivencia armónica. Las sanciones impuestas a los infractores tienen como fin el evitar que se vulnere dicho orden y convivencia armónica, mediante lo que en la doctrina penal se conoce como prevención general y prevención especial, es decir, que se inhiba a la generalidad de la comisión de la conducta no deseada al ver la consecuencia que acarrea su despliegue, y que se inhiba en el propio infractor la reincidencia al haber sufrido en su propia persona la consecuencia de la infracción.
- b) Solo las tres especies de sanción ya mencionadas (multa, arresto y trabajo a favor de la comunidad) son las permitidas. Las tres podrían ser idóneas para la mayoría de las faltas, por lo que habría que examinar cuál es la más benéfica. Y si consideramos que una afecta el patrimonio y las otras dos la libertad de la persona, quizás sea mejor la multa, sobre todo si se considera que la multa no puede exceder el monto de un día de ingreso.
- c) Por último, en cada uno de los casos habría que examinar si hay proporción entre el bien jurídico afectado y el monto de la sanción.

En México, la Corte ha considerado estos tres subprincipios en sus criterios, al analizar el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones penales:

SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. El principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, para que una pena sea proporcional desde este punto de vista no solo debe tener una finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. (Tesis 1a. ccviii/2011 9a.)

Adicionalmente, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en México han desarrollado sus propios criterios para valorar la proporcionalidad.

En primer lugar, el artículo 31 constitucional, en su fracción 4, dispone que es obligación de los mexicanos contribuir a los gastos de la Federación, del estado y del municipio de su residencia en la forma proporcional y equitativa que dispongan las leyes. La proporcionalidad en la tributación ha sido profusamente desarrollada por la doctrina fiscalista y por la jurisprudencia donde se explica el significado de este principio en referencia a los impuestos y a los derechos. Sin embargo, los criterios de la Corte han establecido que el principio de proporcionalidad de este artículo también es aplicable a las multas. Por lo menos desde 1955:

MULTAS, SU PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD. El artículo 31 fracción IV, de la Constitución federal, establece la proporcionalidad y equidad en los impuestos e idénticos principios deben regir en materia de multas. Revisión fiscal 300/54. Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Alberto Lama Shalla). 13 de octubre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

Y en época mucho más reciente:

MULTAS FISCALES. EL ARTÍCULO 129, FRACCIÓN IV, DE LA LEY ADUANERA VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES, ES VIOLATORIO DE LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 129, fracción IV, de la Ley Aduanera vigente en mil novecientos noventa y tres, disponía en términos generales las sanciones aplicables a quien cometía la infracción de contrabando, sancionando dichos actos con multas equivalentes a medio tanto del valor comercial de las mercancías, cuando no se cuente con los documentos que comprueben el cumplimiento de las restricciones o regulaciones no arancelarias distintas a las previstas en la fracción III de dicho artículo. De lo anterior

se observa que al fijar el criterio de determinación de la multa, el legislador no tomó en cuenta la capacidad económica del sujeto infractor ni la gravedad de la infracción, sino el valor normal, comercial o fiscal de la mercancía exportada ilegalmente; por tanto, es manifiesto que el precepto legal transcrito, no contiene los mínimos y máximos requeridos para estimar proporcional y equitativa la sanción pecuniaria que establece, con lo que es manifiesto que el precepto cuestionado, al contener multas fijas, contraviene el supuesto legal contenido en la fracción IV del artículo 31 constitucional. (Tesis I.3o.A.46 A)

Por otra parte, el artículo 22 constitucional obliga al legislador a que las penas sean proporcionales a los delitos, obligación que se extiende a los ayuntamientos que, al elaborar un reglamento legislan materialmente, aun cuando se trate de un acto formalmente administrativo. Las sanciones establecidas en los reglamentos deben guardar relación con las infracciones, sin que le sea dable al ayuntamiento actuar de manera caprichosa al definir las sanciones correspondientes a los tipos administrativos.

Si bien, de manera general, la Constitución obliga a todas las autoridades a que en el establecimiento de todo género de sanción sea respetado el principio de proporcionalidad, de manera específica, el propio artículo 22 prohíbe las multas excesivas. Es el mismo principio de proporcionalidad referido expresamente a un género de sanción, la multa, la cual rompería con este principio si fuese más allá de lo razonable. La Corte ha establecido con suficiente claridad, como ya lo comentamos anteriormente, que la multa excesiva no solo está prohibida en el ámbito penal, sino también en el administrativo.

VIII. Violación del principio de proporcionalidad en los reglamentos de tránsito de León y Celaya

Con base en todo el andamiaje anterior, podemos consultar los reglamentos de tránsito de dos de los municipios de mayor población en el Estado de Guanajuato: León y Celaya, para tratar de dilucidar si las multas que establecen se ajustan a las exigencias del principio de proporcionalidad.

1. León

En primer lugar, en el municipio de León se encuentra vigente el Reglamento de Policía y Vialidad del Municipio de León, Guanajuato, en el cual se puede observar que, en los artículos del 97 al 125, establece

sanciones pecuniarias diversas, que pueden llegar hasta las 180 unidades de medida y actualización (UMA).

Por ejemplo, el estacionarse en un lugar prohibido, como es el caso de los accesos y rampas para personas con discapacidad, la sanción mínima es de treinta UMA y la máxima de cuarenta y cinco UMA. Y más aún, en caso de reincidencia, la sanción oscilará entre las cuarenta y cinco y sesenta UMA. La UMA, para el año 2019, es de 84.49 pesos, por lo que hablar de sesenta UMA es equivalente a 5,069.40 pesos.

Ahora bien, de acuerdo con la Comisión Nacional de Salarios Mínimos (2018) el salario promedio en Guanajuato en 2018 fue de 295.76 pesos (p. 6). De manera que la multa de cinco mil pesos está muy alejada del salario diario promedio de los leoneses.

Independientemente de las consideraciones que pudieran argumentarse, podrían respetarse los límites constitucionales si el reglamento estableciera un procedimiento adecuado para que los infractores acreditaran su calidad de jornaleros, obreros o trabajadores, así como su salario o ingreso diario, de tal manera que, independientemente de los rangos de las sanciones económicas establecidos en el reglamento, pagasen únicamente el equivalente a su salario o ingreso diario. Sin embargo, el reglamento dedica solo dos artículos para el procedimiento de levantamiento y calificación de la falta. Y son los siguientes:

Cuando los conductores de vehículos cometan una infracción a lo dispuesto por este reglamento y demás disposiciones aplicables, los agentes de vialidad procederán de la siguiente manera:

- I. Indicar con respeto al conductor que debe detener la marcha de su vehículo y estacionarse en un lugar en que no obstaculicen la circulación;
- II. Identificarse con su nombre y número de gafete;
- III. Señalar al conductor la infracción que cometió y mostrarle el artículo del reglamento que lo fundamenta;
- IV. Solicitar al conductor la licencia de conducir, la tarjeta de circulación para su revisión y el holograma o la documentación vigente que acredite haber realizado la verificación correspondiente conforme al programa estatal de verificación vehicular; y,
- V. Una vez efectuada la revisión de los documentos y de la situación en la que se encuentra el vehículo, el agente de vialidad procederá a llenar el acta de infracción, de la que extenderá una copia al interesado.

Una vez llenada el acta de infracción, en caso de que exista posibilidad del pago de la multa mediante el sistema de cobro en sitio, el agente de vialidad hará del conocimiento del conductor tal situación; y si el pago de la multa se realiza

mediante ese sistema, los agentes de vialidad están facultados para recibir el pago respectivo.

El sistema de cobro en sitio consiste en la forma de realizar el pago de la multa al momento de que se levante el acta de infracción, este pago se realiza con tarjeta de débito o crédito mediante diversas terminales móviles de pago dependientes de la Tesorería Municipal y operadas por los agentes de vialidad.

En el caso de las infracciones detectadas mediante dispositivos tecnológicos de verificación de velocidad o foto multa, se actuará conforme al procedimiento ya señalado. (Artículo 140)

[...]

La Dirección General de Tránsito Municipal y la Tesorería Municipal indistintamente, calificarán las infracciones de tránsito y vialidad, salvo en los casos en que se faculte expresamente al juez cívico, debiendo el infractor proporcionar los datos necesarios para la individualización de la sanción. (Artículo 157)

Como se puede ver, el protocolo derivado de estas disposiciones reglamentarias en ningún momento indica al agente de tránsito, ni al personal de la Dirección General de Tránsito ni de la Tesorería, que informe al infractor del derecho humano que la Constitución le reconoce de pagar solo un día de su salario, jornal o ingreso si acredita ser obrero, jornalero o trabajador. Se trata de una disposición constitucional totalmente ausente en el reglamento.

No hay, de hecho, ni presunción de inocencia ni tampoco un procedimiento medianamente respetuoso del debido proceso en el que se concedan al particular los medios para defenderse, argumentar excepciones o aportar pruebas.

2. Celaya

En el caso del Reglamento de Tránsito y Policía Vial para el Municipio de Celaya, las multas no son tan elevadas como en León, pero sí contienen multas de quince a veinte UMA —por ejemplo, algunas faltas que marca el artículo 30 como «hacer mal uso del claxon emitiendo sonidos altisonantes u ofensivos»— lo que se traduce en 1,267.35 pesos la mínima, y 1,689.80 pesos la máxima, lo cual está muy por encima del salario promedio en Guanajuato, que es de menos de trescientos pesos.

El artículo 60 describe el protocolo para el levantamiento de la infracción por parte del policía vial, pero no contiene ni en este artículo ni en ninguno otro la obligación del policía vial de informar al particu-

lar que, en caso de ser jornalero, obrero o trabajador, solo se aplicará una multa de un día de jornal, salario o ingreso.

El artículo 103 contiene una interesante lista de circunstancias que se deben considerar para determinar el monto de la multa:

Para la determinación e imposición de sanciones dentro del rango establecido en este Reglamento y medidas de aseguramiento, deberán considerarse, a efecto de individualizar cada caso e imponer una sanción justa y proporcional, los siguientes aspectos:

- I. La reincidencia;
- II. La capacidad económica del infractor;
- III. La intencionalidad de la conducta;
- IV. La gravedad de la conducta y el riesgo que representó; y,
- V. El daño ocasionado.

Como se puede ver, sí representa un avance importante en el sendero de la proporcionalidad si se le compara con el reglamento de León. Pero sigue siendo violatorio del derecho contenido en el párrafo 5 del artículo 21 constitucional, al no prever que al supuesto infractor se le informe que puede acreditar su condición de trabajador y, en consecuencia, pagar solamente el equivalente a su ingreso diario. De manera que en este reglamento también se viola el derecho humano a que la multa sea proporcional y no sea excesiva.

IX. Conclusiones

Después de analizar el desarrollo del principio de proporcionalidad en la imposición de multas municipales y contrastar el deber ser con los hechos, estamos en condiciones de obtener las siguientes conclusiones:

1. Primera

Como podemos ver, las multas impuestas por las autoridades administrativas están sujetas al principio de proporcionalidad, mismo que encuentra su fundamento en diversas disposiciones constitucionales:

- a) En el artículo 31 fracción 4, que dispone que la contribución a los gastos del Estado debe ser proporcional y equitativa.
- b) En el artículo 22, que prohíbe expresamente las multas excesivas y obliga a las autoridades a que las sanciones sean proporcionales a las faltas.

- c) En el artículo 21, que limita el monto de las sanciones a jornaleros, obreros y trabajadores a un día de salario o ingreso.

2. Segunda

A la luz de estas disposiciones constitucionales, el principio de proporcionalidad en la imposición de multas tendría que satisfacer, por lo menos, las siguientes exigencias:

- a) El monto de la multa debe guardar relación con la gravedad de la falta tipificada, gravedad que tiene que valorarse en función de si se trata de una falta de resultado o solo de peligro.
- b) Deben analizarse las circunstancias objetivas de la comisión del ilícito administrativo, así como las condiciones subjetivas del infractor, incluyendo las sociales, culturales y económicas.
- c) Si se trata de un jornalero, obrero o trabajador asalariado o no asalariado, en ningún caso la multa debe ser mayor que su ingreso de un día.
- d) En el reglamento respectivo debe establecerse que, al momento de levantar la infracción, calificarla y determinar el monto de la sanción, se informe al infractor del derecho humano garantizado por la Constitución de no pagar más allá de un día de su ingreso en caso de ser jornalero, obrero o trabajador asalariado o no asalariado y se le dé la oportunidad de acreditar dicha condición, así como de acreditar el monto de su salario o ingreso diario, a fin de que la multa no exceda ese tope.

3. Tercera

Los reglamentos de tránsito de los dos municipios de mayor población en el Estado de Guanajuato, que concentran alrededor de la tercera parte de la población total de la entidad, a saber, León y Celaya, incumplen el principio de proporcionalidad que obliga en la imposición de estas sanciones. El grado de incumplimiento es diverso, pero en ambos casos son necesarias reformas a dichos reglamentos, con la finalidad de garantizar los derechos humanos contenidos en los artículos 21, 22 y 31, fracción 4, constitucionales.

X. Fuentes

1. Bibliografía

- ARTEAGA NAVA, E. (2009). *Garantías individuales*. México: Editorial Oxford.
- BERNAL PULIDO, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- COMISIÓN NACIONAL DE SALARIOS MÍNIMOS. (2018). *Salarios*. Recuperado de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/311161/Salarios-marzo2018.pdf>
- DEL CASTILLO DEL VALLE, A. (2003). *Garantías del gobernado*. México: Ediciones Jurídicas Alma.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H. (2004). *Elementos de Derecho Administrativo. Primer curso*. (2a. ed.). México: Limusa-Noriega Editores.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. (1982, 3 de diciembre). *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 17. México.
- (1982, 14 de diciembre). *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, 52. México.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (2003). Artículo 21. En Carbonell, M. (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada. Tomo I*. México: Porrúa-UNAM.
- HAMDAN AMAD, F. (2018). *Derecho administrativo*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Escuela Libre de Derecho.
- LÓPEZ OLVERA, M. A. (2007). *Tratado de la Facultad Reglamentaria*. México: Porrúa.
- MARVÁN LABORDE, I. (2013). *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917. Tomo I*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SOBERANES DÍEZ, J. M. (2010). El derecho a la proporcionalidad de las multas en la jurisprudencia de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (23), 269-280.
- ZARCO, F. (2016). *Historia del Congreso Constituyente de 1857*. México: Cámara de Diputados.
- ZATARAIN BARRETT, A. M. (2017). Artículo 21. En Cossío Díaz, J. R. (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Tomo I*. México: Tirant lo Blanch.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2019). México.

3. Jurisprudencia

Tesis I.3o.A.46 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, abril de 2002, p. 1295.

Tesis P./J. 7/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, julio de 1995, p. 18.

Tesis 1a. CXCI/2011 (9a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 2011, p. 1094.

Tesis 1a. CCVIII/2011 (9a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2011, p. 209.

4. Reglamentos

Reglamento de Policía y Vialidad para el Municipio de Celaya, Guanajuato. (2017). *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. México.

Reglamento de Policía y Vialidad para el Municipio de León, Guanajuato. (2018). *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. México.

Análisis de género sobre el principio de paridad en los diferentes órdenes legales tanto federal como local en Guanajuato

Ma. Concepción Rangel Vázquez*

SUMARIO: I. Breve recuento de la lucha por los derechos políticos de las mujeres hasta nuestros días. II. Antecedentes en torno al marco legal de la paridad. III. Metodología. IV. Análisis del marco legal federal y local (Guanajuato). V. Conclusiones. VI. Propuestas. VII. Fuentes.

Gracias a la exigencia y lucha del movimiento feminista en México, contamos con importantes avances en el acceso de las mujeres a espacios de poder. Desde principios del siglo xx, hemos transitado de una participación de facto al margen de la ley, seguido del reconocimiento legal de la ciudadanía, a medidas transitorias como las cuotas, hasta la incorporación del principio de paridad de género en la ley a inicios del siglo xxi. No obstante, queda mucho por hacer para lograr que la participación política de las mujeres se dé en condiciones de igualdad, por ello es importante señalar que dentro de los principales retos que se deben resolver, es preciso adecuar al marco legal a los avances en la Constitución federal, continuar con las acciones afirmativas y en su caso implementar las que correspondan, realizar cambios en las políticas públicas que soporten y den sustancia a las reformas legislativas en todo el país y realizar una eficaz fiscalización de los recursos públicos que son asignados para capacitación en materia de liderazgo y empoderamiento político de las mujeres.

* Consejera electoral ciudadana de la Junta Local Ejecutiva del INE en Guanajuato y consultora jurídica independiente en las áreas de derechos humanos e igualdad de género. Abogada feminista egresada de la Licenciatura en Derecho y de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo, ambas por la Universidad Iberoamericana León. Ha enfocado su trabajo en la defensa de los derechos humanos de las mujeres y las niñas desde la sociedad civil.

En virtud de lo anterior, se considera relevante analizar los avances jurídico-electoral en materia de paridad de género y el acceso al ejercicio de los derechos políticos de las mujeres en Guanajuato, a la luz de la reforma electoral de 2014 a 2017, toda vez que el estado representa un referente a nivel nacional desde el inicio de la Guerra de Independencia en 1810 y su transformación en una región con un alto desarrollo industrial con un entorno altamente conservador, tal como lo refiere Carlos Fuentes en su novela *Las buenas conciencias*.

I. Breve recuento de la lucha por los derechos políticos de las mujeres hasta nuestros días

El nacimiento del Estado moderno en Francia en 1789 sentó las bases de la democracia y la ciudadanía, y dio la posibilidad de elegir a los gobernantes y a acceder al poder público. No obstante, el ejercicio de los derechos políticos se hizo realidad con la sola representación de una parte de la población compuesta por hombres, lo que dejó fuera a la otra mitad compuesta por las mujeres. En la letra, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 fue aplicada de manera estricta a la población masculina, de manera que las mujeres quedaron excluidas de participar tanto en los sufragios, como en la posibilidad de ocupar un puesto público o de representación popular, a pesar de que existió al menos un movimiento de mujeres que apoyó la Revolución, encabezado por Olympe de Gouges, quien fue guillotizada por exigir el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres.

La lucha iniciada por Olympe de Gouges fue continuada por otras mujeres, como en Francia, en 1880, donde la feminista Hubertine Auclert se negó a seguir pagando impuestos si no se le otorgaba el derecho a votar: «No voto, no pago», decía. Sus contemporáneas no acompañaron su lucha, sin embargo, ella persistía: «Yo dejo a los hombres que se arroguen el poder de gobernar, el privilegio de pagar los impuestos que votan y se reparten a su gusto». Unos años después, en 1884, pidió de nuevo la extensión del sufragio a las mujeres e inauguró un nuevo tipo de reclamo: que las Asambleas estuviesen compuestas por tantos hombres como mujeres (Ferreyra, 2015, p. 9). Estas exigencias son muestra clara de la pugna de las mujeres por lograr el acceso al poder público, en aras de la paridad en los órganos de poder.

Cada paso dado por las mujeres a lo largo de la historia, sentó las bases para lograr los necesarios avances en materia legal, así, los tratados internacionales, han coadyuvado al avance en el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, al buscar el compromiso de los

países para garantizarlos. En este caso, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw por sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, obliga a los Estados a eliminar la discriminación y avanzar hacia la igualdad en la vida política y pública, según lo señalan sus artículos 7o. y 8o. La Declaración de Atenas en 1992 y la Plataforma de Acción de Beijing en 1995 también son referencias obligadas para la definición de las estrategias de lucha asumidas por el movimiento feminista en relación con la participación de las mujeres en la toma de decisiones y el poder político (Ferreira, 2015, p. 12).

En México, las mujeres han destacado en el ámbito político desde el Movimiento de Independencia hasta la fecha a pesar de que el reconocimiento legal de votar y ser elegidas se logró hasta 1953. Elvia Carrillo Puerto, por ejemplo, fue electa diputada para el Congreso de Yucatán en 1923, cargo que ocupó por dos años pero que se vio obligada a dejar en por amenazas de muerte en su contra.

En este contexto, cabe destacar que durante el Congreso Constituyente de 1917, Hermila Galindo, una de las principales impulsoras del sufragio femenino, solicitó incorporar el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres: «[...] las mujeres necesitan el derecho al voto por las mismas razones que los hombres» (INE).

En 1935, surgió el Frente Único Pro Derechos de la Mujer promovido por el Partido Comunista Mexicano y por otras fuerzas, el cual reunió a sesenta mil afiliadas. Ellas lucharon por el voto y la extensión de la alfabetización de las mujeres. El Frente fue una plataforma que dio impulso para que las mujeres participaran y dieran lucha por el reconocimiento de sus derechos políticos. Entre sus dirigentes destacan Consuelo Uranga, Frida Kahlo, Adelina Zendejas y María del Refugio García (INE).

Muchos fueron los esfuerzos por lograr el derecho al voto de las mujeres así como de ser electas a cargos populares: la lucha de las agrupaciones feministas y el apoyo de presidentes de la República como Lázaro Cárdenas del Río, quien pugnó sin éxito el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres en México, o Miguel Alemán, quien en 1947 aprobó la iniciativa que brindó a las mujeres igualdad de condiciones que los hombres, para votar y ser votadas en las elecciones municipales.

En 1952, bajo la presidencia de Adolfo Ruiz Cortines, se emitió el decreto que reconoció el derecho de las mujeres de votar y ser electas en todas las elecciones populares. Finalmente, el 6 de octubre de 1953 la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad las reformas a los artículos 34 y 115, fracción 1, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos (CPEUM) que reconoció la ciudadanía de las mujeres (INE).

Inmersas en un ambiente de dominación masculina, las mujeres ya participan. En 1958, la diputada de oposición Macrina Rabadán se convirtió en la primera diputada propietaria por el Partido Popular Socialista en la XLIV Legislatura (1958-1961), y logró posicionar a otra mujer como suplente.

En 1993, se reconoce en la ley la cuota de género, al reformar el artículo 115 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en la que se conmina a los partidos políticos a promover una mayor participación política de las mujeres, así como a destinar el tres por ciento de su gasto ordinario para capacitar a mujeres.

Las cuotas de género surgieron como una medida en el ámbito internacional desde 1991 para encontrar un equilibrio en la participación de mujeres y hombres en los órganos de toma de decisiones. En México, el primer mecanismo que se adoptó fue el de cuotas voluntarias en la composición de las estructuras internas de los partidos políticos en 1991; para 1996 se fijó un límite de 70% de legisladores de un mismo género; y en 2007 se estableció que las candidaturas para integrar el Poder Legislativo debían de integrarse, cuando menos, por un 40% de personas de un mismo sexo. Estas reformas representaron un avance en el logro del principio formal de paridad de género.

Durante el proceso electoral federal 2011-2012, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación impuso a los partidos políticos y coaliciones el deber de nombrar un número mínimo de fórmulas de candidatos propietarios y suplentes de un mismo sexo: ciento veinte para diputados y veintiséis para senadores. Por su parte, el Instituto Federal Electoral emitió un acuerdo para establecer los criterios a los que los partidos políticos debían de apegarse para cumplir con el mandato del Tribunal.

Como resultado de estas medidas, el porcentaje de integración de las mujeres en el Congreso federal alcanzó una cifra cercana al 35%, ello implicó que 185 diputadas y cuarenta y dos senadoras, ocuparan 227 curules, lo que significó un logro histórico.

El cumplimiento de las cuotas de género no solo implicó un aumento en relación con la integración de las cámaras, sino un avance en la implementación de acciones a favor de la igualdad, la eliminación de estereotipos y el mejoramiento de las condiciones de vida para las mujeres y los hombres de nuestro país.

En las recientes Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y Ley General de Partidos Políticos de mayo de 2014, se preceptúan las nuevas condiciones a favor de los derechos políticos de

las mujeres para ser electas en los cargos de representación popular. Ahora es obligación de los partidos políticos promover la paridad de género en candidaturas, destinar el 3% de su gasto ordinario para capacitar a mujeres y el Consejo General del Instituto Nacional Electoral está facultado para rechazar el registro de las candidaturas que no respeten el principio de paridad de género.

Podemos citar importantes logros en el avance en la composición de las Legislaturas estatales, aunque el impacto más notable se refleja en el Congreso federal. En la década de 1960, la Cámara de Diputados contaba con 6.2% de representación femenina, y en 1997 alcanzó el 19.8%. Tras la implementación de las primeras reformas, en 2003, las mujeres representaban 24.8% del total de legisladores y, como resultado de la reforma de 2014, en 2015 se alcanzó el 42.2%, lo que colocó a México como el país latinoamericano con la presencia femenina más elevada.

Aunque en el Senado el avance ha sido más limitado, los resultados son positivos: en 2015 la ocupación de mujeres alcanzó el 36.7%. La representación de las mujeres en casi todas las legislaturas de las entidades del país se ha incrementado de manera constante: al cierre de 2015, el promedio nacional fue de 38.3%. Sin embargo, los congresos locales aún presentan avances diferenciados, Chiapas superó el 58% de representación femenina, mientras que Durango apenas alcanzó el 13.3%, lo que representa una diferencia de casi 45% (García, 2017).

II. Antecedentes en torno al marco legal de la paridad

Debemos considerar la paridad como la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, y una medida permanente que materializa el acceso a los derechos políticos de las mujeres a través de la inclusión de mujeres en los espacios de decisión pública.

Tal como señala Martha Ferreyra (2015), el poder político está sujeto por patrones que provienen del propio orden patriarcal, y medidas como las cuotas o la paridad, tienden a subvertir este orden milenario. Ambos recursos, cuotas y paridad, tienden a abrir espacios en donde las puertas están cerradas para la participación de las mujeres. Mientras las cuotas son una estrategia temporal, con la paridad se pretende, justamente, cambiar de manera radical el orden normativo de la sociedad (p. 10). La cultura patriarcal ha pretendido, con su imperio, naturalizar los privilegios masculinos, lo que a la fecha resulta insostenible.

Con los avances en la reforma política nacional del 2014 se brindaron avances en materia electoral, pues consagró a nivel constitucional

el principio de paridad de género, empero denotó carencias y lagunas que obligaron a los diferentes actores, tanto a nivel gubernamental como de partidos, a realizar las debidas adecuaciones para brindar espacios de certidumbre a las mujeres.

De la reforma citada podemos destacar la regulación de la paridad de género a nivel federal (en cuanto al registro de candidatos que los partidos postulasen a los cargos de elección popular para integrar el Congreso de la Unión, los Congresos de los estados y el Congreso de la Ciudad de México), la creación de los Organismos Públicos Locales Electorales y la creación de un sistema de fiscalización para monitorear los gastos de campaña de los diferentes candidatos y partidos políticos. En este sentido, la legislación local en Guanajuato fue armonizada hasta dos años después.

Las modificaciones al marco legal se encuentran directamente relacionadas con la lucha de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos desde una perspectiva de género, la cual evidencia la discriminación contra las mujeres en los diferentes ámbitos del desarrollo social. Por ello, resulta fundamental para nuestro análisis partir de una metodología feminista con perspectiva de género.

III. Metodología

Como señala Kate Gilmore (2018), alta comisionada adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: «Toda investigación sobre abusos y violaciones de derechos humanos que no incluya la perspectiva de género como uno de sus criterios, corre el peligro de ser incompleta, en el mejor de los casos, o de estar prejuiciada, en el peor de ellos».

Considerar la condición de género implica dimensionar las relaciones de poder patriarcal en los diferentes ámbitos del desarrollo humano, lo que evidencia roles y estereotipos impuestos socialmente, que pueden hacer que aparezcan aceptables las violaciones de los derechos humanos. Para Gabriela Delgado (2008), «resulta imposible y falta de ética construir instrumentos de investigación sin entender las condiciones de género, los detalles pertenecientes a las personas tomadas como individuo y sin tratar de determinar las posibles diferencias existentes entre ellas con relación a sus grupos de pertenencia» (p.25).

En Concordancia con la jurista Alda Facio (2004), en el presente estudio hemos tomado en consideración:

1. La conciencia de la subordinación del género femenino al masculino en la experiencia personal. La concientización es indispensable

para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres y para no requerir de «pruebas» cada vez que hay un nuevo proyecto de ley que pretende eliminar la discriminación contra las mujeres y así cumplir con la Cedaw.

2. El estudio de las manifestaciones de sexismo que pudieran estar presentes en el texto de la ley. Alda Facio señala las siguientes formas de sexismo: a) el androcentrismo, b) la insensibilidad al género, c) el deber ser de cada sexo, d) el dicotomismo sexual, e) el familismo, que es la forma de sexismo que parte de que mujer y familia son sinónimos y que por ende sus necesidades e intereses son los mismos.
3. Incluir a las mujeres dentro de su diversidad y pluralidad con el fin de evitar discriminación entre el propio género femenino, como el caso de mujeres de diferentes razas, creencias religiosas e ideologías, etnias, condiciones sociales, preferencias sexuales, discapacidades, entre otras. (p.9)

IV. Análisis del marco legal federal y local (Guanajuato)

La subrepresentación política de las mujeres es una forma de discriminación que tiene relación con la condición de género, lo cual va en contra de los preceptos constitucionales de igualdad entre el hombre y la mujer (artículos 1o. y 2o. de la CPEUM). Por esta razón, la acción de los partidos debe encaminarse, no solo a llevar a más mujeres al poder —por acatamiento legal— sino, también, a formar una cultura democrática de igualdad de género que permita que esta sea vivida —y no solo aceptada o tolerada— como un valor de la democracia al interior de los partidos y en la sociedad en general.

Además de la Constitución federal, la Cedaw es uno de los instrumentos internacionales de los que México es parte y que ha contribuido en la transformación del marco legal en favor de una cultura democrática de igualdad de género; en este sentido, el Estado mexicano se obligó, desde septiembre de 1981, a tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida política y pública y, particularmente, a garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas, así como a participar de las políticas gubernamentales y en su ejecución, y a ocupar cargos públicos en todos los planos del gobierno (Convención, 1979, artículo 7o.).

A pesar de ello, pues los compromisos con la Cedaw son vinculantes para el Estado mexicano, fue hasta quince años después, en 1996, cuando pudimos vislumbrar avances en el establecimiento legal de cuotas de género para impedir que los partidos políticos integraran sus planillas de candidaturas con un porcentaje superior al 70% del mismo género. Este porcentaje de cuota representa el punto de partida hacia el establecimiento de la paridad legal en la CPEUM en 2014 y, de ahí, a la armonización del marco legal en las entidades federativas y la Ciudad de México.

En el Cuadro 1 se presenta la evolución de la integración formal del principio de paridad de género en los ordenamientos fundamentales tanto del país como del Estado de Guanajuato.

Del Cuadro 1 se desprende que, en el año 2014, se consagra por primera vez en la historia de México el principio de paridad de género en la Constitución federal, aunque solo en el sentido de obligar a los partidos políticos a garantizar la paridad entre los géneros en las candidaturas a legisladores federales y locales.

Posteriormente, en la reforma de junio de 2019 se garantiza la obligación de observar el principio de paridad de género en: 1) la elección de representantes ante los ayuntamientos en municipios con población indígena; 2) los nombramientos de titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas, así como en la integración de los organismos autónomos; 3) la postulación de candidaturas de los partidos políticos a los distintos cargos de elección popular; 4) la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional, en listas encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo; y 5) la integración de los ayuntamientos municipales. Esta reforma contempla otros cambios como la obligación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de apegarse a procedimientos de concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales que observen el principio de paridad de género.

Se modifica también el artículo 4o.: «La mujer y el hombre son iguales ante la ley» (CPEUM), en lugar de: «el varón y la mujer son iguales ante la ley». Si bien es cierto que el origen de este precepto era incluir el principio de igualdad jurídica, con esta reforma al artículo 4o. de la Constitución se evidencia el cambio de paradigma en la visión de subordinación de género entre mujeres y hombres, pues el lenguaje es una de las principales formas de reproducción de prejuicios y estereotipos de género que discriminan a las mujeres. Al cambiar los vocablos, se expresa de *iure* un lenguaje exacto acorde al ser de las personas como mujeres y hombres, pues entre las múltiples acepciones del término

«varón» se encuentra la de hombre respetado y de buena fama, acepción que no encontramos del vocablo mujer.

Con este cambio se evidencia, tal como lo señalábamos en el capítulo de metodología, la concientización como herramienta indispensable para comprender la generalización y profundidad de la discriminación y subordinación de las mujeres y la obligación del Estado de eliminar desde lo más sutil del lenguaje la discriminación contra las mujeres, utilizando este como acción afirmativa, como medida política, considerada incluso transgresora de normas fijadas por instituciones carentes de conciencia de género.

La Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales ha integrado ya en sus preceptos el principio de paridad de género, así como la Ley General de Partidos Políticos vigente. En el caso de Guanajuato, su Constitución Política fue armonizada en torno a la reforma federal de 2014 hasta abril de 2017, en el sentido de garantizar la paridad en las candidaturas a diputados al Congreso del Estado, a presidentes municipales, sindicaturas y regidurías. Dadas las recientes reformas a la Constitución federal, esperaríamos que a la brevedad se armonizara el marco legal en Guanajuato.

Hasta aquí podemos señalar que los avances por lograr la igualdad democrática de género en sentido formal son favorables, pero debemos tener claro que el logro de la igualdad formal dista del logro de la igualdad sustantiva por lo que es preciso, en principio, armonizar las legislaciones locales en torno a la Constitución federal y leyes generales y, en consecuencia, preceptuar con mayor especificidad las obligaciones y derechos que se pretenden tutelar.

En términos estadísticos, tenemos que la distribución por sexo de los titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal muestra que en 2018 solo 16.67% del total eran mujeres. «En la actual legislatura de la Cámara de Senadores, las mujeres representan 50.8% del total de senadores (128). En la misma Legislatura de la Cámara de Diputados la representación femenina corresponde a 48.2% de los quinientos diputados» (Inmujeres).

En 2019 las legislaturas locales se integraron por 49.2% de mujeres; las síndicas representaron 39.52% del total, mientras que las regidoras 40.5%. También en las instancias de gobierno de mayor cercanía con la población, las presidencias municipales, la participación de las mujeres es mínima (22.77% en 2019). Finalmente, en el Poder Judicial, de los once ministros que en 2018 conformaron la Suprema Corte de Justicia de la Nación, solamente el 18.18% son mujeres (Inmujeres).

Cuadro 1. Integración del principio de paridad de género

Art. CPEUM. Reforma del 10 de febrero de 2014	Art. CPEUM. Reforma del 6 de junio de 2019
	<p>20. A. I a IV VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables. VIII</p>
	<p>35 Son derechos de la ciudadanía:</p> <p>II. Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. III al VIII</p>
<p>41 Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en candidaturas a legisladores federales y locales.</p>	<p>41 La ley determinará las formas y modalidades que correspondan, para observar el principio de paridad de género en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas. En la integración de los organismos autónomos se observará el mismo principio. [...]</p> <p>I. Los partidos políticos son entidades de interés público. [...]</p> <p>En la postulación de sus candidaturas, se observará el principio de paridad de género.</p> <p>Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, fomentar el principio de paridad de género, [...] así como con las reglas que marque la ley electoral para garantizar la paridad de género.</p> <p>II a VI</p>
	<p>52 La Cámara de Diputados estará integrada por 300 diputadas y diputados electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, así como por 200 diputadas y diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el Sistema de Listas Regionales, votadas en circunscripciones plurinominales.</p>
	<p>53 Para la elección de los 200 diputados y diputadas según el principio de representación proporcional y el sistema de listas regionales, se constituirán cinco circunscripciones electorales plurinominales en el país conformadas de acuerdo con el principio de paridad, y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo. La ley determinará la forma de establecer la demarcación territorial de estas circunscripciones.</p>

Art.	Constitución Política para el Estado de Guanajuato. Reforma del 4 de abril de 2017	Observaciones
17		<p>Esta reforma pretende abatir la doble discriminación: la primera por ser mujer, y la segunda por ser indígena.</p> <p>No existe precepto correlativo en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato.</p>
17	<p>A. Los partidos políticos son entidades de interés público y tienen como fin primordial promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de los órganos de representación política y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como establecer las reglas para garantizar la paridad entre los géneros, en las candidaturas a diputados al Congreso del Estado, a presidentes municipales, síndicos y regidores....</p> <p>En el caso de candidaturas integradas por fórmulas de propietario y suplente estas deberán ser del mismo género, para ello tendrán el derecho de postular candidatos por sí mismos o a través de coaliciones, en los términos que establezca la Ley de la materia.</p>	<p>En la Constitución Política para el Estado de Guanajuato se contempla la obligación de los partidos políticos para establecer las reglas que garanticen la paridad en el art. 17, apartado A, empero no se reconoce como un derecho de las mujeres como en la Constitución federal.</p> <p>El artículo 41 de la Constitución federal que fue reformado en febrero de 2014. Sentó un precedente histórico, al establecer por vez primera el principio de paridad en México, y depositó en los partidos políticos la obligación de garantizar la paridad entre los géneros en las candidaturas a legisladores federales y locales.</p> <p>Con la reforma a la Constitución de junio de 2019, se amplía la gama de obligaciones para cumplir con el principio de paridad en los diferentes niveles de gobierno, en las secretarías de Estado federal y de las entidades federativas, así como en los organismos autónomos.</p> <p>El principio de paridad de género en el gabinete del Ejecutivo estatal no se contempla en la Constitución Política de Guanajuato, aunque el mandato de observar la paridad de género en los titulares de las secretarías de despacho en la entidad como en los organismos autónomos viene de la Constitución federal.</p> <p>La Constitución de Guanajuato establece solamente las reglas para garantizar la paridad en las candidaturas a diputados al Congreso del Estado, a presidentes municipales, síndicos y regidores, como se señala de manera general en la Constitución federal.</p>
		Reforma aplicable al ámbito federal exclusivamente.
		Reforma aplicable al ámbito federal exclusivamente.

Cuadro 1. Integración del principio de paridad de género
(continuación)

Art.	CPEUM. Reforma del 10 de febrero de 2014	Art.	CPEUM. Reforma del 6 de junio de 2019
		56	Las treinta y dos senadurías restantes serán elegidas según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinominal nacional, conformadas de acuerdo con el principio de paridad, y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo. La ley establecerá las reglas y fórmulas para estos efectos.
		115	I. Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente o presidenta municipal y el número de regidurías y sindicaturas que la ley determine, de conformidad con el principio de paridad. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del estado.
			II a la X

Fuente: Elaboración propia.

Art.	Constitución Política para el Estado de Guanajuato. Reforma del 4 de abril de 2017	Observaciones
		Reforma aplicable al ámbito federal exclusivamente.
		No existe precepto correlativo en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato. Es preciso armonizar la legislación local.

En Guanajuato el porcentaje de contiendas municipales ganadas en 2018 por mujeres representa el 27.6% en comparación con el 71.7% de hombres (IMUG, p. 22).

Si bien la reforma política electoral de 2014 consagró el principio de paridad de género, no se estableció la obligación de los ayuntamientos de garantizarla en regidurías y sindicaturas sino hasta la reforma de 2019. Según las estadísticas, a finales de 2015 las síndicas y regidoras no superaban el 26% y 35% , respectivamente; y a finales de 2016, solo 221 de los 2,461 municipios en México eran gobernados por mujeres, lo que representa el 8.9% (García, 2017, p. 441).

Esta situación dio pie a exigir el cumplimiento de los derechos políticos de las mujeres ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, lo que generó tesis y jurisprudencias que contribuyeron a subsanar las lagunas de la ley, destrabando muchos obstáculos para garantizar este derecho. Hoy día, es fundamental que las legislaciones locales adecuen sus preceptos para integrar el principio de paridad de género conforme al artículo 115 constitucional vigente (CPEUM).

En Guanajuato el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ordenó reconfigurar las diputaciones plurinominales de manera que se dé prioridad a las mujeres para respetar el principio de paridad. En sus consideraciones generales el TEPJF resolvió que el Instituto Electoral del Estado de Guanajuato realizó erróneamente las asignaciones de las diputaciones plurinominales, que a su vez fueron avaladas por el Tribunal Electoral Estatal, por lo cual se deberían reasignar (IMUG, p. 25).

Con ello, el Congreso del Estado de Guanajuato se conformó de manera paritaria compuesta por treinta y seis diputadas y diputados: el Partido Acción Nacional tiene mayoría con diecinueve escaños, de los cuales nueve son ocupados por mujeres y diez por hombres; seguido de Morena con cinco, de los que tres son mujeres y dos hombres; tres del Partido de la Revolución Democrática con dos mujeres y un hombre; cuatro del Partido Revolucionario Institucional, con dos mujeres y dos hombres; dos del Partido Verde de México, una mujer y un hombre; de Nueva Alianza un hombre; Movimiento Ciudadano con un hombre; y el Partido del Trabajo con una mujer (IMUG, p. 25).

Podemos citar otro caso en el que la intervención de los órganos jurisdiccionales garantizó el ejercicio de los derechos políticos de las mujeres. En Querétaro se presentó un recurso de impugnación que solicitaba la observación de la paridad en las candidaturas en coaliciones, el cual tuvo como resultado una sentencia del TEPJF (SUP-REC-115/2015) que instruyó a los partidos políticos a que acataran este principio, ya

que la paridad se encontraba debidamente fundamentada en la normatividad federal y estatal. Por lo tanto:

la postulación de candidaturas en forma paritaria es un deber impuesto directamente a los partidos políticos en cuanto son las entidades de interés público a las que se les ha reconocido la finalidad de hacer posible el acceso a los ciudadanos al ejercicio del poder público y que con el establecimiento de este deber se pretende, como objetivo en esta fase del proceso electoral, que la paridad se alcance en el mayor grado posible respecto de la totalidad de las postulaciones que realicen los partidos, con independencia de las modalidades de participación específicas que la ley autorice. (García, 2017, p. 455)

En Nuevo León y Sonora, si bien se interpusieron recursos para revertir la inequidad en la integración de las candidaturas en las presidencias municipales, se confirmó la validez de los registros de las candidaturas para garantizar la legalidad y certeza de los procesos, debido a su grado de avance. Cabe mencionar que, en ambos casos, las impugnaciones fueron promovidas por ciudadanas a las que se les reconoció el derecho de acceso a la justicia, por pertenecer al grupo en situación de vulnerabilidad, pero que no participaron en el proceso electoral.

V. Conclusiones

Debemos reconocer que los roles y estereotipos de género como parte del sistema sexo-género han permitido y fomentado desde una primera instancia la discriminación y otros tipos de violencia contra las mujeres, incluyendo la de carácter político, de ahí que hacer política sea muchas veces incompatible con la aún persistente división sexual de trabajo que existe en nuestra sociedad, especialmente en perjuicio de las mujeres.

El acceso de las mujeres al ámbito público y al ejercicio de poder en las instituciones del Estado es un derecho humano que ha sido reconocido paulatinamente a lo largo de la historia. El reconocimiento en la estructura legal ha fijado la pauta para la incursión real de las mujeres en espacios de toma de decisiones económicas y políticas, y ha contribuido al avance en la eliminación de la brecha de género. Esta desigualdad obedece a la existencia de barreras tanto estructurales como ideológicas.

La presión de mujeres partidistas, junto con los movimientos feministas, las redes de mujeres de la sociedad civil y la voluntad de los miembros de los organismos jurisdiccionales electorales por hacer res-

petar la igualdad están siendo claves como estrategias paralelas al cumplimiento de las cuotas y, con ello, en el incremento de la representación de las mujeres (Freidenberg, 2017, p. 87).

En México los avances en el reconocimiento y ejercicio de los derechos políticos de las mujeres en materia formal son claros, pero su correlación con los avances en materia sustantiva mantiene aún una importante distancia, las acciones afirmativas como medidas temporales (como en el caso de las cuotas de género) han sido fundamentales en el avance. La paridad de género ha sido reconocida en la Constitución federal, así como en la Constitución de Guanajuato, pero hace falta armonizar el marco legal a la reforma de junio de 2019 donde se incorpora el principio de paridad a nivel municipal y obliga a las demás instancias de gobierno a respetar la paridad. Asimismo, debemos cuestionarnos sobre cómo hacer sustentable la paridad, es decir, cómo hacerla efectiva en el cumplimiento de todas las garantías constitucionales, más allá de la armonización en los ordenamientos locales.

Entre los grandes retos que se deben superar en este proceso para lograr la igualdad de género encontramos:

1. La resistencia de algunos grupos sociales ante la participación y el liderazgo de las mujeres en puestos de representación política.
2. La falta de apego de algunas instituciones estatales para velar por los derechos políticos de las mujeres.
3. Los altos niveles de violencia de género y rezago en el ámbito municipal en México.
4. La complicidad y alta resistencia de los partidos políticos ante los principios de paridad de género para la postulación de candidatos a los puestos de representación política.
5. La falta de homologación de los marcos normativos estatales para garantizar la paridad de género horizontal y vertical, ya que, como se observó en los casos antes citados, aunque los recursos legales para impugnar en algunos casos fueron resueltos a favor, aquéllos en los que no hay espacio para la interpretación suelen transitar con mayor certeza jurídica. En este sentido, la imposición a los partidos políticos para integrar mujeres, con base en la normatividad federal y estatal, aunque presenta enorme resistencia en algunas entidades y en algunos casos resta legitimidad se considera una medida efectiva y necesaria en el corto plazo para poder modificar concepciones y comportamientos con respecto a la igualdad de oportunidades de las mujeres a mediano y largo plazo (García, 2017, p. 460).

6. La violencia política contra las mujeres. Más mujeres ocupan y ocuparán cargos que antes eran exclusivos para los hombres y, al igual que en la economía, el monopolio se resiste a que las mujeres participen de las decisiones más importantes, por lo que es latente el riesgo del incremento de la violencia política contra las mujeres en razón de género.

VI. Propuestas

De lo anteriormente expuesto podemos señalar algunas propuestas en aras del fortalecimiento y cabal cumplimiento del principio de paridad.

1. En el ámbito legal, deben establecerse expresamente las leyes que correspondan:
 - Que previo a los procesos electorales, las partes involucradas respetarán el principio de paridad; en el caso de los lugares de los ayuntamientos (regidurías y sindicaturas) podrán ser modificados para garantizar el principio de paridad.
 - Reglas claras en los mecanismos para seleccionar las candidaturas, respetando el principio de paridad, como sería el caso de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Guanajuato.
 - Equilibrio en la asignación de candidaturas en territorios con alto grado de desarrollo humano.
 - La obligación de los partidos políticos de activar los mecanismos internos para sancionar, con la pérdida del registro o de la candidatura, a quienes ejerzan violencia política en razón de género.
 - Mayores medios de monitoreo y fiscalización en cuanto al otorgamiento y ejercicio de los presupuestos de capacitación y de gastos de campaña asignados a las candidatas entre otros.
2. Adecuar las políticas públicas, con la finalidad de que se incentive la participación política de las mujeres, la cultura democrática de igualdad de género al interior de los partidos, medios de comunicación y demás actores políticos, así como el cabal respeto a la normatividad existente, lo que conllevaría el logro de la igualdad sustantiva.
3. Mejorar la eficacia en el seguimiento al ejercicio de la asignación del tres por ciento de los presupuestos de los partidos para la capacitación a las mujeres.

4. Incrementar el porcentaje —del tres al 10%— que se les otorga a los partidos políticos para capacitación de las mujeres, para contribuir a la equidad de género. El financiamiento público para capacitación y promoción política de las mujeres con enfoque de género, ha pasado por diferentes estadios: en México se incorporó en el Código Federal de Procedimientos Electorales en la reforma electoral de 2008, cuando la ley dispuso que para la capacitación y promoción política de las mujeres se destinara el dos por ciento del financiamiento total de los partidos. Posteriormente se estableció un incremento al tres por ciento, el cual permanece vigente en la actualidad. Dados los avances en el marco legal en materia de paridad de género, se precisa analizar el incremento de dicho porcentaje, pues la participación política de las mujeres se ha incrementado y debe incrementarse aún más hasta lograr la paridad sustantiva, lo que obliga a capacitar a las mujeres en la materia.
5. Además del desafío que implica que las mujeres puedan acceder a los espacios de representación política, un segundo reto es que las mujeres puedan ejercer su derecho de manera sustantiva, con igualdad de oportunidades una vez en el cargo. Esto consiste en garantizar a las mujeres la transversalización de la perspectiva de género al interior de las instituciones, en todo lo que respecta a las estructuras, órganos, procesos, prácticas, toma de decisiones e incidencia en todos los ámbitos del trabajo para ejercer el poder en condiciones democráticas de igualdad y asegurar un desarrollo pleno y equitativo para las ciudadanas y los ciudadanos mexicanos.

Finalmente, podemos señalar que, si bien tenemos avances de *iure*, es preciso tenerlos también de *facto*. La paridad sustantiva va en camino, pero en primer lugar se deberá lograr la total armonización del cuerpo legal en torno a la reforma constitucional de junio de 2019 a fin de sentar las bases para la paridad sustantiva y, por supuesto, generar mecanismos que permitan su sustentabilidad, puesto que la paridad de género es una medida definitiva a través de la cual se logra la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito político. En este sentido, en el Estado de Guanajuato urge no solo armonizar su marco legal, sino adecuarlo a la realidad actual, tal como se propone supralíneas, a fin de brindar certeza jurídica previa a las elecciones intermedias que se llevarán a cabo el próximo año 2021, y, en su caso, cumplir cabalmente los avances que se tienen en la materia, en términos generales, y no dar un paso atrás en los logros obtenidos hasta hoy.

VII. Fuentes

1. Bibliografía

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (1979). ONU.
- DELGADO BALLESTEROS, G. (2008). *Metodología de la investigación con perspectiva de género*. México: UNAM.
- FACIO, A. (2004). Metodología para el análisis de género de un proyecto de ley. *Otras Miradas*, 4(1). Recuperado de <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/7d03e5f415a2e8a.pdf>
- FERREYRA, M. (2015). *Paridad, un nuevo paradigma para la acción política de las mujeres*. México: Instituto de Liderazgo Simone de Beauvoir A. C.
- FREIDENBERG, F. (2017). *La participación política de las mujeres en México*. México: INE, UNAM.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (2017). Paridad de género en congresos locales y ayuntamientos, 2004-2015. En Ugalde, L.C. y Hernández, S. (coords.). *Fortalezas y debilidades del sistema electoral mexicano. Perspectiva federal y local* (pp. 440-461). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Integralia Consultores.
- INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES. (s. f.) *Indicadores básicos*. Recuperado de http://estadistica.inmujeres.gob.mx/formas/panorama_general.php?menu1=8&IDTema=8&pag=1
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. (s. f.). *Evolución normativa de la paridad de género*. Recuperado de <https://igualdad.ine.mx/paridad/evolucion-normativa-de-la-paridad-de-genero/>
- INSTITUTO PARA LAS MUJERES GUANAJUATENSES. (s. f.). *Democracia, paridad y empoderamiento político de las mujeres. Panorama de la participación política de las mujeres en México y Guanajuato*. México: IMUG. Recuperado de http://imug.guanajuato.gob.mx/wpcontent/uploads/2019/04/Revista_Pol%C3%ADtica.pdf
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2018, 5 de octubre). *Incorporar la perspectiva de género a las investigaciones sobre derechos humanos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/GenderAndHumanRights.aspx>

2. Jurisprudencia

- SUP-REC-115/2015. Recuperado de <https://www.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2015/REC/SUP-REC-00115-2015.htm>

Derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Contenido de las leyes de acceso a una vida libre de violencia en México

Alejandro Armando Ramírez Zamarripa*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de violencia de género contra las mujeres. III. El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y su protección en México. IV. Protección legal del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y las leyes estatales. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. Introducción

El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales de la materia, así mismo tiene su principal fundamento en el reconocimiento a la no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres establecido por nuestra Carta Magna federal. Todos los países y todas las culturas a lo largo del tiempo han tenido que padecer este fenómeno, el cual no respeta credos, ni clases sociales.

Si bien es cierto que nuestra carta fundamental contiene los principios de no discriminación e igualdad entre hombres y mujeres, también es cierto que hace falta una interpretación por medio de la cual se

* Profesor de Investigación Jurídica a nivel posgrado en la Universidad Iberoamericana León y en la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial de Guanajuato. Director de lo Contencioso y Procedimientos Administrativos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobierno de Guanajuato. Se desempeñó como secretario ejecutivo del Centro de Estudios Parlamentarios del Congreso del Estado.

llegue a determinar, a efectos prácticos, cuáles son esos contenidos materiales que hacen falta en la legislación para poder definirlos como derecho positivo y vigente.

El presente trabajo tiene como finalidad hacer una breve descripción de los elementos básicos y mínimos necesarios para poder darle contenido al derecho humano de las mujeres en el ámbito nacional, basado en los tratados internacionales suscritos por México y en algunas determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) obligatorias para el Estado mexicano. Al final, lamentablemente advertiremos que el camino aún es largo, pues descubriremos si realmente nuestras legislaciones estatales cuentan con elementos para materializar el cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres al que tanto aspiramos.

II. Concepto de violencia de género contra las mujeres

La violencia de género contra las mujeres es un concepto en evolución dentro de la literatura y no existe una idea única sobre el mismo. Algunas legislaciones la denominan «violencia contra las mujeres» o simplemente «violencia de género». Por ello es importante hacer referencia al origen de la utilización de esos diversos términos para un mismo fin.

En primer lugar, es importante establecer una idea del concepto «género». Con base en las ideas de Marta Lamas (2018) se presenta una breve descripción del origen de estos estudios de género. En principio, la antropología se encarga de estudiar la «cultura» de ahí su preocupación sobre cómo determinar las diferencias sexuales basadas en la diferencia de la maternidad. A pesar de existir desde hace muchos años, no es sino hasta los años setenta cuando comienza a utilizarse la acepción de género como categoría de análisis. En 1935 Margaret Mead, en unos estudios sobre tres localidades de Nueva Guinea, reflexiona sobre el porqué de las diferencias conductuales y de temperamento entre hombres y mujeres, y concluye que tales diferencias se tratan de creaciones culturales.

En ese mismo sentido, en 1937 Murdock hizo una comparación de la división sexual del trabajo en varias sociedades y concluyó que no todas las especializaciones por sexo pueden ser explicadas por las diferencias físicas entre estos. En 1942, Linton ya señalaba que todas las personas aprenden su estatus sexual y los comportamientos apropiados para ese estatus, fenómeno que sucede también en las conductas relacionadas con la diferencia sexual (Lamas, 2018). En 1970 Evelyn

Sullerot, junto con otras investigadoras médicas, concluyeron que es perfectamente plausible que existan diferencias sexuales de comportamiento asociadas con un programa genético de diferenciación sexual. Estas diferencias son mínimas y no implican superioridad de un sexo sobre otro. No existen comportamientos o características de personalidad exclusivas de un sexo, es más, ambos sexos comparten rasgos y conductas humanas. Michel Rosaldo se pregunta, en 1974, ¿qué características están presentes en todas las civilizaciones que han atribuido un conjunto de conductas para las mujeres, que se traducen posteriormente en condiciones de desigualdad social?

El problema esencial del concepto de género radica en que la diferencia biológica se interpreta culturalmente como una diferencia sustantiva que marcará el interior de las personas con una moral diferenciada: este es el problema político que subyace a toda discusión académica sobre las diferencias entre hombres y mujeres. Las diversas teorías feministas cuestionan este fenómeno, con la pregunta: ¿por qué la diferencia sexual implica desigualdad social, económica o política? (Lamas, 2018). Las teorías que tratan de justificar las desigualdades sociales atribuyen esta condición a la maternidad ejercida por las mujeres. Lo masculino y lo femenino pueden significar para las culturas diferentes cosas, la diferencia no la marca lo biológico, sino lo cultural. ¿Es el hecho de tener vagina lo que marca una diferencia o es la valoración social que se hace de ello?

Partiendo de una definición clásica, «género» es la categoría a la que pertenecen las cosas; se refiere a la especie, clase o tipo. Género, en la anatomía, es la diferencia entre machos y hembras. En materia gramatical género se refiere al accidente gramatical por el cual los sustantivos, adjetivos, artículos o pronombres pueden ser femeninos, masculinos o neutros. Según María Moliner, el género solo es determinado naturalmente con los animales, pero en lo que se refiere a las cosas o a las personas es totalmente arbitrario (citada por Lamas, 2018)

En los seres humanos, el género es una interpretación social de lo biológico, es por ello que atribuimos características especiales a un hombre o una mujer, según las necesidades de cada uno de ellos. Por ello, las feministas antropólogas plantean la idea de contrarrestar la idea biológica sobre la diferencia sexual; las características consideradas femeninas se asumen mediante un complejo proceso de adquisición de género.

Los estudios feministas en los años setenta se caracterizaron por entender y explicar la condición de subordinación de las mujeres hacia el género masculino. No hubo estudios que ayudaran a entender cómo

se dio esa subordinación, simplemente la intención era hacerla patente y visibilizarla (De Barbieri, 1993).

A pesar de los estudios antropológicos, no es esta disciplina la que introduce el concepto en las ciencias sociales, sino que es Robert Stoller, psicólogo, quien hace esta distinción clara entre sexo y género. Lo hace en su obra *Sex and Gender*, donde trata de explicar los trastornos de la identidad sexual de los individuos. Estudia los casos en los cuales la identidad de género falló y la apariencia de los órganos genitales es confusa. Stoller determinó que lo que determina la identidad y el comportamiento de género no es el sexo biológico, sino el hecho de haber vivido desde el nacimiento las experiencias, ritos y costumbres atribuidos a cierto género. Existen tres categorías que se analizan a partir de la experiencia de género: a) la asignación de género, la cual se forma a partir de los genitales, de su apariencia externa; b) la identidad de género, a los tres años el niño o niña se identifica con una experiencia y sobre esa experiencia es como se le deja en libertad, ya asumida es muy difícil cambiarla; y c) rol de género, conjunto de normas que dicta la sociedad sobre el comportamiento femenino o masculino (citado por Lamas, 2018).

Gayle Rubin, en 1975, publicó un ensayo donde utilizó el sistema sexo-género como el conjunto de arreglos a partir de los cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana. En este estudio, analiza distintos actos y rechaza que la opresión femenina se deba a razones económicas. Al hablar del concepto de género, Rubin (1986) señala que es «el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas» (p. 97). Por su parte, Joan Scott (1996) establece un catálogo de las diversas concepciones de la palabra género: desde las teóricas feministas que lo utilizan para referirse a la forma de organización social de las relaciones entre los sexos, hasta la utilización de ese término como sustitución al concepto de «mujeres». Finalmente, define el género como una categoría impuesta a los cuerpos sexuados, pues esta impone ciertos roles sexuales a cada uno de los sexos, es decir, el género establece las relaciones sociales creadas entre los sexos.

Después de esa etapa, surgieron estudios que trataban de explicar esa subordinación por medio de la idea del patriarcado, como producto de la organización social, sin embargo, este concepto no fue definido claramente, ni se señalaban sus orígenes, eso lo convirtió en un concepto sin contenido. En ese mismo tiempo, otras investigadoras se encargaron, más que de explicar el fenómeno del «patriarcado»,

de recolectar datos sobre las desigualdades en las cuales se encuentran inmersas las mujeres.

En resumen, se puede señalar la existencia de dos posturas de investigación, primero, las realizadas en referencia a la subordinación de las mujeres como consecuencia de la organización y funcionamiento social; y segundo, los estudios sobre las mujeres como objeto de estudio en todos los ámbitos, niveles y relaciones: mujer-varón, mujer-mujer, varón-varón (De Barbieri, 1993).

En este sentido, es importante resaltar, como lo hacen Rubin (1986) y Scott (1996), que el género es una división de comportamientos entre ambos sexos, producto de sus relaciones sociales de sexualidad. No se trata de algo determinado, pues en términos biológicos existen más semejanzas que diferencias entre hombres y mujeres, y dichas diferencias no son incompatibles o contrarias, como para determinar la supremacía de uno de los sexos sobre el otro. Esta es una de las ideas centrales del concepto de género, que se trata de una construcción derivada de las relaciones sociales de la sexualidad, no de algo determinado por la naturaleza. Al respecto, Riquer y Castro (2008) señalan que «género, pues, no es sinónimo de las diferencias socialmente o culturalmente construidas del sexo, sino la relación o las relaciones que tienen como elemento distintivo basarse en la construcción social de la diferencia sexual» (p. 20).

Ortner y Whitehead parten de la idea de prestigio como fundamento del sistema de género. Afirman que un sistema de género es, primero que nada, un sistema de desprestigio, y que si se parte de ese punto ciertos aspectos transculturales de las ideologías de género cobran sentido (citadas por Lamas, 2018).

Dentro de la doctrina mexicana, podemos señalar las ideas de Roberto Castro (2016) quien señala que el género no es un simple concepto que describa las diferencias sociales entre los sexos, sino una forma de visualizar las desigualdades existentes dentro de un sistema social determinado, derivado de la instauración de una supremacía arbitraria de los hombres y lo masculino sobre las mujeres y lo femenino. En este mismo sentido, Marcela Lagarde (1996) señala:

La categoría de género es adecuada para analizar y comprender la condición femenina y la situación de las mujeres, y lo es también para analizar la condición masculina y la situación vital de los hombres. Es decir, el género permite comprender a cualquier sujeto social cuya construcción se apoye en la significación social de su cuerpo sexuado con la carga de deberes y prohibiciones asignadas para vivir, y en la especialización vital a través de la sexualidad. Las mujeres y los

hombres no conforman clases sociales o castas; por sus características pertenecen a la categoría social de género, son sujetos de género. (p. 14)

El aporte principal del concepto de género, como tema de análisis, es una nueva manera de plantearse los viejos problemas. Replantea la forma de entender o visualizar cuestiones fundamentales de la organización social, económica y política, como el sistema de parentesco y el matrimonio. La categoría «género» permite delimitar con mayor claridad y previsión cómo la diferencia cobra la dimensión de desigualdad. La diferencia del sistema sexo-género parece sencilla: el concepto de «sexo» se refiere a los aspectos biológicos, mientras «género» son los aspectos sociales impuestos por una comunidad para la actuación de cada uno de los sexos. Tomando en consideración las ideas antes expuestas podemos señalar el género como una categoría de análisis compuesta por el conjunto de relaciones entre ambos sexos (hombre-mujer, mujer-mujer y hombre-hombre) que nos ayuda a hacer visibles las desigualdades existentes entre los dos, así como para poder identificar los privilegios de los hombres sobre las mujeres¹.

En esta segunda parte del presente apartado, corresponde dilucidar el concepto de violencia de género contra las mujeres. Para ese efecto, es pertinente hacer un recuento de la evolución que se ha hecho del fenómeno a lo largo de los años, para con ello entender de mejor manera por qué la utilización de diferentes términos. Riquer y Castro (2008) señalan la existencia de tres fases del movimiento feminista en relación con la problemática de la violencia de género. La primera de ellas se centra en los feminismos norteamericanos, en los que el tema dominante fue la violencia sexual. Posteriormente, en los años ochenta saltan a la esfera los feminismos de los países del tercer mundo y se acuñan las denominaciones de «violencia machista», «violencia patriarcal». Por último, la tercera etapa, de mediados de los años noventa, toman la batuta para el estudio de esos fenómenos los organismos internacionales y se acuña el concepto de «violencia de género».

Durante la primera etapa, las explicaciones feministas se generaron en dos vertientes, una relacionada con la idea de entender las causas sociales de dominación de los hombres sobre las mujeres

¹ Existen posturas como la de Judith Butler (2015) que sostienen que tanto el sexo como el género constituyen creaciones sociales, productos de las prácticas sociales y política de una comunidad. Sin embargo, derivado de esta apreciación sería muy complicado establecer las diferencias entre ambos sexos para los efectos de la investigación, por lo cual omitiremos dicha distinción en el desarrollo de la presente investigación.

(patriarcado) y la otra, el feminismo militante, más preocupado por tomar acciones en busca de la atención de la violencia de género contra las mujeres. Los principales estudios feministas sobre el tema se referían a temas como la violación (máxima expresión de la dominación masculina sobre el cuerpo de las mujeres) y la violencia doméstica (lo que incluye las relaciones sexuales bajo coacción dentro del matrimonio). La principal crítica de esta fase consiste en la diferencia sexual como fundamento de la desigualdad social, es decir, que no existe razón alguna que explique que justifique o produzca la violencia de género contra las mujeres.

En nuestro país, en esos tiempos dominaba una idea sexista cuyo mayor referente lo podemos encontrar en el libro *El laberinto de la soledad* de Octavio Paz donde, de acuerdo con Lang (2003), «el ejercer violencia en todos los ámbitos de la vida cotidiana, el famoso *chingar*, se convierte en deber para los hombres, hombría ostensiva determina el reconocimiento social». Este pensamiento fue orientador de los gobiernos postrevolucionarios, hasta la segunda mitad de la década de los ochenta, a saber de la propia autora: «mientras el cuerpo masculino debe dar prueba de su agresividad e invulnerabilidad, el cuerpo femenino es construido en este ensayo como biológicamente vulnerable, definitivamente *rajado*, y por ello inferior» (p. 71). Adicionalmente, los intereses de las mujeres eran confundidos con los intereses de la familia, ambas figuras constituían los «pilares de la identidad nacional, pero fueron homogeneizadas y deshistorizadas por el discurso oficial» (p. 71).

La segunda etapa inicia a mediados de la segunda mitad de la década de los ochenta, con la institucionalización de los movimientos feministas en Latinoamérica. En México, las agendas de los movimientos feministas se convierten en agendas gubernamentales (Riquer y Castro, 2008). En 1988, con la llegada del presidente Carlos Salinas, los bajos niveles de legitimación y su cuestionado triunfo en las elecciones, se inicia una política pública de atención a las organizaciones de la sociedad civil, entre las cuales se encuentran las organizaciones feministas. Sin embargo, este aumento de participación de actores de la sociedad civil no necesariamente implicó una mejora en las condiciones democráticas de nuestro país.

Las feministas empezaron a laborar en organizaciones no gubernamentales y posteriormente se incluyeron en puestos claves dentro de la política mexicana. Estas modificaciones llevaron la agenda feminista a la política real, es decir, se comenzó a legislar sobre dichos temas. El tema en el cual tuvieron mayores coincidencias los grupos feministas fue el relacionado con la violencia de género contra las mujeres. Sus

primeros logros consistieron en la reforma a los llamados delitos sexuales, en donde se consiguió actualizar terminología usada en los códigos penales como el concepto de «castidad», en el caso de violación. Asimismo, surgieron las primeras instituciones públicas encargadas de dar atención a las personas afectas por este tipo de violencia, a pesar de que se trataba de instituciones, en su mayoría, vinculadas organizacionalmente con las procuradurías de justicia (Lang, 2003).

La tercera etapa se refiere a la internacionalización del término de «género», lo que se logra a partir de diversas conferencias internacionales en la materia (Álvarez, 1997; True, 2003). Desde entonces se utiliza el concepto de «violencia de género». Este término se refiere no solo a los delitos sexuales o a la violencia doméstica o intrafamiliar, sino se amplían, gracias a las convenciones internacionales, a los diferentes ámbitos y modalidades como el escolar, laboral e institucional, incluso a los derivados de relaciones no formales, como la violencia de pareja (Riquer y Castro, 2008). En conclusión, podemos señalar que la utilización de términos como «violencia contra las mujeres», «violencia intrafamiliar o doméstica», «violencia sexual» y «violencia de género», más que ser términos excluyentes, los mismos responden a diversas etapas de la evolución del concepto, por lo que, a pesar de ser diferentes por la época y contexto en el cual se desarrollaron, constituyen la expresión de un mismo fenómeno.

Alejandra Massolo (2005), al hablar del concepto de violencia de género, parte de la idea de que la violencia es «una acción intencional del uso de la fuerza o el poder, por la cual una o más personas producen un daño físico, mental (psicológico), sexual o en su libertad de movimiento o muerte a otras personas, o a sí mismas, con un fin determinado» (p. 5). En este mismo sentido, la autora señala, al hablar de violencia de género, que esta se deriva de las relaciones desiguales que existen entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la vida: social, cultural económico y políticos, simplemente por el hecho de haber nacido con el cuerpo femenino. Esperanza Bosch y Victoria Ferrer (2012), al momento de definir el concepto de violencia de género incluyen como una característica de esta el hecho de que el sujeto activo de dicha violencia tiene o tuvo un vínculo de relación afectiva con la víctima, independientemente de si hubo o no convivencia. Esta definición corresponde al concepto de violencia doméstica implementado en la legislación del Estado español, sin embargo, se considera que el elemento de afectividad limita lo que debe considerarse como violencia contra las mujeres. Según Yugueros García (2014), a diferencia de Bosch y Ferrer, considera que, al limitar los supuestos de violencia contra las mujeres a la cuestión de convivencia, se dejaría fuera otro tipo de

conductas, como las desarrolladas en el noviazgo y en el seno familiar, las cuales, a pesar de no derivar de la condición de convivencia de una pareja, sí constituyen una forma de violencia contra las mujeres. García Selgás (citado por Pintos, 2013) establece que el concepto de violencia de género se usa para «designar aquellas conductas que rebasan las convenciones que regulan lo “normal” o “aceptable” dentro de las relaciones de parejas heterosexuales» (p. 156). Esta definición es importante, pues agrega una idea de convencionalidad social a la violencia de género, la cual no fue incluida por anteriores tratadistas.

Heise y García Moreno (2003) definen la violencia de género como cualquier acto de fuerza, física o verbal, dirigido hacia una mujer, con el objeto de causar daños físicos o psicológicos, fomentar la humillación o, inclusive, hasta la privación arbitraria de la libertad, cuyo propósito es el de continuar fomentando la supuesta supremacía masculina y la subordinación femenina. Esta definición aporta uno de los elementos claves en la concepción de la violencia de género: «la perpetuación de la subordinación femenina». Por su parte, para Isabel Fernández (2014) la violencia de género es «aquella en la que las víctimas son mujeres y los agresores las atacan por el hecho de ser mujeres, como resultado de los estereotipos socialmente construidos que aseguran la dominación masculina y la conservación del modelo patriarcal» (p. 68).

Castro (2016), al hablar del concepto de violencia de género, señala:

La noción de violencia de género se refiere a la violencia que se ejerce contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Esto es, todas las formas de violencia que perpetúan el control sobre las mujeres o que imponen o restablecen una condición de sometimiento para las mujeres. Constituye, así, la expresión de un tipo de violencia de carácter social, lo que significa que su explicación no se encuentra en los genes ni en la psique masculina, sino en los mecanismos sociales que hacen de la diferencia sexual el sustento de la subordinación de las mujeres. (p. 340)

La doctrina se refiere al género como una forma de visualizar las desigualdades establecidas en nuestro sistema social derivado de una supuesta supremacía de lo masculino sobre lo femenino. En este orden de ideas, las autoras y autores equiparan la concepción de «violencia de género» como un sinónimo del concepto de «violencia contra las mujeres», sin embargo, el término correcto es violencia de género contra las mujeres, pues la finalidad corresponde a la posibilidad de hacer visibles las diferencias injustificadas de nuestro sistema social, por ello, dentro del presente trabajo, cuando se realice alguna transcripción o referencia de autores a la idea de violencia de género, podremos equipararla con la idea de violencia de género contra las mujeres.

La violencia de género contra las mujeres constituye una serie de conductas descritas dentro de un marco legal donde el sujeto pasivo es una mujer —quien sufre de violencia únicamente debido a su condición de mujer—; dicha violencia es generada por otra persona, cuyo objetivo es preservar la dominación masculina derivada de una educación patriarcal, a la cual se encuentra sometido el sujeto activo de la conducta violenta. Los resultados de esta pueden ser muy diversos, desde la humillación, ataques personales, daños físicos o psicológicos, privación de la libertad o, incluso, privación de la vida. Además de que no necesariamente esta violencia se da entre personas relacionadas bajo un vínculo de afectividad.

La violencia es el uso de la fuerza para infringir un daño sobre una persona con el objeto de que esta realice un fin determinado para quien la aplica (Massolo, 2005). En el caso de la violencia de género se trata de una fuerza aplicada con la finalidad de preservar los estereotipos de género, es decir, no solo es exclusiva en contra de las mujeres, pues también los hombres pueden sufrirla. Dicha violencia no tiene mayor fundamento que las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres. También, hay que hacer la distinción de que no toda violencia contra la mujer es violencia de género, para que esta sea calificada como violencia de género contra las mujeres debe tener la finalidad de preservar la dominación masculina sobre el género femenino y someterla al cumplimiento de las obligaciones que el género le han determinado a lo largo de la historia (Fernández, 2014; Velázquez, 2013).

La doctrina y legislaciones como la española y la mexicana utilizan el término de «violencia doméstica», «violencia intrafamiliar» o «violencia familiar», para referirse a la violencia de género acontecida dentro de la convivencia cotidiana de un domicilio, donde existe una relación de afectividad entre víctima y agresor (Bosch y Ferrer, 2012), la cual es independiente de la convivencia, como la violencia en el noviazgo (Heise y García-Moreno, 2003).

La mayoría de los autores consultados equiparan la concepción de violencia de género como un sinónimo de violencia contra las mujeres, pues entienden que la finalidad corresponde a la posibilidad de hacer visibles las diferencias injustificadas de nuestro sistema social, por ello, dentro del presente trabajo, cuando se realice alguna cita a autores que mencionen la «violencia de género», podremos equipararla con la «violencia de género contra las mujeres» (Castro, 2016). Sin embargo, el término más apropiado sería el de «violencia de género contra las mujeres».

México, como sujeto del Derecho internacional y, en particular, a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, es un

país obligado por las convenciones internacionales al reconocimiento de los derechos de las mujeres. Entre los tratados suscritos por nuestro país podemos mencionar: la Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Dentro de los instrumentos internacionales previamente citados, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés), en su artículo 1o., señala la definición de discriminación contra las mujeres como:

toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Convención, 1979)

En este sentido, la violencia de género contra las mujeres constituye una de las principales causas de discriminación, por ello es importante el reconocimiento hecho en esta convención internacional para sentar las bases del concepto de violencia. Otro de los tratados internacionales trascendentes para nuestra investigación es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta convención define claramente, en su artículo 1o., lo que debe entenderse como violencia contra la mujer (lo correcto debería ser violencia de género contra las mujeres) y señala que es «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» (CNDH, 2013).

Asimismo, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la define, en su artículo 1o., como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la

mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

Por su parte, dentro del sistema jurídico mexicano, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) define la violencia contra las mujeres como «cualquier acción u omisión, basada en su género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público» (artículo 5o., fracción 4).

En conclusión, se puede señalar que la violencia de género contra las mujeres constituye una serie de conductas descritas dentro de un marco legal donde el sujeto pasivo es una persona del sexo femenino. Estas conductas son generadas por otra persona con el objetivo de preservar la dominación masculina derivada de una educación patriarcal, a la cual se encuentra sometida la persona activa de la conducta violenta. Los resultados de estas conductas pueden ser muy diversos, desde la humillación, ataques personales, daños físicos o psicológicos, privación o restricción del ejercicio de un derecho, privación de la libertad o incluso privación de la vida. Además, esta violencia no necesariamente se presenta entre personas relacionadas bajo un vínculo de afectividad.

A pesar de que existe una idea clara sobre la clasificación de los tipos y los ámbitos de violencia de género contra las mujeres, no existe una denominación uniforme entre todos los interesados en el tema. Autores, tratados internacionales y tribunales denominan de diferentes formas a los fenómenos que se concentran en la violencia de género contra las mujeres.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CNDH, 2013), en su artículo 2o., señala como modalidades de la violencia contra la mujer la familiar, la comunitaria (donde incluye las instituciones de salud, escuelas y centros de trabajo) y la institucional (perpetrada por los agentes del Estado). Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas reconoce las modalidades de los conflictos armados y las de las diferentes formas de discriminación por razón de «raza, el origen étnico, la casta, la clase, la condición de migrante o refugiada, la edad, la religión, la orientación sexual, el estado matrimonial, la discapacidad o la condición de portadora o no de VIH» (ONU, 2006, p. 56), motivos por los cuales una mujer puede ser discriminada y volverse víctima de violencia de género. En México, la LGAMVLV señala como tipos de violencia contra las mujeres la psicológica, física, patrimonial, económica y sexual; y como modalidades de la misma la familiar, laboral, docente, comunitaria e institucional. La mayoría de los autores consultados tiene clasificaciones

semejantes a las marcadas en la Ley, aunque con una denominación diferente pues la nombran «violencia de pareja» (Bosch y Ferrer, 2012; Heise y García-Moreno, 2003; Yugueros, 2014).

Uno de los elementos que no consideran los anteriores autores analizados es el concepto de violencia política. Cerva (2014) menciona la violencia política en razón del género. La Oficina de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer la define como:

las acciones y/o conductas agresivas cometidas por una persona, por sí o a través de terceros, que causen daño físico, psicológico, o sexual en contra de una mujer y/o de su familia, en ejercicio de la representación política, para impedir o restringir el ejercicio de su cargo o inducirla a tomar decisiones en contra de su voluntad, de sus principios y de la ley. (Procasur, 2008, p. 12)

En este sentido podemos concluir, para efectos de la presente investigación, que existen los siguientes tipos de violencia contra las mujeres: psicológica, física, patrimonial, económica, sexual y política. Además, la violencia tiene diferentes modalidades: familiar, laboral, docente, comunitaria e institucional. Se debe incluir la violencia política dentro de los tipos que no contienen los tratados internacionales ni la legislación general de manera expresa.

El primero de los tipos de violencia, según la LGAMVLV y los tratados internacionales, es la psicológica. Este tipo de violencia consiste en cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica de las mujeres, puede consistir desde una simple negligencia o abandono emocional de las personas, hasta la emisión de amenazas contra la misma. Este tipo de violencia también es conocido como violencia emocional. La violencia física consiste en cualquier acto que infringe un daño no accidental por medio de la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones, ya sean internas, externas, o ambas. La violencia patrimonial es cualquier acto u omisión que afecte la supervivencia de la víctima, puede ser la destrucción, retención o distracción de bienes o derechos económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer, ya sean bienes comunes o propios de la víctima. La violencia económica es toda acción u omisión de una persona que afecta la supervivencia económica de una mujer, puede manifestarse por medio de la imposición de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso y gasto de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral. La violencia sexual es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de una mujer y que, por lo tanto, atenta contra su libertad, dignidad e integridad física; es una expresión de abuso de poder que

implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto (LGAMVLV, artículo 6o.).

Por último, la violencia política no se trata de un concepto previsto expresamente en la legislación pero, en atención a lo antes expuesto, se debe definir atendiendo a las formas de discriminación de las mujeres y con base en las definiciones previstas en la LGAMVLV. Se puede concluir que la violencia política de género contra las mujeres es todo acto u omisión que afecta el desempeño de un cargo público o su acceso a él, así como el ejercicio de sus derechos políticos, los cuales van desde la descalificación de sus propuestas, hasta el acoso para la manipulación de la toma de decisiones a favor de otros o contrario a sus deseos, independientemente de si se obtiene el resultado deseado o no (Cerva, 2014).

En lo que respecta a las modalidades de la violencia contra las mujeres que la misma LGAMVLV señala podemos decir que la modalidad familiar se presenta cuando cualesquiera de los tipos de violencia suceden dentro o fuera del domicilio familiar, y cuando el agresor tenga o haya tenido un parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, mantengan o hayan mantenido una relación de hecho. Este ámbito abarca también la violencia en el noviazgo, se refiere al círculo más íntimo de las mujeres donde solo deberían existir rasgos de confianza entre las personas más allegadas. Las modalidades laboral y docente se entienden cuando existe un vínculo de esa especie o análogo con la víctima, sin que necesariamente exista una relación jerárquica entre la víctima y el agresor. Implica un abuso de poder que afecta la autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de la mujer, impide su desarrollo y atenta contra la igualdad, puede consistir en un solo acto o en varios eventos al respecto. La violencia comunitaria consiste en los actos individuales o colectivos que transgreden los derechos fundamentales de las mujeres y propician su discriminación, marginación o exclusión en el ámbito público. Por último, la violencia institucional consiste en actos u omisiones del funcionariado público de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

III. El derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia y su protección en México

Los derechos humanos son los derechos fundamentales de las personas. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas señala que estos derechos

Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos (Noward, 2005, p. 1).

Señala también, como características de estos que son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes. Son universales en virtud de que están fundamentados en la dignidad de todo ser humano, sin importar sexo, raza, origen étnico o social, idioma o religión y son aceptados por todos los Estados. Son inalienables en virtud de que ninguna persona puede ser despojada de los mismos, salvo casos excepcionales. Son indivisibles e interdependientes, en virtud de que cada derecho humano trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la afectación a uno de ellos involucra también el ejercicio de otros derechos (Noward, 2005).

México ha suscrito diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos. Se pueden mencionar algunos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», entre otros. De manera más específica, en contra de la discriminación y la violencia de género contra las mujeres ha suscrito la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, así como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

En 2014, México retiró tres reservas a instrumentos internacionales en el ámbito de la Organización de Estados Americanos, a saber, la Convención sobre Condiciones de Extranjeros, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaratoria para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se refrenda el compromiso de nuestro país para mejorar las condiciones de la protección de derechos humanos (CIDH, 2015).

En relación con el orden jurídico local, México ha tenido avances importantes en materia de protección a los derechos humanos. En junio de 2011 publicó una reforma a la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, en la cual, en el artículo 1o., equipara los derechos humanos de esta con aquellos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, y establece garantías para su protección. Esto representa el avance más significativo en cuanto a la ampliación de derechos en nuestro país (Estado Mexicano, 2015).

Unos de los avances también importantes en el tema es la reforma en materia de Código Militar, con la cual se excluye a los militares de fuero militar cuando se trata de violaciones a derechos humanos, está aún pendiente en los casos de violaciones cometidos por los propios militares (DOF, 13 de julio de 2014). Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado, en diversas resoluciones, a favor de hacer obligatorias las sentencias de la CIDH, y de que los tribunales judiciales, administrativos y laborales, así como todas las autoridades públicas emitan sus actos de manera congruente con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, salvo las restricciones que la propia Constitución maneje como tales (CIDH, 2015).

Uno de los fundamentos básicos de los derechos humanos es, precisamente, la igualdad y no discriminación, de ahí que una de las características de los mismos sea la universalidad (Noward, 2005). Estos principios de igualdad y no discriminación se encuentran presentes en todas las constituciones democráticas modernas, pero no ha sido suficiente pues, a pesar de su reconocimiento, los índices internacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres señalan la existencia de diferencias (como el Índice de Equidad de Género desarrollado por Social Watch y *The World Women 2010: Trends and Statistics*). Inclusive, existe un mayor número de lo que se conoce como discriminación cruzada². De igual forma, existen argumentos en los que los usos y costumbres de pueblos indígenas son utilizados como una forma de justificar algunas de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, principalmente, el que se refiere a la vida libre de violencia (Díez, 2011).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por México el 23 de marzo de 1981, fue aprobada por el Senado de la República, el 18 de diciembre de 1980 (DOF, 9 de enero de 1981); se publica en el DOF el 12 de mayo de 1981 y se emite una fe de erratas el 18 de junio de 1981. Inicia su vigencia el 3 de septiembre

² Eva Díez (2011) la define como «aquellas que combinan la discriminación por razón de género con otros aspectos de la identidad de la mujer y la relación razón de género con otros aspectos de la identidad de las mujeres y la relación que aquella mantiene con su comunidad: color, edad, clase, casta, etnia, identidad sexual, nacionalidad o situación de inmigrante, refugiada, etcétera» (p. 89).

de 1981, derivada del mecanismo previsto por la propia convención. Esta convención, también llamada Carta de Derechos Humanos de las Mujeres, adopta una definición muy amplia del concepto de discriminación contra la mujer y señala que es:

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Díez, 2011, p. 100)

Adicionalmente, condena la discriminación contra las mujeres, así como establece la obligación de los Estados firmantes para establecer medidas en las áreas políticas, de educación, empleo, mujer rural, igualdad en materia civil, así como los mecanismos para su seguimiento, entre los que se encuentran la creación de un Comité especial, así como la implementación de medidas temporales para disminuir la igualdad entre hombres y mujeres (acciones afirmativas). Así también, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, en 1999, la creación de un Protocolo Facultativo de la Convención, en donde se incorpora un sistema de control, mediante la presentación de denuncias individuales ante el propio Comité, así como la posibilidad de inicio oficioso, por parte del Comité, de investigaciones al respecto, el cual solo se ha utilizado en el caso de Ciudad Juárez, México (Díez, 2011). Solo 100 de los 186 Estados firmantes habían ratificado la Convención; Estados Unidos de América y algunos países de África del Norte no la han ratificado debido a las condiciones en las cuales se encuentran sus mujeres.

Otro de los tratados importantes para el Estado mexicano en materia de combate a la violencia de género contra las mujeres es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Esta convención fue aprobada por el Pleno de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 8 de junio de 1994, y ratificada el 19 de junio de 1998 por el Estado mexicano, para el inicio de su naturaleza vinculante.

El artículo 1o. de la Convención define la violencia de género contra las mujeres como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado». Reconoce tres tipos de violencia: física, sexual y psicológica. Señala que los ámbitos donde se visualiza la misma son la vida privada, la vida pública y la tolerada o perpetrada por el Estado mismo. Establece que la violencia de

género contra la mujer impide y anula el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres, por ello reconoce el derecho de toda mujer a tener una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (CNDH, 2013).

Este derecho a una vida libre de violencia se traduce en el derecho de las mujeres de ser libres de toda discriminación, de ser valoradas y educadas sin patrones estereotipados de comportamiento y sin prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación; el reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos; así como el derecho de ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, contando con la protección necesaria para ello.

La Convención incluye algunos derechos concretos como el derecho a que se respete su vida; a que se respete su integridad física, psíquica y moral; a la libertad y a la seguridad personales; a no ser sometida a torturas; a que se respete la dignidad inherente a su persona y a que se proteja a su familia; a la igualdad de protección ante la ley y de la ley; a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos; a la libertad de asociación; a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley; y a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, lo que incluye la toma de decisiones.

Asimismo, en concordancia con todos estos derechos, se establecen las correlativas obligaciones por parte de los Estados para garantizar el pleno ejercicio de estos. Para el cumplimiento de dichas obligaciones se establece un mecanismo de informes nacionales que se remiten a la Comisión Interamericana y, a partir de 2004, se creó el Mecanismo de Seguimiento de la Convención para dar seguimiento a los avances reportados en los informes nacionales (CNDH, 2013).

En relación con las interpretaciones que las convenciones han concedido a los organismos internacionales, es pertinente hablar de los pronunciamientos que han sucedido en el sistema americano de derechos humanos. Para ello tomaremos en cuenta las acciones llevadas a cabo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH en relación con las interpretaciones y aplicación de los tratados para combatir la violencia de género contra las mujeres. Según Clérico y Novelli (2014), la CIDH inició su compromiso con las causas de combate a la violencia de género contra las mujeres en el año 1994. Por su parte, la Corte IDH asume un verdadero compromiso con la causa hasta el año 2009, con el asunto del Campo Algodonero. Ello no implica la inexistencia de diversos asuntos previos, sino que, anteriormente, se habían resuelto sin una perspectiva de género.

De las resoluciones de la Corte IDH las autoras destacan: a) la definición de violencia sexual, que no solo admite como violencia la penetración vaginal, sino cualquier otro acto, aun sin tocamientos, como el hecho de que hayan dejado a mujeres embarazadas desnudas, hincadas (caso *Castro Castro vs. Perú*, 2006); b) violencia contra las mujeres perpetrada por particulares, pues las autoridades minimizaron los hechos y vulneraron el derecho de no discriminación al no investigar adecuadamente los casos de mujeres desaparecidas y encontradas posteriormente muertas en Ciudad Juárez, México (caso *González y otras —Campo Algodonero— vs. México*, 2009); c) violencia contra las mujeres en un contexto de conflicto armado (Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, 2009); d) violencia sexual contra mujeres indígenas; barreras particulares en el acceso a la justicia, como lo son el hablar un idioma distinto y no tener acceso a intérpretes, así como la escasez de dinero para tener acceso a un abogado competente son condiciones que perjudican de manera especial a las mujeres indígenas (caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, 2010); e) múltiples formas de discriminación, por su situación de especial vulnerabilidad de la víctima por ser mujer, indígena y niña (*Rosendo Cantú y otra vs. México*, 2010) (Clérico y Novelli, 2014).

Existen también algunas críticas en el caso de la calificación de la tortura, pues la propia Corte IDH se ha pronunciado por una interpretación restringida del concepto —solo cuando sea cometida por agentes estatales—, mientras que en casos como el del Campo Algodonero, queda demostrado a todas luces la existencia de esa figura, lo cual imposibilita la condena para el Estado en esa materia, así que no todo ha sido benéfico para el combate ante esas condiciones de discriminación contra las mujeres, ni en la propia Corte IDH (Clérico y Novelli, 2014).

IV. Protección legal del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y las leyes estatales

En febrero de 2007, bajo la presidencia de Felipe Calderón, se emitió la LGAMVLV. Desde entonces y hasta 2017 sufrió once reformas, la mayoría de ellas solo han sido adecuaciones normativas en relación con la modificación de las competencias entre las diversas secretarías de Estado, entre los niveles de gobierno o cambio de denominación de las mismas. Entre las reformas que merecen destacar se encuentra la reforma del 14 de junio de 2012, la cual vino acompañada de una reforma al Código Penal Federal, en el que se incluyeron delitos relacionados con

el combate a la violencia de género contra las mujeres. Dicha reforma tiene como finalidad incluir la perspectiva de género en las facultades de la Procuraduría General de la República. Asimismo, el objetivo de la reforma de enero de 2013 fue hacer algunas precisiones en relación con las órdenes de protección previstas en las propias normas; la de abril de 2014, precisó el concepto de violencia laboral y, por último, en junio de 2017 se incluyeron las facultades de las autoridades encargadas de la procuración de justicia de contar con refugios adecuados para las mujeres víctimas de violencia de género, en los términos que establezcan las propias autoridades.

La LGAMVLV tiene como finalidad establecer las bases de coordinación entre los diferentes ámbitos de gobierno federal, estatal, municipal y de la hoy Ciudad de México, para la prevención, atención y erradicación de la violencia de género contra las mujeres, estableciendo sus principios rectores y los tipos de violencia, así como las modalidades de esta. Otro de los aspectos que señala son algunos mecanismos para la atención y erradicación de la violencia de género contra las mujeres, como lo es la Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres, a fin de enfrentar y erradicar la violencia feminicida que se da en una demarcación territorial determinada. La ley también establece la creación de órdenes de protección para preservar el interés superior de la víctima en los casos de que las autoridades competentes conozcan de posibles infracciones o delitos que impliquen violencia de género contra las mujeres. También prevé la atención de las víctimas de los delitos de violencia de género contra las mujeres, así como la creación de refugios para las propias víctimas.

En lo que respecta a las legislaciones estatales, la mayoría contiene los mismos elementos que la general, algunas adicionan un modelo de atención, el concepto de violencia política, la atención para los agresores y la figura de agravio comparado para detectar las desigualdades que pudieran cometerse en contra de las mujeres. La mayoría de los estados tienen los principios rectores de las mismas, los cuales incluyen temas como la igualdad jurídica entre los hombres y las mujeres; la no discriminación, la dignidad y la libertad de las mujeres. Solo el Estado de Tamaulipas no señala preceptos rectores algunos.

Por su parte, los tipos y modalidades de violencia contra las mujeres se mencionan en todas las legislaciones locales, pero difieren en cuanto a la denominación y alcances de algunas de ellas. La que menos se encuentra definida es la violencia contra las mujeres en espacios públicos, a la cual solo se hace referencia en la legislación del Estado de Aguascalientes. En relación con el régimen de sanciones, las legislaciones no prevén un régimen de sanciones por el incumplimiento

a sus disposiciones, a lo sumo, hacen una remisión a las leyes de responsabilidades administrativas para el caso de los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones en la materia.

Con respecto a las obligaciones concretas derivadas de los casos interpretados por la Corte IDH, ninguna de las leyes estatales, ni la ley general hacen referencia alguna al cumplimiento de estas obligaciones, tales como la ampliación del concepto de violencia sexual, el establecimiento de medidas contra la discriminación por autoridades privadas, así como la determinación de pautas de investigación de casos con perspectiva de género, y la ejecución efectiva de reparación del daño y los supuestos de discriminación contra las mujeres indígenas.

Cabe mencionar que existen algunos esfuerzos aislados, como pudiera ser el protocolo del Poder Judicial de la Federación (SCJN, 2013) para juzgar con perspectiva de género, así como algunas determinaciones y resoluciones de tribunales, los cuales se han pronunciado, en algunos casos, a favor de la aplicación de las medidas exigidas por los tribunales internacionales, pero no constituyen un esfuerzo institucional a favor de garantizar a las mujeres el goce de una vida libre de violencia.

V. Conclusiones

En principio, la definición de violencia de género contra las mujeres puede tener diferentes formas de expresión, como pueden ser «violencia de género», «violencia contra las mujeres», «violencia intrafamiliar», entre otras; sin embargo, independientemente de su denominación, su objeto es dar cuenta de cualquier tipo de conducta que afecte los derechos de las mujeres o que les impida su libre ejercicio.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres suscritos y ratificados por México imponen diversas obligaciones en materia de respeto del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, las cuales van desde acciones legislativas hasta acciones concretas de prevención y erradicación. Igualmente, al resolver diversos casos la Corte IDH se ha pronunciado por darle sentido y contenido a la protección de las mujeres contra cualquier tipo de discriminación, entre la cual se incluye la violencia de género.

Entre los contenidos que, tanto los tratados internacionales, como las sentencias de la Corte IDH han reconocido como parte del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia se encuentran la ampliación del concepto de violencia sexual, el establecimiento de medida contra la discriminación por autoridades privadas, así como la determinación de pautas de investigación de casos con perspectiva de género,

la implementación y ejecución de medidas efectivas de reparación del daño y los supuestos de discriminación contra las mujeres indígenas.

México —a pesar de estar obligado al cumplimiento y seguimiento de las obligaciones mencionadas, debido a la ratificación de los tratados internacionales o por ser destinatario de las resoluciones de tribunales internacionales en materia de derechos humanos— no cuenta con un andamiaje legislativo consistente para poder integrar dichas condiciones dentro del sistema jurídico positivo; ni la ley general, ni las legislaciones locales mencionan alguna referencia relacionada con esas obligaciones. Se debe mencionar la existencia de un protocolo emitido por el Poder Judicial de la Federación, en el cual se incluyen algunos de los derechos desarrollados por los tribunales de derechos humanos, sin embargo, no se trata de una instrucción completa que pueda llegar a todos los juzgadores como una verdadera norma, y mucho menos se podrá llegar a las diversas autoridades administrativas para el respeto irrestricto de los derechos humanos de las mujeres.

Es necesario contar con verdaderos compromisos institucionales por medio de los cuales se materialicen los contenidos del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia. Un compromiso en el cual de manera expresa se contengan las obligaciones de las autoridades y, en algunos casos, también de los particulares para el cumplimiento completo de los derechos humanos de las mujeres, donde no quepa duda sobre su contenido real.

VI. Fuentes

1. Bibliografía

- ÁLVAREZ, S. (1997). Los feminismos latinoamericanos se globalizan: Tendencias de los años 90 y retos para el último milenio. En Álvarez, S. Escobar, A. y Dagnino, E. *Cultures of Politics / Politics of Cultures: Revisioning Latin America Social Movements*. Estados Unidos de América: Westview Press.
- BOSCH, E., y FERRER, V. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24(4), 548-554.
- BUTLER, J. (2015). *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. España: Paidós.
- CASTRO, R. (2016). Violencia de género. En Moreno, H. y Alcántara, E. (eds.). *Conceptos clave en los estudios de género, I* (pp. 339-354). México: UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género.

- CERVA, D. (2014). Participación política y violencia de género en México. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, 59(222), 117-140.
- CLÉRICO, L., y NOVELLI, C. (2014). La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 15-70.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. (2015). *Situación de los derechos humanos en México*. México.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. (2013). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*. México. Recuperado de http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/programas/mujer/Material_difusion/convencion_BelemdoPara.pdf
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (1979). ONU. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- DE BARBIERI, T. (1993). Sobre la categoría género: Una introducción teórico-metodológica. *Debates en Sociología*, (18), 145-169.
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer: Resolución de la Asamblea General. (1993). ONU. Recuperado de <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50ac921e2>
- DÍEZ, E. (2011). Los derechos de la mujer en el derecho internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 63(2), 87-121.
- ESTADO MEXICANO. (2015). *Comunicado del Estado Mexicano. Observaciones del Estado Mexicano al proyecto de informe sobre la situación de derechos humanos en México*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/mx-observaciones2015.pdf>
- FERNÁNDEZ, I. (2014). La violencia de género desde la perspectiva del ámbito social: Abordaje en un centro de salud. En Rodríguez, M. S. y Vázquez-Portomeñe, F. (eds.). *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencia, médico-legal y jurídico*. España: Tirant lo Blanch.
- HEISE, L., y GARCÍA-MORENO, C. (2003). La violencia en la pareja. En Organización Panamericana de la Salud. *Informe mundial sobre la violencia y la salud*. Estados Unidos de América: OPS.
- LAGARDE, M. (1996). La perspectiva de género. En *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia* (pp. 13-38). España: Horas.
- LAMAS, M. (2018). La antropología feminista y la categoría de género. En Lamas, M. (comp.). *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. (2a. ed.). México: Bonilla Artigas Editores, UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género.
- LANG, M. (2003). ¿Todo el poder? Políticas públicas, violencia de género y feminismos en México. *Iberoamericana*, 3(12), 69-90.

- MASSOLO, A. (2005). Género y seguridad ciudadana: El papel y reto de los gobiernos locales. *ECA Estudios Centroamericanos*, (681-682), 643-658.
- NOWARD, M. (2005). *Derechos humanos. Manual para parlamentarios*. Francia: Unión Parlamentaria, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ONU. (2006). Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del secretario general. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10742.pdf>
- PROCASUR. (2008). *Ley Contra el Acoso y la Violencia Política en Razón de Género*. Bolivia: Procasur. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/235370B19ECBD-5F905257E750074A9AA/\\$FILE/Ley_Contra_El_Acoso_Y_La_Violencia_Poltica_En_Razn_Gnero_Bolivia.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/235370B19ECBD-5F905257E750074A9AA/$FILE/Ley_Contra_El_Acoso_Y_La_Violencia_Poltica_En_Razn_Gnero_Bolivia.pdf)
- RIQUER, F., y CASTRO, R. (2008). Una reflexión teórico-metodológica para el análisis de la ENDIREH 2006. En Castro, R. y Casique, I. *Violencia de género en las parejas mexicanas. Análisis de resultados de la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2006. Componente para mujeres unidas o casada de 15 años o más*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias-UNAM. Recuperado de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100925.pdf
- RUBIN, G. (1986). El tráfico de mujeres: Notas sobre la «economía política del sexo». *Nueva Antropología*, 8(30), 95-146.
- SCOTT, J. W. (1996). El género: Una categoría útil para el análisis histórico. En *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: PUEG.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. México: SCJN.
- TRUE, J. (2003). Mainstreaming Gender in Global Public Policy. *International Feminist Journal of Politics*, 5(3), 368-396.
- VELÁZQUEZ, S. (2013). *Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar*. Buenos Aires: Paidós.
- YUGUEROS, A. (2014). La violencia contra las mujeres: Conceptos y causas. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, (18), 147-159.

2. Legislación

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. (2007). México

| Poder Legislativo, Gobierno Abierto y participación ciudadana

Reflexiones en torno a la función de contrapeso y retos del Poder Legislativo

Vicente Vázquez Bustos*

SUMARIO: I. Introducción. II. Facetas del trabajo parlamentario. III. Grupos parlamentarios. IV. Funciones del Poder Legislativo. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. Introducción

El desarrollo del trabajo parlamentario implica responsabilidad, tanto para ser minoría dentro de la legislatura como para ser mayoría. Este último supuesto implica discriminar temas para posicionar una agenda legislativa, hacer eficiente el trabajo parlamentario, mejorar los instrumentos de organización de los congresos, entre otros aspectos. Resulta, entonces, ilustrativo el punto de vista de Alonso Lujambio (1993) al señalar lo que debe ser un legislador profesional:

En los parlamentos no brotan expertos de la nada. Los legisladores se vuelven expertos trabajando. Pero no solo eso. Los legisladores profesionales le hacen el seguimiento a las leyes que impulsan y aprueban, proponen ajustes cuando en la fase de implementación las cosas no salen como debieran. Los legisladores profesionales acuden a las reuniones interparlamentarias a aprender, a discutir, a intercambiar información, datos, evidencias, argumentos. Los legisladores profesionales son los guardianes de la institución parlamentaria: consultan archivos de comisiones (y no permiten que los archivos desaparezcan en cada legislatura), tienen incentivos para organizar cuerpos permanentes de asesores verdaderamente especializados, tienen incentivos para aprender cosas nuevas porque podrán capitalizar su esfuerzo. Los legisladores profesionales producen

* Director general de Agenda Legislativa y Reglamentación de la Coordinación General Jurídica del Gobierno del Estado de Guanajuato. Docente en la Universidad De La Salle Bajío campus León.

legislación de calidad, porque van profundizando en el conocimiento de la o las materias sobre las que legislan. (p.13)

Bajo esta concepción, es que realiza una serie de reflexiones en torno a la función de contrapeso del Poder Legislativo y los retos que enfrenta como institución.

II. Facetas del trabajo parlamentario

El parlamento como órgano político colegiado, de carácter representativo, es el ente donde recaen las funciones más elevadas de la dirección del Estado. Desde sus orígenes, el parlamento tuvo asignada una función representativa, a la par de la función creadora de leyes, a la que posteriormente fue agregada la presupuestaria, con el propósito de conseguir recursos pecuniarios al rey, sin embargo, esta función fue ampliada, sobre todo a finales del siglo XVIII, cuando las cámaras buscaron limitar y controlar el ejercicio del poder real que había llegado al absolutismo. Así el parlamento comenzó a desarrollar otras funciones, entre ellas la legislativa y la fiscalizadora.

Sin embargo, desde hace algunos años, se ha manifestado una preocupación sobre el rol que deben tener los parlamentos en las condiciones actuales, pues el Poder Legislativo en nuestro país ha pasado de ser un poder exorbitante en el siglo XIX, a un poder sometido al Poder Ejecutivo en una gran parte del siglo XX. Este cambio no solo ha ocurrido en México, los constitucionalistas franceses (a modo de ejemplo) subrayaban la declinación del Legislativo, hablando del escepticismo del parlamentarismo y su crisis (Valencia, 1994).

En nuestro país, el análisis sobre el Poder Legislativo que necesitamos va de la mano de la consolidación democrática que hace imperativo el contar con un Poder Legislativo eficaz y eficiente, a la altura de las circunstancias actuales. Si bien de manera primigenia correspondía al Legislativo la elaboración de las leyes, la dinámica actual ha derivado en un Poder Ejecutivo que es el principal impulsor de iniciativas —dotado de mayores recursos, además del conocimiento de las necesidades que derivan de la aplicación de políticas públicas—, así se destaca como tema fundamental la función de control, la cual es tan o más importante que la primera.

Otro tema fundamental para ubicar la importancia de que el Poder Legislativo consolide su espacio como un poder determinante de las políticas públicas es el denominado por algunos tratadistas «poder de la bolsa», esto es el control del Legislativo, no solo respecto del Ejecu-

tivo, sino también del Judicial y de los organismos autónomos, a través de la aprobación del Presupuesto de Egresos y del análisis de la cuenta pública.

La intervención del Poder Legislativo en el nombramiento de altos funcionarios constituye también una forma de control importante, ya sea directa o indirectamente —en colaboración con el Poder Ejecutivo, en algunos casos—, que permite la confección de poderes y órganos constitucionalmente autónomos.

Así, el Poder Legislativo debe efectuar la síntesis normativa de los intereses en él representados y, a la par, mantener una orientación política que permita acompañar los proyectos del Poder Ejecutivo, pero, a la vez, tener una orientación política enfocada al bien común.

Bognetti (2000) señala que la función típica del Legislativo hoy día es: «la solemne convalidación, eventual integración y excepcional e hipotético rechazo de la orientación política establecida por el poder gobernante del Estado» (p. 35).

III. Grupos parlamentarios

El término «grupo», de acuerdo con la Real Academia Española, proviene del latín *gruppo*, que significa «pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado»; este vocablo, desde el punto de vista material, hace referencia al conjunto de elementos que se relacionan entre sí conforme a determinadas características. La palabra «parlamentario» significa «perteneciente o relativo al parlamento», así como el «individuo de un parlamento» más, para el desarrollo de esta voz parlamentaria, se entiende al «conjunto de individuos de la institución representativa —Parlamento, Congreso o Asamblea— de un determinado país, que se relacionan entre sí conforme a determinadas características» (Pedroza, 1998, pp. 333-336).

Por otra parte, la noción de «grupo parlamentario» generalmente se asocia con la relación de estos con los partidos políticos. Dentro de la doctrina española, se le define como «la unión de varios parlamentarios por afinidad ideológica o por necesidades parlamentarias, en orden a la organización personal interna del trabajo de las Cámaras» (Alonso, J. y Alonso, A., 2000, p. 99).

Silvano Tosi (1996) señala que, entre los primeros actos organizativos de las cámaras, están aquellos que tienen que ver con la constitución de los grupos parlamentarios, y apunta que «desde hace tiempo eran las articulaciones políticas fundamentales de la institución parlamentaria y que ahora, aun formalmente, en la medida del nuevo dere-

cho positivo de las asambleas, configuran los órganos homogéneos, en cierto modo» (p. 117).

Podemos definir el grupo parlamentario como el conjunto de parlamentarios —diputados o senadores— vinculados políticamente, que ejercen influencia en la Asamblea, Parlamento o Congreso.

Aspecto fundamental para la constitución de un grupo parlamentario es que lo constituye la relación de grupo, la cual parte de la relación previa con el partido político que los postula.

1. Antecedentes de la figura del grupo parlamentario

Los grupos parlamentarios surgen en Inglaterra, aunque de forma ocasional, durante el siglo xvii con las luchas entre el rey y el parlamento, ya que existían dos grupos: los *tory* y los *whig*. Hasta mediados del siglo xix, estas fueron asociaciones esporádicas de parlamentarios con afinidad política, que actuaban conjuntamente para lograr fines comunes pero, con el desarrollo de una estructura capaz de proveer un sistema de partidos contendientes en elecciones; la fuerza de estos grupos parlamentarios esporádicos adquirió una definida orientación política, al grado de poder hablar de los ingleses como propensos a considerar la política como un enfrentamiento entre dos concepciones del mundo y de la vida.

Como antecedente hispano, cabe destacar que en España el Reglamento de las Cortes de 1838 señaló que, para ciertas iniciativas y actos parlamentarios, se exigiría un número mínimo de voluntades; de tal forma Morales Arroyo (1990) considera que se trata de un antecedente tácito de los grupos parlamentarios. En el mismo sentido, el reglamento de 1847 exigía un número de parlamentarios para la formalización de algunas iniciativas; asimismo, en el artículo 46 de dicho ordenamiento, se hizo también el reconocimiento tácito de los grupos políticos en las Cortes (integradas por el Congreso de los Diputados), ya que señaló que «los diputados dirigirán siempre la palabra al Congreso y no a un individuo o fracción del mismo». Así, para Saiz Arnaiz, el hecho relativo a que este reglamento se refiera a un sector del parlamento es porque se reconocía la proximidad ideológica de ese sector (citado por Pedroza, 1998, p. 460).

Más adelante, en el pacto de San Sebastián del 12 de agosto de 1930¹, con el acuerdo de partidos, se fijó el precedente para que en la

¹ Reunión verificada en San Sebastián el 17 de agosto de 1930, donde se acordó la estrategia para poner fin a la monarquía de Alfonso XIII y proclamar la Segunda República Española.

Constitución española de 1931 —artículo 62— se hablara de la Diputación Permanente y señalara que su integración estaría dada por las distintas fracciones políticas. A este respecto, de forma puntual, el Título II del Reglamento de las Cortes de 1931 se intituló «Las fracciones o grupos parlamentarios».

Así, pasado el régimen franquista, con la intención de fortalecer a los partidos políticos, el Reglamento del Congreso de los Diputados puso énfasis en la figura de los grupos parlamentarios, como medio para que los diputados se presenten y actúen en las Cortes Generales en «detrimento» de los diputados en lo individual, para con ello facilitar y dinamizar el funcionamiento de la Cámara y la toma de decisiones al interior de la misma².

En Francia, a pesar de que los grupos parlamentarios ya existían en la práctica, no fue sino hasta 1910 cuando se les reconoció y reguló, pero únicamente a nivel reglamentario y no a nivel constitucional; dicho reconocimiento se les otorgó en el artículo 11 de la Constitución francesa de 1946. Por eso se ha afirmado que su origen se encuentra en aquel país, pero solo a nivel constitucional, ya que se había hecho mención de los grupos parlamentarios en disposiciones anteriores o tenían un reconocimiento tácito en otros países.

No es extraño afirmar que la existencia de subgrupos es consubstancial a los órganos colegiados, luego entonces, la presencia de grupos en las asambleas deliberativas es inminente, sin embargo, su vistosidad y ejercicio eficaz es más característico en regímenes democráticos.

² Señala el artículo 23 que:

1. Los Diputados, en número no inferior a quince, podrán constituirse en Grupo Parlamentario. Podrán también constituirse en Grupo Parlamentario los Diputados de una o varias formaciones políticas que, aun sin reunir dicho mínimo, hubieren obtenido un número de escaños no inferior a cinco y, al menos, el 15 por 100 de los votos correspondientes a las circunscripciones en que hubieren presentado candidatura o el 5 por 100 de los emitidos en el conjunto de la Nación.
2. En ningún caso pueden constituir Grupo Parlamentario separado Diputados que pertenezcan a un mismo partido. Tampoco podrán formar Grupo Parlamentario separado los Diputados que, al tiempo de las elecciones, pertenecieran a formaciones políticas que no se hayan enfrentado ante el electorado.

En tanto que el artículo 25 dispone:

1. Los Diputados que, conforme a lo establecido en los artículos precedentes, no quedaran integrados en un Grupo Parlamentario, en los plazos señalados, quedarán incorporados al Grupo Mixto. 2. Ningún Diputado podrá formar parte de más de un Grupo Parlamentario. (RCD, 1982)

2. Naturaleza del grupo parlamentario

Señala Silvano Tosi (1996) que el análisis de la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios ha sido poco tratado, argumenta que la doctrina constitucionalista no se ocupó de ellos y, en algunos casos, se les consideró poco relevantes para su análisis jurídico, al asumírseles como:

articulaciones de los partidos. Más reciente, aún antes de que el derecho parlamentario positivo exaltara sus funciones hasta el punto de hacer que no se pudiese proponer algún concepto residual de irrelevancia jurídica, se introduce la noción de «unión institucional» o de «unión personal» entre grupos y partidos, y se afirmó la tesis de su naturaleza de órganos de las cámaras. Tal tesis es exacta, sin duda, bajo la condición de que se consideren a las cámaras, como están en el ordenamiento italiano a diferencia del inglés, órganos a su vez del Estado; así que no parece racionalmente posible, ya, negar, también a los grupos parlamentarios, justamente en cuanto órganos de las cámaras, la imputación de la titularidad y del ejercicio de funciones públicas asumidas como propias en el ordenamiento jurídico del Estado. (pp. 125-126)

En opinión de Pedroza de la Llave (1998), se distinguen dos posturas que definen al grupo parlamentario: una teórica y otra formalista. La primera es aportada por el tratadista italiano Di Ciolo, que lo considera como «aquella organización estable de senadores y diputados pertenecientes al mismo partido, o profesantes de la misma ideología política, y provisto de una sólida disciplina» (pp. 460 y 461). La segunda es de Waline, que lo define como «aquella reunión en el seno de una Asamblea parlamentaria, según las reglas establecidas por el reglamento de esta, de un cierto número de elegidos, que tienen en común cierto ideal político, cuya tarea es dar soluciones concurrentes a los diferentes problemas que se susciten en terminados momentos» (p. 461).

La doctrina española concluye como tema fundamental para su definición en el concepto de asociación, bien como asociación no reconocida, como asociación órgano, como asociación de derecho privado, como asociación privada que cumple funciones públicas, y como asociación legal y permitida, derivada del ejercicio regulado en la Constitución (Alonso, J. y Alonso, A., 2000, p. 99).

En tanto, José Luis García Guerrero considera que los grupos parlamentarios son órganos de partido y de la Cámara, en atención a que:

- Tanto los estatutos de los partidos como los reglamentos de las cámaras imponen a los parlamentarios, si resultan electos, la obli-

gación de integrarse en el grupo que corresponda con el partido en el que militan.

- Los reglamentos parlamentarios también se ocupan de su regulación jurídica y, salvo que estos dispongan otra cosa, la materia de los grupos queda sustraída tanto para el legislador ordinario como al poder reglamentario de la Administración Pública.
- Los grupos están compuestos exclusivamente de parlamentarios y no solo participan de la voluntad decisoria de las Cámaras, sino que realizan funciones propias de un órgano camaral.
- Los grupos han pasado de designar simplemente a los integrantes de las comisiones a ser los auténticos protagonistas de la actividad parlamentaria.
- Los grupos eligen y revocan a los titulares de otros órganos de las cámaras, como la Junta de Portavoces, la Diputación Permanente o las comisiones. (Citado por Garabito y Cervantes, 2005, p. 63)

De esta forma, el elemento cualitativo, que origina la formación de todo tipo de grupo es la afinidad que guardan sus miembros, misma que lo mantiene estable y unido. El nexos causal del grupo parlamentario es su proximidad político-ideológica, proximidad que no es sinónimo de homogeneidad, como señala Diego Valadés (1998):

En el interior de los grupos parlamentarios se produce un flujo de controles en ambas direcciones: desde y hacia el Parlamento. Los representantes que integran el grupo de la mayoría exigen información al gobierno, e intentan influir en las decisiones, como parte de un proceso normal de ejercicio del poder. La uniformidad política no existe, por definición, en el contexto de una democracia constitucional. Independientemente de la concentración del poder a la que se propende en el interior de los partidos, la naturaleza abierta del sistema constitucional, si es que tiene un correlato en el sistema electoral, permite mínimos de pluralismo interno que se manifiestan en la vocación de controlar y participar en las decisiones de gobierno. (p. 80)

En torno a la naturaleza jurídica de la figura aquí tratada, se han elaborado algunas hipótesis. La primera afirma que el grupo parlamentario es un órgano de las cámaras. Esta es aceptable en cuanto a que el grupo ejerce funciones en el seno del parlamento, no así respecto a la autonomía con la que este actúa y, por ende, las consecuencias de esos actos. Una segunda hipótesis los ubica como extensiones del partido político. En relación con lo anterior, podemos distinguir dos regulaciones extremas, en primera instancia, una que niega el vínculo grupo parlamentario-partido político, como ocurre en España; el otro extremo,

permite la integración de un grupo parlamentario, siempre que sus miembros sean de la misma afiliación partidista, como es el caso de México: «La ley determinará, las formas y procedimientos para la agrupación de los diputados, según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas representadas en la Cámara de Diputados». (CPEUM, artículo 70, párr. 3)³

El desarrollo de esta disposición constitucional apareció dos años más tarde en la Ley Orgánica del Congreso de 1979, misma que definía a los grupos parlamentarios como: «aquellas formas de organización que podrán adoptar los diputados con la misma afiliación de partido, para realizar tareas específicas en la Cámara de Diputados».

Asimismo, existe una tercera hipótesis, que considera al grupo parlamentario como sujeto privado que ejerce funciones públicas. Respecto a esta, diversos tratadistas señalan que no la podemos aceptar, ya que en la mayoría de los países la legislación no les reconoce personalidad jurídica propia. Es más preciso hablar, entonces, de grupos de hecho, que ejercen funciones públicas.

Algunos reglamentos sobre la materia consideran obligatoria la pertenencia a un grupo parlamentario para cada uno de los miembros del Parlamento. Los reglamentos del Parlamento italiano «señalan la obligación de hacerlo dentro de los dos días [tres días en el Senado] de la primera sesión» (Tosi, 1996, p. 120). Los diputados están obligados a «declarar al secretario general de la cámara a cuál grupo pertenecen», mientras que en el Senado se impone «indicar a la presidencia del Senado el grupo del que pretende formar parte». La misma obligación rige (también al Senado, por mención expresa en el reglamento) frente a quienes llegan a ser parlamentarios durante el curso de la legislatura, por sucesiva proclamación o por nombramiento.

En el ámbito parlamentario de otros países, los reglamentos parlamentarios, es decir, tanto los reglamentos como las leyes orgánicas, van a señalar cuál es la estructura, organización e integración de los grupos parlamentarios.

En México, hablar de grupo parlamentario es relativamente reciente si tomamos en consideración la existencia e importancia de estos en otros países (por ejemplo, Inglaterra, Francia y España), ya que con las reformas de 1977 a la Constitución se adicionó un tercer párrafo al artículo 70, el cual permite la agrupación de los diputados de acuerdo con su afiliación de partido.

³ El tercer párrafo del artículo 70 fue adicionado como parte de la reforma político-electoral de diciembre de 1977.

Consigna Burgos García (2017):

En realidad, la nueva atribución del Congreso de la Unión —introducida en 1977— para expedir una ley que regule su estructura y funcionamiento internos pudo haberse ubicado en el artículo 73. Sin embargo, se prefirió la ubicación actual por la referencia específica a la necesidad de reconocer las formas de agrupación de los legisladores por filiación partidista para representar corrientes de pensamiento en el desarrollo de su actividad legislativa.

Cabe mencionar que, hasta que se estableció esa facultad, las normas relativas a la estructura y funcionamiento internos de las Cámaras se encontraban reguladas por el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, DOF 20 de marzo de 1934, siguiendo una tradición que data de los reglamentos similares de 1824 y 1898. Si bien se trataba de un ordenamiento formal y materialmente legislativo, para los años setenta del siglo pasado la denominación tradicional «Reglamento» parece referirse a una norma de tercer grado en la jerarquía jurídica por la explosión de la función reglamentaria del Ejecutivo Federal. En la esfera de la separación de los poderes y la lógica de que los poderes Ejecutivo y Judicial estaban regulados en esos años por sus propias leyes orgánicas, parecía tan solo acorde al equilibrio que el Legislativo también contara con un ordenamiento con carácter de ley. Hasta la reforma a los artículos 71 (reformado posteriormente, DOF, 9 de agosto de 2012), 72 y 78 constitucionales, del 17 de agosto de 2011, subsistían la facultad del Congreso para expedir la ley relativa a su estructura y funcionamiento interiores y la vigencia del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, no obstante derogarse el texto de la fracción xxiii del artículo 73 quedaba a cuento a la facultad para expedir ese ordenamiento. A partir de esta reforma, se estableció la facultad para que cada una de las Cámaras expida su propio reglamento interior. Así, cada Cámara ejerció la facultad de darse su propio reglamento interior sobre la base de las previsiones de la Constitución y la Ley Orgánica del Congreso General, que en atención al mandato constitucional y a su esencia debió mejor denominarse Ley sobre la Organización y Funcionamiento Internos del Congreso General. (pp. 1919-1020)

Sin embargo, en 1994 se expidieron las reformas a la Ley Orgánica del Congreso General que, además de contemplar grupos parlamentarios para la Cámara de Diputados integrados al menos por cinco diputados (artículos 31 y 32), lo contempla también para la Cámara de Senadores, integrados por un mínimo de tres senadores (artículos 94 y 95). Asimismo, esta ley señala que en la sesión destinada al informe presidencial o apertura del primer periodo de sesiones (1 de septiembre) un legislador, en representación de su partido político entendido como

grupo o fracción parlamentaria, podrá intervenir antes que se presente el mismo (artículo 80. de la Ley Orgánica del Congreso General).

Se destaca que existe la Tesis xxiv.10.13 A, bajo el rubro GRUPO PARLAMENTARIO. EL DERECHO QUE OTORGA EL ARTÍCULO 62 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER LEGISLATIVO DEL ESTADO DE NAYARIT, DE INTEGRARLO, NO CONSTITUYE UNA GARANTÍA INDIVIDUAL, SINO UN DERECHO DEL CIUDADANO, QUE GENERA LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO⁴.

Como puede leerse, el criterio del órgano jurisdiccional federal apunta que, derivado del encargo, se concede a los diputados la facultad para que realicen tareas específicas en la Cámara, coadyuven al mejor desarrollo del proceso legislativo, expresen las corrientes políticas y de opinión presentes en el Congreso, y faciliten la participación de los diputados en el cumplimiento de sus atribuciones legislativas.

3. Importancia de los Grupos parlamentarios para la toma de decisiones

Resulta una necesidad contar con congresos eficaces y eficientes. Eficaces, en cuanto a que la legislación y presupuestos por ellos aprobados sean oportunos, correctos y atingentes, con el fin de acompañar las políticas públicas del Poder Ejecutivo; y eficientes, en cuanto a que no se dilaten las soluciones y se tomen las determinaciones a tiempo.

En este sentido, la importancia de los grupos parlamentarios estriba en que su función es coadyuvar al mejor desarrollo del proceso legislativo, además de permitir la mejor participación de los diputados en las tareas camerales; por otra parte, el marco normativo les ha agregado

⁴ El derecho que otorga el artículo 62 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Nayarit de organizarse parlamentariamente, únicamente está dirigido a los diputados y no a los particulares, ya que, con motivo de su cargo, se concede a los referidos servidores la facultad para que realicen tareas específicas en la Cámara, coadyuven al mejor desarrollo del proceso legislativo, expresen las corrientes políticas y de opinión presentes en el Congreso, y faciliten la participación de los diputados en el cumplimiento de sus atribuciones legislativas; de ahí que no es posible confundir las garantías individuales con los derechos políticos, porque mientras las primeras conciernen al hombre, es decir, a todos los habitantes de la República mexicana, con abstracción hecha de su nacionalidad, sexo y capacidad jurídica, los segundos se concedieron, por el Constituyente, exclusivamente a los ciudadanos mexicanos; dicho en otras palabras, solo facultan al individuo, en su calidad de ciudadano, a participar en la conducción de los asuntos públicos de la comunidad. Por consiguiente, la afectación de estos últimos, consistentes en las prerrogativas que se otorgan a los diputados —como lo es el derecho a conformar grupos parlamentarios— no puede ser materia del juicio de amparo, dado que aquel es una consecuencia legítima de la función pública y, por ende, se traduce en la privación de un derecho político, que de ninguna manera puede ser garantizado o respetado a través del juicio constitucional, dado que este solo protege las garantías individuales.

como un elemento sustancial la disciplina, lo que permite contribuir a orientar las determinaciones y formar criterios comunes en las discusiones y deliberaciones de los integrantes de cada grupo parlamentario.

Pablo de Bufalá Ferrer-Vidal (1999) considera que la disciplina del voto en los órganos legislativos es un elemento esencial para que opere el sistema parlamentario; señala que constituye una premisa indispensable para que funcionen los diversos mecanismos y para que un gobierno con una base mayoritaria no se vea privado de la posibilidad de acción, citando a Paul Gaudemet: «la fuerza gubernamental supone la disciplina del partido mayoritario. Si en el seno de este partido se producen disidencias, el gobierno no podrá ya mantenerse en el poder» (p. 44).

Tal como lo plantea Cabada Huerta (2005), es dable afirmar que la existencia de grupos parlamentarios débiles genera congresos carentes de fuerza, tanto para ser contrapeso del Poder Ejecutivo, como para acompañarlos en la corresponsabilidad de gobernar a través de la aprobación del marco jurídico, de los presupuestos de egresos, nombramientos de altos funcionarios, así como a través de la fiscalización de los recursos públicos, entre otros aspectos destacados

Así, coincidimos con lo expresado en la doctrina española por Antonia Martínez (2000), quien, en la obra *El Congreso de los Diputados en España; funciones y rendimiento*, señala:

La concepción de que los parlamentos son instituciones multifuncionales ha acompañado la realización de investigaciones que superan el paradigma restrictivo referido. Además de las estrictamente decisionales, los Parlamentos han ido asumiendo la realización de otras funciones, algunas de las cuales son fundamentales en el rendimiento del sistema político. (pp. 14-15)

IV. Funciones del Poder Legislativo

Dada la dinámica y evolución de los órganos legislativos, desde un punto de vista teórico, la enumeración y clasificación de las funciones parlamentarias es una tarea compleja, lo que tiene justificación en que los parlamentos son considerados instrumentos políticos del principio de soberanía popular, misión que les confiere inevitablemente el derecho y el deber de intervenir, de diversas maneras, en la conducción de los asuntos públicos, según el régimen en el que actúen y el grado de desarrollo político.

Así, las funciones parlamentarias más comunes⁵ pueden ser clasificadas en⁶: representativas, deliberativas, financieras, presupuestarias, de control-fiscalización, orientación política, legislativas y jurisdiccionales.

Como es evidente, estas funciones no siempre son ejercidas en el orden mencionado y algunas de las acciones que sirven para una de ellas pueden también ser aplicadas en otras, de tal manera que se entretienen en la realidad los fenómenos políticos inherentes al ejercicio de la representación del electorado y de las distintas fuerzas sociales y económicas que cada realidad social genera, mismas que han de ser evaluadas, controladas, conciliadas y coordinadas con el fin de que formen un todo coherente. Como señala Cervantes Herrera (2006):

El Poder Legislativo, no solo tiene razón en el perfeccionamiento del sistema jurídico, como entidad fiscalizadora o de equilibrio entre los poderes sino además, en la capacidad de reflexión de los problemas o sucesos que inciden o emergen de la comunidad, para discutir y deliberar, y así, influir en las decisiones fundamentales que marcan el rumbo de la sociedad. (p. 340)

1. Control parlamentario

El control parlamentario⁷ es la actividad que ejerce el Congreso sobre los otros órganos del Estado, con el fin de supervisar que el desempeño de estos se lleve a cabo de acuerdo con lo prescrito por nuestra Carta Magna, lo que puede consistir en verificar si se han respetado esos principios protegidos.

El control parlamentario puede ser considerado un control de tipo político, principalmente porque no cuenta con un parámetro normativo, objetivado, no hay razonamiento jurídico necesario, para ello, dispone

⁵ Es complicado elaborar una lista exhaustiva de las funciones que un Parlamento. Pakenham (1990) —respecto del Parlamento inglés— señala como la taxonomía más aceptada la de: válvula de seguridad, legitimación latente, legitimación manifiesta, reclutamiento de la élite política, legislativa, articulación de intereses, resolución de conflictos, control del Gobierno y de la Administración, socialización política ciudadana y atención a demandas (citado por Martínez, 2000, p. 17).

⁶ Para la presente clasificación se adoptó la hecha por Francisco Berlín Valenzuela (1993), en *Derecho Parlamentario*, pero adaptada, desde luego, a la realidad de un congreso local, como lo es el Congreso del Estado de Guanajuato. Adicionalmente, se enriquece con los conceptos de Garabito y Cervantes (2005).

⁷ La función de control al Gobierno por parte del parlamento adquiere mayor importancia a medida que consolida la hegemonía de aquel en el proceso de producción normativa. Es la competición política la que ofrece a las cámaras la posibilidad de convertirse en arena para el control de la actividad gubernamental (Guerrero, 2000, p. 162).

de un importante medio de control que consiste en establecer pautas legislativas generales, para que se lleven a la práctica los programas que autoriza, del cual a su vez se desprenden otros medios que son:

- Crear la organización y división del Ejecutivo en la que se manejan los programas de gobierno;
- Proporcionar o no, recursos económicos para ponerlos en práctica; y
- Confirmar la designación de quiénes ocuparán los cargos administrativos principales para llevarlos a la práctica —en los casos en que cuente con las facultades para ello—.

2. El Poder Legislativo como contrapeso del Poder Ejecutivo

Antes del desarrollo de este apartado, cabe una breve referencia a la separación de poderes, a partir de las ideas de John Locke y Montesquieu, con respecto al equilibrio del poder y la separación de poderes como elementos indispensables para las funciones de control, a partir de la existencia de pesos y contrapesos.

El poder como característica deriva de dos aspectos fundamentales, de acuerdo con la concepción de Diego Valadés (1998): el orgánico y el funcional (p. 24), dentro de los controles políticos, los poderes Legislativo y Ejecutivo son los que tienen asignada esta función, la cual, además, es bidireccional⁸.

En este contexto, el control no se puede limitar solo a la supervisión de las actividades de otro o las propias, pues implica métodos que evitan ejercicios arbitrarios de poder. Así, una de las formas de equilibrar ambas necesidades —respetando las esferas de actuación de los poderes Ejecutivo y Legislativo— es estableciendo mediante el establecimiento de métodos de control, los cuales Susana Pedroza (1996) denomina «control legislativo» (pp. 193-194), y que en la Constitución se manifiesta a través de diversos actos, ya que todo tipo de control de la función pública encuentra su soporte en la Carta Magna, pues esta organiza al Estado mexicano y establece un sistema de control con base en equilibrios y contrapesos entre los poderes (Huerta, 1998).

⁸ Sobre este tema, Juan Miguel Alcántara Soria (1998) señala que en la visión del poder existen controles en los órganos que los integran y la interacción con otros poderes, la cual se sistematiza como controles verticales —esquemas o pautas de acción y de interacción que funcionan entre la totalidad de los órganos del Estado, por una parte, y el electorado por la otra— y horizontales —los que se establecen o ejercen dentro de un mismo nivel jerárquico, respecto de órganos de Estado, las que a su vez se clasifican en intraorgánicos e interorgánicos— (pp. 11-22).

Este tipo de facultades de control continuado tiene como finalidad que el Poder Legislativo sirva de soporte para que el Poder Ejecutivo se mantenga dentro de los límites que aquel le fijó al establecer el marco normativo, de ahí que gran parte del control se realice mediante la elaboración de leyes.

3. *Órgano depositario del Poder Legislativo en la entidad*

El artículo 37 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato mandata: «El Poder Legislativo se deposita en una Asamblea denominada Congreso del Estado Libre y Soberano de Guanajuato.»

4. *Evolución*

A lo largo de la historia constitucional de Guanajuato, se ha concebido la división de poderes como el modelo para el desarrollo organizacional político de la entidad —salvo los periodos en que se adoptó el modelo centralista—. El primer Congreso Constituyente de Guanajuato se instauró el 24 de marzo de 1824, y una de las primeras acciones que realizó fue que todas las autoridades civiles, militares, eclesiásticas y empleados del estado reconocieran la soberanía e independencia de su Congreso y juraran obedecer y hacer obedecer sus leyes, providencias y decretos (Preciado, 2010, p. 13).

La primera Constitución Política para el Estado de Guanajuato, de 1826, fue sancionada por su Congreso constituyente el 14 de abril, en congruencia con lo estipulado por la Federal de 1824, y señaló que la entidad contaría con un sistema de gobierno republicano, representativo y popular federado, previendo como depositario del Poder Legislativo un órgano unicameral, que se renovarían cada dos años. Con el advenimiento —en el segundo lustro de la década de 1830— de la Constitución conocida como «de las Siete Leyes», al Poder Legislativo se le restringieron sus atribuciones, y se involucró en su elección a los otros poderes, así como también a las juntas electorales de departamento. En 1835, Guanajuato se convirtió en Departamento, y se disolvió el Congreso del Estado, previamente se nombró a los miembros de la Junta Departamental; así, las leyes serían promulgadas solo por el Congreso Nacional, y las juntas departamentales únicamente conservaron la facultad de proponer leyes, siempre y cuando estas tuvieran relación con la aplicación y creación de nuevos impuestos, educación pública, industria y administración municipal (Preciado, 2010, p. 30).

Posteriormente, la Constitución de 1824 fue nuevamente el marco jurídico vigente en el estado. Sin embargo, después de poco más de

seis años, en 1853, dejó de aplicar de manera definitiva la Constitución Política local, pues al iniciar el último periodo presidencial de Antonio López de Santa Anna, se suprimió el sistema federal y se estableció de nueva cuenta el centralismo, lo que disolvió el Congreso General y se le otorgaron facultades extraordinarias para legislar a Santa Anna.

Tiempo después, el 18 de octubre de 1855, el gobernador Manuel Doblado expidió el Estatuto Orgánico Provisional de Guanajuato, instrumento que hizo las veces de constitución. Este instrumento establecía que, de acuerdo con las condiciones especiales prevalecientes —artículo 23—, el gobernador ejercería los poderes Ejecutivo y Legislativo, y se apoyaría de un Consejo de Gobierno compuesto por cinco individuos, quienes tendrían la tarea de presentar proyectos de leyes y decretos útiles, así como ofrecer consultas en los negocios en los que se les pidiera su dictamen (Preciado, 2010, p. 40).

La expedición de la Constitución federal del 5 de febrero de 1857 derivó en la instalación, en Guanajuato, de un Congreso Constituyente que elaboró una nueva constitución, la cual fue sancionada el 14 de marzo de 1861 y publicada el 1 de abril de 1861, mientras que el primer Congreso se instauró el 1 de junio⁹.

Nuevamente el orden jurídico se vio interrumpido con la intervención de las fuerzas francesas en 1863, y cobró vigencia, en gran parte del territorio nacional, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, a partir de lo cual se dividió el país en departamentos y estos en distritos; una vez expulsadas las fuerzas francesas, recobró vigencia la Constitución de 1861.

La Tercera Constitución Política fue firmada el 3 de septiembre de 1917 y promulgada el 16 de septiembre del mismo año, y los artículos 28 y 35 establecieron:

Artículo 28. El Poder Legislativo se deposita en una Asamblea denominada «Legislatura de Guanajuato».

Artículo 35. La Legislatura del Estado se compondrá de quince Diputados propietarios, electos por Distritos electorales cada dos años, en la forma que determine la ley. Por cada Diputado propietario se nombrará un suplente.

⁹ Congruente con la Constitución federal de 1857, la Constitución de 1861 estableció que el estado contaría con un sistema de gobierno republicano, representativo y popular, así como la división de poderes en: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; previno que el Legislativo sería unicameral, y que residiría en una asamblea denominada «Congreso del Estado de Guanajuato», integrada por representantes nombrados en su totalidad cada dos años. La numeración progresiva actual de las legislaturas que a la fecha llega a la LXII, tuvo su origen en esta primera legislatura, a partir de la cual no se interrumpió la numeración, ni aún con la promulgación de la Constitución de 1917.

Durante la XLIX Legislatura, se reformó y adicionó la Constitución Política del Estado en los términos del artículo 119 de la misma, a través del Decreto 274, publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* del 28 de marzo de 1976, el cual contempla los artículos 46 y 50:

Artículo 46. El Poder Legislativo se deposita en una asamblea denominada Legislatura de Guanajuato.

Artículo 50. La Legislatura de Guanajuato se compondrá de representantes populares, denominados Diputados, electos cada tres años mediante votación directa, secreta uninominal, por mayoría relativa, en número igual de distritos en que se divida, el Estado, apegándose a lo dispuesto por la Ley Electoral. Por cada Diputado Propietario se elegirá un Suplente.

Finalmente, en la LII Legislatura, se reformó y adicionó la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, en los términos del artículo 145 de la misma, a través del Decreto 147, con el texto de los actuales artículos 37 y 41:

Artículo 37. El Poder Legislativo se deposita en una Asamblea denominada Congreso del Estado Libre y Soberano de Guanajuato.

Artículo 41. El Congreso del Estado de Guanajuato se compondrá de representantes populares electos en su totalidad cada tres años, mediante votación libre, directa y secreta. Por cada Diputado Propietario se elegirá un Suplente.

V. Conclusiones

Con el objetivo de facilitar el desarrollo del apartado conclusivo, este se ha tematizado con base en dos rubros: 1. gestión del Congreso en términos de profesionalidad; y 2. el Congreso como expresión de un poder independiente, con funciones intransferibles.

1. Gestión del Congreso en términos de profesionalidad

- a) El Congreso del Estado ha cumplido y cumple funciones decisorias para el funcionamiento del sistema político local. Ha desarrollado las que le están atribuidas explícitamente, dentro de unos parámetros homologables a la de otras entidades federativas.
- b) La legitimidad de las determinaciones del Congreso del Estado no debe basarse solo en la existencia de procedimientos democráticos, sino que debe precisar el afianzamiento de prácticas deliberativas;

- toda vez que debe continuar siendo un escenario transparente y abierto al debate público, a fin de continuar siendo legítimo.
- c) Los estudiosos del procedimiento legislativo han llamado la atención sobre el hecho de que este no constituye ya en sí un instrumento garantista, sino que se ha dado un tránsito del concepto de procedimiento como garantía al concepto de procedimiento como participación, en la búsqueda precisamente de la eficacia de la norma, tanto en su proceso de creación, como en su resultado de instrumento distribuidor de recursos económicos y prestaciones sociales.
 - d) Un problema que ha impedido el crecimiento y fortalecimiento del Poder Legislativo es que, aparentemente, «no se sabe qué hacer» con el pluralismo de los órganos camerales, ya que, en apariencia las prácticas y las normas no favorecen el arribo de consensos. Esto se debe a que el control es piramidal, es decir, las decisiones se toman solo en las cúpulas de las coordinaciones de los grupos parlamentarios, en lo que algunos politólogos denominan «la burbuja» (el grupo compacto alrededor del coordinador).
 - e) La eficiencia y eficacia de las legislaturas se debe medir a partir, no del número de iniciativas, sino de la forma en que estas se procesan y permiten contar con un marco jurídico acorde a las necesidades de la Administración Pública y de las demandas de la sociedad actual. Es decir, que cuenten con las bases jurídicas para desarrollar una economía para las personas; que fomente el empleo y la competitividad, así como la atracción de inversiones, en un marco de respeto al medio ambiente; que permita el desarrollo de servicios públicos eficaces y eficientes, todo ello en un marco de paz y seguridad.
 - f) Resulta necesario el fortalecimiento de las comisiones, como órganos preparatorios con facultades decisorias. En el caso de las comisiones de investigación, estas deben contar con facultades plenas, y no solo respecto del Poder Ejecutivo, sino también respecto de organismos autónomos.
 - g) La existencia de un programa anual de trabajo —ajeno a la fecha de la normatividad legislativa— es un elemento que, combinado con la agenda legislativa, permitiría lograr un trabajo más ordenado y eficiente que permita su calendarización.
 - h) Deben perfeccionarse los mecanismos de enlace e información entre las dependencias del Ejecutivo y el Congreso, para favorecer así la efectiva rendición de cuentas y el diálogo entre poderes. Resultaría necesario contar, por cada periodo, con una agenda mínima en acuerdo con el Poder Ejecutivo.

- i) Es necesario fortalecer el servicio profesional de carrera, para los funcionarios del Poder Legislativo, lo que redundaría en la institucionalización y profesionalización del Congreso del Estado, ya que un eficiente apoyo técnico es un elemento indispensable para poder coadyuvar con el trabajo político de los legisladores.

2. *El Congreso como expresión de un poder independiente con funciones intransferibles*

- a) El Poder Ejecutivo debe estar seguro de conseguir la aprobación de sus proyectos legislativos al interior del Congreso en un plazo razonable. Ello, a partir de un dato incuestionable: el Ejecutivo es el poder impulsor de todo el sistema y cuenta con una mayoría estable. Por ello, el procedimiento legislativo ha de tener en cuenta tales factores y estructurarse de manera que pueda realizar su programa político-legislativo sin que se le impongan restricciones excesivas para su puesta en marcha.

Esto no impide que la oposición y los legisladores, en lo individual, tengan la oportunidad de discutir y tratar de modificar las previsiones consideradas importantes. Es decir, los «privilegios» gubernamentales en la tramitación de sus proyectos no deben afectar a las posibilidades reales de debate y modificación parlamentaria.

Todas las partes de un proyecto deben ser consideradas en forma adecuada, aunque ello no implica que con el mismo trato.

- b) Las comisiones legislativas deben recibir información directa y completa sobre el significado y efectos de la legislación propuesta.
- c) A lo largo del procedimiento, debe promoverse la mayor publicidad posible, lo que requiere, entre otras cuestiones, que la legislación sea fácilmente comprensible para la opinión pública.
- d) La programación de los trabajos legislativos debe repartir equitativamente el estudio de los proyectos a lo largo de los periodos de sesiones, lo que evitará la práctica de acumular el trabajo al final de estos.
- e) El trabajo de las cámaras no termina con la aprobación de las leyes, debe ir más allá: asumir como función esencial el examen y, en su caso, la reforma de la legislación vigente. Se debe revisar el orden jurídico vigente y, de esta forma, ubicar y abrogar el derecho que, si bien es positivo, es caduco. El ejercicio de evaluación *ex post* establecido en la Ley Orgánica del Poder Legislativo, así como la implementación de una unidad administrativa *ex profeso*, patentiza el interés de la legislatura.

Es necesario desarrollar nuevos paradigmas respecto de la creación normativa —dado lo poco funcional del actual—, pues no debe implicar solo la creación de nuevas leyes; es necesario empezar el análisis de las leyes innecesarias, es decir, entrar en la revisión de la derogación y abrogación de leyes.

VI. Fuentes

1. Bibliografía

- ALCÁNTARA SORIA, J. M. (coord.). (1997). *Modelo de Desarrollo Parlamentario de Acción Nacional*. México: Coordinación Nacional de Diputados Locales del PAN. (1998). Inaugurando una nueva relación entre poderes. *Quórum*, (63), 11-22.
- ALONSO DE ANTONIO, J. A. y ALONSO DE ANTONIO, A. L. (2000). *Derecho Parlamentario*. España: J.M. Bosch Editor.
- BERLÍN VALENZUELA, F. (1993). *Derecho Parlamentario*. México: FCE.
- BUFALÁ DE FERRER-VIDAL, P. (1999). *Derecho Parlamentario*. México: University Press.
- BURGOS GARCÍA, E. (2017). Comentario al artículo 70 en Cossío Díaz, J. R. (coord.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada. Tomo II*. México: Tirant lo Blanch.
- CABADA HUERTA, M. (2005). Desarrollo Institucional del Congreso de la Unión. *Quórum*, (83), 11-116.
- CERVANTES HERRERA, J. (2006). Comentario al artículo 63. En *Constitución Política del Estado de Guanajuato. Edición comentada*. México: Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato.
- GARABITO MARTÍNEZ, J. y CERVANTES GÓMEZ, J. C. (2005). El fortalecimiento del Congreso en el marco de la Reforma del Estado. *Expediente Parlamentario*, (5), 9-171.
- GUERRERO, E. (2000). La actividad del Congreso: una evaluación. En *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*. Madrid: Tecnos.
- HUERTA OCHOA, C. (1998). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- LUJAMBIO IRAZÁBAL, A. (1993). ¿Para qué servirían las reelecciones en México? *Quórum*, II (13)
- MARTÍNEZ, A. (coord.). (2000). *El Congreso de los Diputados en España: funciones y rendimiento*. España: Tecnos.

- MORALES ARROYO, J. M. (1990). *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- PEDROZA DE LA LLAVE, S. T. (1997). *El Congreso de la Unión. Integración y regulación*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (1996). *El control del gobierno: Función del «Poder Legislativo»*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- PRECIADO DE ALBA, C. A. (2010). *Guanajuato, Historia de las Instituciones Jurídicas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República.
- TOSI, S. (1996). *Derecho parlamentario*. González Rodríguez, M. A. (trad.). México: Comité del Instituto de Investigaciones Legislativas, Miguel Ángel Porrúa.
- VALADÉS, Diego. (1998). *El control del Poder*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- VALENCIA CARMONA, S. (1994). El Legislativo en la Actualidad. En *El Poder Legislativo en la actualidad*. México: Cámara de Diputados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.

Reglamento del Congreso de los Diputados. (1982). España.

3. Jurisprudencia

Tesis xxiv.1o.13^a. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1694.

Argumentación y técnica legislativa exigida en el proceso legislativo del Estado de Guanajuato

Antonio Silverio Martínez Hernández*

SUMARIO: I. Introducción. II. Exigencias en la democracia. III. Estado de derecho como ideario político-jurídico. IV. La técnica legislativa. V. El canon constitucional de razonabilidad en la argumentación del proceso legislativo. VI. El proceso legislativo en el Estado de Guanajuato. VII. Conclusión. VIII. Fuentes.

I. Introducción

En el actual posicionamiento de la democracia como sistema político-jurídico, indudablemente debemos destacar la importancia que tiene la argumentación como parte fundamental de los estados que han consolidado una perspectiva de responsabilidad en el ejercicio del poder público. El hecho de que todas las autoridades deban sujetarse a un ordenamiento constitucional hace posible y necesaria la identificación de su actuación con perspectivas de respeto, tanto a la misma normatividad como a los derechos humanos que están contemplados en ella.

En el ámbito del proceso legislativo, la argumentación jurídica debe ser introducida por la misma autoridad o, en atención a la técnica jurídica, por el cuerpo de servicios especializados que colabora con el órgano parlamentario o asamblea legislativa. Esto con la finalidad de sustentar una respuesta estatal en la generación o reforma de contenidos normativos vinculantes. Ya que la argumentación es la base requerida para fundamentar —como está previsto desde lo constitucional—, debe

* Licenciado en Derecho, Maestro en Justicia Constitucional, y en Ciencias Jurídico Penales, y doctorando del programa de Estudios Jurídicos, Políticos y de Gobierno de la División de Derecho, Política y Gobierno, de la Universidad de Guanajuato. Miembro de la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional y del H. Colegio de Abogados de Guanajuato.

guiar el inicio y fin de toda actuación de autoridad que esté reconocida en la norma.

II. Exigencias en la democracia

La democracia existe, o pervive, porque genera un orden que se manifiesta a través de un gobierno, el cual debe ser argumentativo tanto con respecto a sus instituciones como a sus acciones, y debe tomar como sustento las posturas (argumentos) que sean razonables o racionales; a saber, dichas características se presentarán cuando los actos sean entendidos y comprendidos por los demás (Torre, 2014, p. 19).

Como constructo de la sociedad, la democracia, según Torre (2014), tiene una serie de suposiciones que nos permiten articular su comprensión o precomprensión general, a partir de nueve rasgos:

1. La idea fundamental de que la comunidad política con los rasgos distintivos de una democracia se construye desde abajo, y que estará recogido por el grupo más amplio de ciudadanos.
2. Es necesaria una esfera pública para la discusión, en la que se exponga información con valor de verdad, con los objetivos de estar fundada, obedecer a una buena fe, al acceso a la educación e información, que deje a salvo a la ciudadanía de una influencia o manipulación de quien posee la información o la educación en forma desigual a los demás.
3. La confianza de una soberanía que le corresponde a la sociedad para que, a través de una institución pública como es el Estado, se pueda dar respuesta a las necesidades de la ciudadanía.
4. El requerimiento de presuponer y a la vez aspirar a una sociedad sin desigualdades sociales o sin personas excepcionales. Con ello tiene que procurarse que el autogobierno en democracia esté ejercido no por personas mejores o excelentes en relación con las sujetas de dirección por la autoridad, dado que debe de procurarse una identidad entre ambas.
5. La distinción clara entre bien público e interés privado, para poder establecer una primacía de lo que es un bien para la comunidad, no en términos de adición o simple agregación, sino como derechos que les corresponden a todas las personas por ser fundamentalmente necesarios e indispensables para que persista la sociedad.
6. Se asume una idea de reglas fundamentales para la convivencia civil, el derecho fundante o la Constitución tienen, por tanto, un carácter de difícil disposición o de permanente discusión pública,

- puesto que representan valores que son fruto de un consenso y, por ello, su valor político se deriva de dicha discusión pública.
7. La ciudadanía se define como «el reconocimiento mutuo de derechos y cumplimiento de las normas constitucionales de la comunidad política. Esa es la otra cara de la soberanía. Y es paralela a esta *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, la capacidad de autodefinición de la propia identidad y del propio derecho. Es por esto que, entre los derechos, los de ciudadanía, es decir, los políticos, juegan un papel central. Tanto es así que, como se recordará, para Hannah Arendt solo hay un derecho humano digno de ese nombre, y no meramente retórico, que es el derecho *de* ciudadanía y el derecho *a* la ciudadanía, como derecho a tener derechos y como derecho a definir y producir sus propios derechos» (p. 26). Lo que representa un *status* democrático de dignidad legislativa o de identificación de manifestación de autogobierno.¹
 8. En relación con la participación, la democracia presupone que las personas deben ser capaces de pensar y practicar la política como un asunto de todos pues, en un sistema político, el papel de los expertos es necesariamente secundario, lo que no impide que puedan confluír en el ejercicio de las funciones para alcanzar los fines de las sociedades. Lo que sí es indispensable es tratar que las personas que dirigen en función de la legítima autoridad, tengan un mínimo de saber en su actuar para acoger las significaciones y consecuencias de las acciones emprendidas durante su gestión.
 9. La irreverencia es el último rasgo de las suposiciones para comprender la democracia: personas en confrontación, pues la democracia es, también, un escenario en el que se puede disentir. Esto se debe a que, de inicio, hay una identificación en la sociedad, por la cual se participa en busca de los mismos fines. Aun así, lo contrario no impide que se viva según como cada persona quiera, sin llegar a una simulación de la anarquía —una condición política sin autoridad, lo que representaría en sí una agonía de la democracia— (pp. 24-27).

Estos rasgos son, como se dijo, suposiciones que permiten estructurar la idea general de lo que le concierne a la democracia. De forma

¹ En este sentido, refiere el caso de la ciudadanía europea introducida por el Tratado de Maastricht, que puede ser considerada como una titularidad de derechos, pero ya no como una dignidad legislativa, al ser reconocida en un instrumento internacional por los Estados y no de una fuente directa de la definición de autogobierno, representación o participación democrática de la misma ciudadanía.

ideal, en una democracia no podría faltar ninguno de ellos, sin embargo, es posible que las mismas personas que viven en un sistema que se identifique como democrático ignoren alguno de ellos, lo que no es, de forma alguna, una limitante para asumir que esta es una sociedad democrática (independientemente de que la democracia se practique sin un reconocimiento formal, lo que lo tornaría limitado en su actual observación).

En este sentido, es importante recordar que la democracia debe ser concebida como un sistema de gobierno para asegurar, en una deliberación, las mejores condiciones que correspondan a la formulación de una voluntad, y no únicamente como un mecanismo para agregar preferencias de otras personas a un grupo (Bayón, 2014, p. 45). Tomando en consideración los niveles o escenarios en los que se puede manifestar la democracia o las acciones democráticas, sería apresurado establecer que se gobierna con la aprobación de la mayoría, pues una mayoría en un nivel inferior o subunidad puede ser una minoría en la apreciación general de la población de un estado. Esto nos coloca, inevitablemente, en un sistema abierto donde el *demos* exige la identificación lingüística y cultural para sumar a las personas que quieren y pueden asumir las implicaciones de la codificación compartida (p. 49).

Los desafíos que implican un verdadero reto para la democracia son el acceso equitativo al espacio público, así como la distribución del poder y de los recursos materiales y adquisitivos (riqueza). Por elemental que nos parezca, no se puede dejar de referir que el conflicto actual no es necesariamente de culturas, al menos no es universal, mayoritario o uniforme, como tampoco lo es sobre las formas de concebir y aceptar el mundo, con los medios que se nos ofrecen para convivir en sociedad (Lucas, 2014, p. 59).

III. Estado de derecho como ideario político-jurídico

El uso de «Estado de derecho» como término en sí mismo es controvertido, porque *Rechtsstaat*, *etat de droit* y *rule of law* tienen un significado diferente en cada idioma que revista los fines de un Estado. No obstante, guardan un significado histórico mínimo, al tratar de comunicar el entendido que deben tener las personas con referencia a una ley formalmente redactada, pública y general, atribuible a una autoridad estatal (O'Donnell, p. 4). Como concepto político y jurídico que acepta, adopta o entraña razonabilidad, el Estado de derecho representa un avance hacia un ideal de institución y se consolida en el Estado constitucional de derecho pues, desde el primer antecedente del *rule of law*

en su concepto inglés, tiene un carácter preconstitucional surgido en el siglo xvii, que significa el sometimiento a la ley al que todos los órganos y personas que ejercían el poder estaban sometidos. El segundo antecedente es el modelo que nace de la Revolución francesa a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789; y la tercera manifestación se da con el *Rechtsstaat*, voz acuñada por el jurista y político alemán Robert von Mohl, para significar la regulación, sometimiento y control de la colectividad, así como la actuación de los órganos del poder público que están sujetos al derecho (Rendón, 2014, pp. 51-53).

La fórmula «Estado de derecho» ocultó la problemática que encierra el que la política tenga límites jurídicos, con una legitimación de necesidad y como concepto descrito, con los beneficios arrojados al sistema político, se observaron como dos sistemas diversos, clausurados en su operación con sus respectivas fórmulas, codificaciones y programas, pero la percepción de unidad de estos dos escenarios se debe al concepto de Estado de derecho (Luhmann, 2005, pp. 483-484). La explicación a la llegada de este sistema político y social no es sencilla de reseñar, ya que abarca una gran cantidad de procesos históricos que, en todo caso, reflejan avances políticos, jurídicos, sociales y materiales. Como mera referencia —que no pretende agotar cada uno de esos estadios— se anota, únicamente, el poder ilimitado e inagotable en manos del monarca; de acuerdo con Jean Bodin, el soberano no solo tenía un poder absoluto sino también perpetuo (Bobbio, 1984, p. 23).

Para Nino, el derecho, y con él lo constitucional, tiene un origen político. La forma en la que se reconoce y produce es una actividad democrática, despolitizarlo es privarlo de toda legitimación, porque, para considerarse con fuerza, tiene que gozar de una justificación para estatuir acciones, límites, derechos, organización estatal, entre otras cuestiones (citado por Pozzolo, 2007, p. 195).

De inicio, la constitución está basada en la defensa de los derechos de las personas en una sociedad como el principal pacto de democracia. Sin embargo, esto solo se logra a través de la asunción de la supremacía de la constitución, o de lo constitucional, que se traduce en el deber de las instituciones para respetar los límites formales y sustanciales que la constitución establece, es así, como las autoridades de los poderes públicos u órganos autónomos no pueden violarla (Prieto, 2009, pp. 147-149).

El Estado de derecho se constituye así como un puntal de las democracias de buena calidad, en las que el Estado se cierra para que nadie esté por encima de nadie y, a su vez, nadie esté fuera del sistema

—o, al menos, no debería haber región alguna fuera—, así, el Estado se «cierra» (O'Donnell, pp. 8-10).

No obstante, no debemos confundir la supremacía constitucional con la rigidez que debe o puede guardar. Ferreres, Laporta y Sanchís exponen que una constitución flexible puede resultar perfectamente democrática y sin objeciones, tanto cuanto más se ejerza una efectiva garantía judicial en el ámbito del control constitucional, así la supremacía permanece como una exigencia del Estado de derecho, pues la flexibilidad de una constitución no impugna, necesariamente, la supremacía constitucional (Prieto, 2009, pp. 139, 153, 155).

IV. La técnica legislativa

Como parte del Derecho Parlamentario, la técnica legislativa tiene como objeto de estudio el conocimiento de los pasos que se adoptan para la elaboración y adecuada redacción de las leyes en general y de las disposiciones normativas particulares, así como para sus reformas o enmiendas. Por tratarse de un saber específico y sistematizado, está encuadrado en lo que algunos autores denominan Teoría de la Legislación. De igual forma, por sus características, funciona como un vínculo entre la norma fundamental del Estado y la legislación ordinaria. El objeto de la técnica legislativa está comprendido en dos partes: la general y la especial. De la primera, su contenido está formado por: a) los temas relativos al lenguaje legal, que se consideran con una relativa autonomía y especificidad; y b) los temas referentes a la estructuración, composición y sistematización de las leyes y disposiciones jurídicas en general. En la segunda, que es la parte especial, se aglutinan los criterios que deben observarse para elaborar los diversos tipos de disposiciones legales, desde su inicial creación, así como las que tienen por objeto introducir reformas a normas ya existentes (Nava, pp. 176-178).

Si bien, la técnica legislativa aparece como una herramienta pre-legislativa, en apreciación de Atienza, también participa de forma posterior a la promulgación. En ese sentido a la ciencia jurídica, que está basada en el derecho positivo, también le interesa la participación de la técnica legislativa, para establecer una adecuada interpretación que sustente su dogmática. De forma complementaria, a la técnica legislativa también le interesa el después de la vigencia, porque así puede valorar la producción legislativa (Nava, p. 178), y podrá introducir reformas, para modificar o adecuar la disposición, o abrogarla de ser necesario.

Con base en la racionalidad lingüística que obedece a la técnica legislativa, el lenguaje legal o jurídico debe estar precedido por reglas

de economía, seguridad y funcionalidad comunicativa, con un léxico específico que tienda a la precisión; en esto intervienen los aspectos estilísticos, ortográficos y léxico-semánticos. Aunado a ello, se requiere una racionalidad jurídico-formal, racionalidad programática, teleológica y ética (González y Sierra, 2006, pp. 154-160). Todo lo anterior contribuye a la seguridad jurídica, la cual, como John Finnis nos refiere, funciona para darnos precisión, especificidad, claridad y hacer predecibles las relaciones humanas y, en consecuencia, seguras. Por lo tanto, es necesario un procedimiento para la formulación de la ley y la sujeción a esta —aun cuando se trata del actuar de la autoridad— que permita reconocer el sistema legal como una faceta del sistema social global (citado por O'Donnell, p. 5).

El sistema legal organiza, estabiliza y regula las relaciones de la sociedad, en esta fase, el Estado legal penetra y organiza la sociedad, y provee de estabilidad nuestras relaciones, pero, para tener un Estado de derecho efectivo, según Linz y Stepan, además de la legislación, se debe contar con agencias estatales que guarden una competencia estructural con la misma legislación y puedan hacer realizables los alcances concretos que se les consagra en el texto normativo (citados por O'Donnell, pp. 7, 10, 14).

De acuerdo con Alexy, se pueden identificar cuatro niveles dentro del modelo procedimental de un sistema jurídico: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico; y 4) el procedimiento del discurso judicial. Según el autor, en la transición del primer al segundo nivel se constata el ámbito de lo discursivamente posible y los discursos reales. Este segundo nivel corresponde a un aspecto institucionalizado, además, en esta fase no solo se argumenta, sino que se decide, sobre las disposiciones iusfundamentales (constitucionales), los actos de leyes ordinarias y sobre la autoridad legislativa. Sin embargo, en este caso, la función legislativa obedece, en primer lugar, las disposiciones iusfundamentales, a pesar de su abstracción, apertura e ideologización, pues el procedimiento de creación jurídica es un punto de encuentro entre los dos primeros niveles. Esto implica que se tienen que respetar los derechos fundamentales, los cuales están protegidos por el mismo orden constitucional (Vigo, 2014, pp. 75-76).

Una constitución democrática asegura, principalmente, los espacios de libertad que los derechos humanos posibilitan, por lo tanto, son factibles los ámbitos de crítica sobre la competencia democrática y se permite la revisión de las decisiones legislativas emanadas por un órgano parlamentario. Por su parte, los derechos constitucionales para las personas son normas de competencia negativa para el legislador,

en tanto determinan que no le corresponde decidir sobre ellos. Esto se complementa con la postura de Alexy sobre la contraposición de sistemas jurídicos modernos con modelos de constitucionalismo o legalismo. Esta contraposición está basada en cuatro puntos centrales, de entre ellos, se destacan tres, en relación con la necesidad de argumentación en el ámbito de la actividad legislativa. Primero, se destaca la necesidad de atender los valores y los principios, y no solo las normas jurídicas ya concluidas. Segundo, debe atenderse tanto la autonomía del Poder Legislativo como la autoridad judicial, y no dar prioridad a alguna de ellas. Finalmente, tercero, debe sostenerse la omnipresencia de la constitución sobre el derecho ordinario (Vigo, 2014, p. 76).

V. El canon constitucional de razonabilidad en la argumentación del proceso legislativo

En apreciación de Rendón (2018), todo ejercicio del poder público debe estar sometido a límites que puedan garantizar los derechos esenciales, para evitar los posibles vicios que pueda generar una realidad social con una crudeza que no debería concretarse. De ahí la necesidad de atender, bajo un llamado específico, la defensa de la efectividad que puede tener un canon constitucional de razonabilidad, lejos de que pueda ser considerado algo meramente instrumental (p. xxv). En los sistemas jurídicos contemporáneos, los ámbitos de indeterminación pueden ser verificados, esto podría generar interpretaciones erradas, ilógicas o carentes de razón, por lo que se acrecienta la necesidad de establecer un grado de responsabilidad —congruente— para quienes deciden un determinado acto. Por tanto, este es perfectamente compatible con actos emitidos por la autoridad legislativa, administrativa o jurisdiccional.

Debe quedar claro que el entendimiento de la dimensión de la razonabilidad de la decisión de toda autoridad es obligatorio, y no puede concluir en una expresión de formalidad que únicamente atienda lo establecido por la ley. El concepto material de razonabilidad es ostensible a cualquier autoridad obligada desde lo constitucional; puede apoyarse en análisis, evidencias, razones y en toda su capacidad para convertir sus palabras en un argumento sólido, y comunicar a las personas o a otras autoridades la vinculación de los contenidos de su argumento con los supuestos jurídicos, en atención a su competencia (pp. xxv-xxvi).

La creación, interpretación y aplicación de la norma implican operaciones lógicas que deben asegurar la razonabilidad, partiendo de una vertiente analítica que concluye, finalmente, en su verificación conforme a los derechos humanos (pp. xxvi-xxvii), y que nos brinda una

total seguridad jurídica. Por lo que habría que dejar de considerar como inadecuado el que toda la legislación pueda tener una falta de puntualización sobre la conformación de todos los casos posibles, actuales y futuros.

Una vez finalizado el proceso de creación de la norma, no es posible garantizar una solución para cada caso, en razón de la vaguedad del lenguaje jurídico y la imposibilidad de prever todas las constelaciones de cada caso. Para esto, Alexy propone la argumentación jurídica que es posterior a la norma, con supuestos de: a) atención de normas vigentes, constitucionales y ordinarias; b) considerar los precedentes judiciales; c) atender el dogma de la ciencia jurídica institucionalizada, y d) la emisión de actos racionalmente fundamentados, correctos (citado por Vigo, 2014, p. 77).

Como caso extremo e histórico, basta recordar el *non liquet* —que en latín significa «no está claro»— que le estaba permitida a la autoridad jurisdiccional para no resolver un caso determinado, ya que la disposición en la que se basaba la pretensión o que regulaba los supuestos presentados a su estudio no era clara, lo que posibilitaba dejar sin solución un asunto de forma indefinida (Rendón, 2018, pp. 19-20). El interés que debemos tener por la razonabilidad no es algo nuevo, pero sí se ha conformado como un enfoque diferente para una toma de postura de la autoridad bajo una conciencia que pueda ser comprendida porque, además, debe ser explicada. En ese sentido, se constituye como un concepto metapositivo (p. 68), más allá del derecho escrito. Habría que dar un paso adelante y dejar de considerar el contenido semántico de los conceptos jurídicos indeterminados como algo contingente, para entenderlos como algo necesario (algo que está determinado en la legislación bajo el sistema de competencias) y que impondrá a la autoridad el análisis de todos los casos, entre ellos el imprevisto, tomando una postura bajo la conciencia de su función en atención al ordenamiento. La claridad, entonces, es el primer requisito de una norma para que pueda ser realizada, porque es impracticable de forma correcta lo que no se comprendió bien; aun así, habrá casos donde la duda u oscuridad se encuentre en la persona que intenta interpretar, mas no en la norma.

VI. El proceso legislativo en el Estado de Guanajuato

Por lo que respecta a las exigencias de la argumentación y constatación de la técnica legislativa en nuestro estado, la Constitución Política para el Estado de Guanajuato (en adelante CPEG) establece en su artículo 56 que el derecho de iniciar leyes o decretos compete al titular de la

gubernatura del estado; a las diputadas y diputados del Congreso del Estado; al Supremo Tribunal de Justicia en el ramo de sus atribuciones; a los ayuntamientos o concejos municipales; y a los ciudadanos que representen, cuando menos, el cero punto cinco por ciento de la lista nominal de electores correspondientes a la entidad y reúnan los requisitos previstos en la Ley de Participación Ciudadana para el Estado de Guanajuato. En el caso de que el Congreso del Estado de Guanajuato (en adelante Congreso) llegara a emitir una resolución sobre las iniciativas, pueden ser con el carácter de leyes o decretos, o bien, los acuerdos, de cuyo contenido, al igual que los dos supuestos anteriores (leyes o decretos), tiene que estar interpretado con la integración del artículo 204 de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato (en adelante LOPLEG).

El proceso legislativo se encuentra regulado dentro del Título séptimo de la LOPLEG, de tal forma que el artículo 167 retoma a quién le corresponde el derecho de iniciar leyes o decretos, y desarrolla, nuevamente, las posibilidades de las autoridades y personas que están detalladas en los supuestos del mencionado artículo 56 de la CPEG.

Para el caso de la argumentación y la técnica legislativa, es importante destacar lo que se contempla en el artículo 168 y 209 de la LOPLEG. Para el primer caso (artículo 168), se desarrolla el requerimiento aplicable a toda iniciativa que es turnada a una Comisión Legislativa Permanente o Unida del Congreso, pues se exige que las iniciativas de ley o decreto se presenten por escrito y que contengan una exposición de motivos, en la que se exprese el objeto de las mismas, así como las consideraciones jurídicas que las fundamentan (fracción 2); el texto normativo de la propuesta (fracción 3); y el régimen transitorio (fracción 4). En el artículo 209 de la LOPLEG, está previsto que las iniciativas de ley o propuestas formales de modificaciones a la normatividad, deben contener una evaluación de impactos, en el que se consideren, al menos, los siguientes aspectos: el impacto jurídico (fracción 1); el impacto administrativo (fracción 2); el impacto presupuestario (fracción 3); y el impacto social (fracción 4). De forma complementaria, en un párrafo aparte, el propio numeral establece que, de ser necesario, no se menoscabará la pertinencia de incorporar otros estudios de impacto, de acuerdo con las distintas temáticas de la iniciativa, como podría ser el impacto ambiental o de género, siendo estos escenarios meramente enunciativos.

La evaluación de la normatividad anterior, actual y la que es necesaria implementar, ahora es una obligación del Congreso, pues el artículo 210 de la LOPLEG les constriñe para que toda iniciativa de ley, decreto o acuerdo aprobado por esta autoridad (Congreso) esté sujeto

a un proceso de evaluación de impacto *ex post*, que tendrá que dotar de elementos suficientes a las diputadas y diputados, para que estén en posibilidades de decidir sobre su modificación o derogación. En el caso de iniciativas ya aprobadas o que ya fueron publicadas, la Unidad de Seguimiento y Análisis de Impacto Legislativo (en adelante USAIL) tiene que implementar un mecanismo de evaluación y seguimiento a las leyes que están vigentes y de las reformas que les sucedieron, a efecto de realizar el análisis *ex post* procedente y *ad hoc* a cada concreción que se va a reformar o implementar en la normatividad, lo que está integrado a las funciones de la USAIL en el artículo 282 de la LOPLEG.

Además de las obligaciones mencionadas para los iniciantes ante la CPEG y la LOPLEG —que son los principales obligados a atender las particularidades de la argumentación y la técnica legislativa— el artículo 50 de la LOPLEG contempla los órganos que integran el Congreso, mediante los cuales funciona y se organiza para llevar a cabo su actividad legislativa, como lo son el Pleno del Congreso (fracción 1), la Mesa Directiva (fracción 2), la Diputación Permanente (fracción 3), la Junta de Gobierno y Coordinación Política (fracción 4), y las Comisiones Legislativas permanentes, unidas o especiales (fracción 5), según existan o se requieran.

Con las anteriores prevenciones, tanto los iniciantes como todos los órganos encargados de ejercer la función legislativa, son quienes deben contemplar los requisitos de argumentación y técnica legislativa. Como todos los órganos parlamentarios, el Congreso cuenta con la Dirección General de Servicios y Apoyo Técnico Parlamentario (DGSATP, artículo 272 de la LOPLEG), que es el órgano técnico que auxilia a la Mesa Directiva, las Comisiones Legislativas y los diputados, en todo lo relacionado con el ejercicio de las funciones legislativas, por lo que debemos destacar, al menos, las siguientes funciones, que involucran la constatación de argumentación y técnica legislativa:

1. Preparar y desarrollar los trabajos de apoyo a las sesiones de Pleno.
2. Asistir a la Mesa Directiva, con asesoría técnica en los trámites de las comunicaciones y correspondencia, así como turnos, control de documentos y desahogo del orden del día.
3. Apoyar a la Mesa Directiva en el protocolo y ceremonial.
4. Registrar y dar seguimiento a las iniciativas, minutas de ley o de decreto.
5. Distribuir los documentos sujetos al conocimiento del Pleno y Diputación Permanente.

6. Apoyar a los secretarios de la Mesa Directiva para verificar el cuórum de asistencia, así como para levantar el cómputo y registro de las votaciones.
7. Elaborar y registrar las actas de las sesiones.
8. Prestar los servicios de apoyo en las Comisiones Legislativas, a través de sus secretarios técnicos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 79 de la Ley, relativos a:
 - a) organizar y registrar la asistencia a cada una de ellas;
 - b) dar seguimiento al estado que guardan los asuntos turnados a las Comisiones Legislativas;
 - c) registrar y elaborar las minutas de sus reuniones;
 - d) ejecutar los acuerdos de las Comisiones Legislativas;
 - e) elaborar los proyectos de dictámenes de los asuntos turnados a Comisiones Legislativas; y
 - f) dar opinión técnica legislativa y de práctica parlamentaria de los asuntos que le sean consultados por la Presidencia de la Comisión a solicitud de cualquier integrante.
9. Asesorar en los asuntos legales del Congreso del Estado, en sus aspectos consultivo y contencioso.
10. Proveer de información los sistemas y plataformas electrónicos.
11. Coadyuvar en la atención de los juicios de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.
12. Revisar y corregir la redacción de toda resolución o dictamen aprobado por las Comisiones Legislativas o por el Pleno, respetando siempre el sentido estricto de lo aprobado.

Algunas de las funciones anteriores podrían considerarse como operativas de la LOPLEG, sin embargo, la técnica legislativa se confabula desde esos pasos iniciales para sustentar el proceso legislativo, con una sólida asesoría técnica contemplada en la fracción 2 del artículo 272 de la LOPLEG; 8, incisos e y f; y fracciones 10 a 12 de la misma disposición.

En actualización del segundo trimestre de 2018 del Manual de Organización de la Secretaría General del Congreso del Estado (en adelante Secretaría) y la Contraloría Interna, se contempla una Dirección de Proceso Legislativo que existe en función del artículo 258 de la LOPLEG, el cual, con base en este manual, existiría como unidad administrativa para colaborar con la Secretaría. Para efectos de este estudio, se menciona que, orgánicamente (en el estricto sentido de la falta de origen en la legislación orgánica), la Dirección de Proceso Legislativo no existe, por lo que no tendría facultades orgánicas o de función legislativa, ni operativa con regularidad normativa, tan solo administrativa sin posibilidades de decisión o autorización. Sin embargo, en estudio

de los supuestos de su colaboración, el personal que lo constituye debe contar con la experiencia y capacitación para implementar la técnica legislativa al contribuir con los órganos y unidades del Congreso, pues estos son un enlace de trabajo con el Órgano de Gobierno del Congreso, las Comisiones Legislativas, la DGSATP y las demás unidades administrativas del Congreso, como está detallado en los supuestos 1 al 12 de las funciones «orgánicas» de las unidades adscritas a la Secretaría, en términos del artículo 258 que se prevé en el Manual de Organización (2019, pp. 23-27).

VII. Conclusión

Inicialmente, se han comentado las notas distintivas de la convivencia en un Estado que se conforma dentro de los cánones de la democracia, con formas de gobierno que presentan y revisten las posibilidades de actuación de sus órganos y, esencialmente, los derechos y libertades que le están reservados a la ciudadanía. Posteriormente, se describieron los requerimientos que aventajarían a un Estado que consolidara la democracia, para establecer las perspectivas de responsabilidad tanto de las autoridades encargadas de llevar a cabo las funciones estatales, como de los procesos de solidaridad de estas. En la medida en la que se verifique un ordenamiento constitucional en el desempeño de las autoridades, se podrá observar un ejercicio de las atribuciones de forma racional, lo que permitirá constatar una identidad entre la actuación ideada desde lo normativo y el acatamiento de los mandamientos de legalidad y estricto respeto de los derechos humanos contemplados en ella.

Sin lugar a dudas, la técnica legislativa se constituye como una herramienta de la cual depende una adecuada justificación en lo material y formal de la normatividad, por tal razón, los órganos parlamentarios deben echar mano de estas herramientas para justificar debidamente sus procesos de creación de leyes. Así, la técnica legislativa puede ser útil —en la argumentación en las fases de iniciativas de legislación, durante el proceso hasta su aprobación, en la fase posterior a su vigencia— tanto para introducir nuevas reformas como para derogar o abrogar dispositivos que no justifican una funcionalidad, en atención a nuestro sistema constitucional.

En el ámbito del proceso legislativo en el Estado de Guanajuato, se ha pautado la necesidad de argumentación y técnica legislativa que debe ser implementada por las diferentes autoridades facultadas para iniciar y discutir los proyectos de leyes o decretos, así como por las unidades administrativas que colaboran en el Congreso, en la confor-

mación de unidades de servicios técnicos de tipo parlamentario y los específicos para el análisis y seguimiento del impacto legislativo de la normatividad vigente o la aprobada en las actividades de la actual legislatura.

VIII. Fuentes

1. Bibliografía

- BAYÓN, J. (2014). ¿Democracia más allá del estado? En Mora, F. (coord.). *Democracia. Ensayos de Filosofía política y jurídica* (pp. 33-54). México: Fontamara, Instituto Electoral del Estado de Guanajuato.
- BOBBIO, N. (1984). El poder y el derecho. En Bobbio, N. y Bovero, M. *Origen y fundamentos del poder político*. México: Grijalbo.
- CONGRESO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. (2019). *Manual de Organización de la Secretaría General del Congreso del Estado y la Contraloría Interna*. Guanajuato: Secretaría de Desarrollo Social y Humano.
- DE LUCAS, J. (2014). Sobre ciudadanía y democracia: Frente a la democracia sin ciudadanos. En Mora, F. (coord.). *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (pp. 55-75). México: Fontamara, Instituto Electoral del Estado de Guanajuato.
- GONZÁLEZ, J. y Sierra, B. A. (2006). *Técnica, ciencia y epistemología legislativas*. México: Fontamara, XLIX Legislatura del Estado de Morelos, UAEM-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- LA TORRE, M. (2014). ¿La decadencia de Occidente? Sobre el futuro de la democracia. En Mora, F. (coord.). *Democracia. Ensayos de Filosofía política y jurídica* (pp. 13-32). México: Fontamara e Instituto Electoral del Estado de Guanajuato.
- LUHMANN, N. (2005). *El derecho de la sociedad*, (2a. ed.). Nafarrate, J. et al. (trads.). México: Herder, Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México.
- NAVA, S. (s. f.). Constitución y técnica legislativa. En Nava Gomar, S. (coord.). *Manual de Técnica Legislativa, tomo I* (pp. 159-206). Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- O'DONELL, G. (s. f.). *Democracia y Estado de derecho*. Río de Janeiro: Centro Edelstein de Investigaciones Sociales. Recuperado el 15 de octubre de 2019, de <http://www.centroedelstein.org.br/PDF/democraciayestado.pdf>
- POZZOLO, S. (2007). Un constitucionalismo ambiguo. En Carbonell, M. (comp. y trad.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 187-210). (3a. ed.). México: Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- PRIETO, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. (2a. ed.). Madrid: Trotta.
- RENDÓN, T. (2014). La constitucionalización de la razonabilidad como imperativo. *Ciencia Jurídica*, (5). Recuperado el 15 de octubre de 2019, de <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/89>
- (2018). *El canon constitucional de razonabilidad*. México: Porrúa.
- VIGO, R. L. (2014). La teoría jurídica discursiva no positivista de Robert Alexy. En Vigo, R. L. (coord.). *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy* (pp. 57-129). México: Fontamara.

2. Legislación

- Constitución Política para el Estado de Guanajuato. (2019). México.
- Ley de Participación Ciudadana para el Estado de Guanajuato. (2019). México. Recuperado el 15 de octubre de 2019, de https://congreso-gto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/43/LEY_DE_PARTICIPACION_CIUDADANA_PARA_EL_EDO_DE_GTO_PO_05jul2018.pdf
- Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato. (2019). México.

El cabildeo en el Congreso del Estado de Guanajuato

Jorge Octavio Sopeña Quiroz*

SUMARIO: I. Introducción. II. El cabildeo: la participación ciudadana institucionalizada. III. El cabildeo político. IV. El cabildeo en Guanajuato. V. Conclusiones. VI. Fuentes.

I. Introducción

El Congreso del Estado de Guanajuato ha constituido un Parlamento Abierto que busca incentivar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones para la creación de leyes, y así promover la transparencia y la rendición de cuentas gubernamental por medio de la tecnología al alcance de los ciudadanos.

La trascendencia del ámbito legislativo y la participación de la ciudadanía es importante para la construcción de leyes sensibles que favorezcan el desarrollo del Estado. Aquí es donde radica la importancia del parlamento: la ciudadanía hace alianzas con el gobierno en un ambiente de pluralidad constituido por diversas manifestaciones sociales, culturales y políticas que son susceptibles de dar forma a un reflejo de la sociedad; por lo que es importante la profesionalización de esta voz ciudadana.

Desde las primeras sociedades democráticas, la responsabilidad compartida en el control gubernamental formó parte de los esquemas democráticos y, desde esos años, los parlamentos han mantenido dos

* Fue secretario técnico de diversas comisiones legislativas permanentes y asesor técnico de la Comisión de Selección del Sistema Estatal Anticorrupción. Actualmente es director de Procesos Legislativos y se encarga de la operación del Padrón de Cabilderos y de la *Gaceta Parlamentaria*. Además funge como asesor directivo de la Secretaría Técnica de la Junta de Gobierno y Coordinación Política, y de la Secretaría General del Congreso del Estado de Guanajuato. Ha cursado estudios en Derecho Constitucional, Parlamentario y Notarial.

perspectivas a la hora de legislar: la parte política y la parte técnica. A la parte política le atañe la responsabilidad de tomar decisiones con un marco ideológico social específico en la construcción de las leyes, las cuales deben ser generales, abstractas y permanentes. Mientras que la parte eminentemente técnica del derecho busca la creación de leyes que, en su aplicación, no generen problemas a los juzgadores y operadores de la ley que pudieran tener consecuencias negativas.

Gerardo Romero Altamirano y Gema N. Morales Martínez (2017) consideran que la democracia participativa se cimienta en la tarea de colocar al ciudadano en el centro como principio fundamental de las decisiones. De la necesidad de tomar en cuenta a la ciudadanía para su involucramiento en el quehacer legislativo de forma transparente, han surgido diversos mecanismos de participación ciudadana, los cuales fueron introducidos a la legislación mexicana desde tiempos atrás, y han sido mejorados para garantizar el ejercicio del derecho ciudadano de plantear propuestas para concertar acciones.

El referéndum, la revocación de mandato, el plebiscito, la consulta popular para la planeación y la iniciativa popular son algunos de los mecanismos de participación ciudadana consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos procedimientos —a través de diversos ordenamientos secundarios, de orden estatal y federal— han sido regulados para la convocatoria, organización, desarrollo, cómputo y declaración de resultados de la consulta popular; así como la promoción de la participación ciudadana cada día más institucionalizada.

Esta sinergia entre ciudadanos y gobierno ha convencido a los actores políticos y a las instituciones, tanto públicas como privadas, de los beneficios que se pueden producir en múltiples aspectos que generarán competitividad gubernamental. Debido a ello, hoy en día es un deber promover la creación de espacios e implementar los mecanismos que permitan a los ciudadanos incidir en las decisiones del Estado.

En este mismo sentido, se debe entender como una responsabilidad de la sociedad el involucrarse responsable e informadamente en estos espacios, porque solamente disponiendo de ellos es como se podrá medir su eficiencia e impacto en el quehacer gubernamental.

En el Diagnóstico de Parlamento Abierto en México (2015) de la Alianza para el Parlamento Abierto (APA), constituido por doce organizaciones de la sociedad civil, se indica qué tan cercanos y transparentes son los congresos del país y si rinden o no cuentas a los ciudadanos. En México se agruparon diez principios de parlamento abierto con base en el contenido de la Declaración sobre la Transparencia Parlamentaria, que a continuación se destacan:

1. Derecho a la información

2. Participación ciudadana y rendición de cuentas
3. Información parlamentaria
4. Información presupuestal y administrativa
5. Información sobre legisladores y servidores públicos
6. Información histórica
7. Datos abiertos y no propietarios
8. Accesibilidad y difusión
9. Conflictos de interés
10. Legislar a favor de gobierno abierto

En el Congreso del Estado de Guanajuato se han realizado acciones en concreto para materializar estos diez principios, con la intención de transparentar el trabajo legislativo y la rendición de cuentas, de manera que se pueda establecer un congreso abierto que permita formalizar las aspiraciones de los ciudadanos.

Por estas consideraciones, la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado fue armonizada con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Ley de Protección de Datos Personales para el Estado y los Municipios de Guanajuato, con el fin de dar cabida a estos principios en el quehacer legislativo. Se implementó la gaceta parlamentaria de naturaleza electrónica y dinámica que muestra, de principio a fin, el proceso legislativo de las iniciativas, propuestas e informes de resultados de auditorías practicadas a los sujetos obligados; de igual manera se puso a disposición de la ciudadanía la información presupuestal del Congreso del Estado, así como la información histórica sobre el trabajo legislativo en datos abiertos; asimismo se establecieron, por parte del órgano interno de control, los formatos de declaraciones de interés, patrimonial y fiscal, cuyo llenado de conformidad a la norma en materia anticorrupción es una obligación que tienen los integrantes del Congreso del Estado.

En relación con el cumplimiento del principio «Legislar a favor de gobierno abierto», como Congreso del Estado se comenzó con la generación de las normas que permitieron la implementación de los propios mecanismos al interior de este, y en 2018 se llevó a cabo el proceso legislativo para reformar el artículo 36 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, donde se establece que los poderes del Estado deberán regirse bajo los principios de Parlamento Abierto, Gobierno Abierto y Justicia Abierta, respectivamente, mismos que estarán orientados a la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas en los términos de sus respectivas leyes orgánicas; tarea en la que se encuentran inmersos los Poderes del Estado para dar cumplimiento a este precepto constitucional.

La figura que ha adquirido importancia en cuanto a su desarrollo, evolución y trascendencia es la del cabildeo formal ante el Congreso del Estado. A partir del cabildeo, ciudadanos con intereses legítimos han intervenido directamente en las decisiones y el comportamiento de los legisladores, lo que ha generado que propuestas ciudadanas se materialicen a través de la norma.

II. El cabildeo: la participación ciudadana institucionalizada

Según Víctor Sampedro (2000) existen dos tipos de formas de opinión pública desarrolladas de distinta manera. La opinión pública agregada es un resultado de la suma de juicios individuales a través del voto y los sondeos. En cambio, la opinión pública discursiva es el proceso de un agente colectivo, como lo es el pueblo, que conversa en ambientes formales o informales procesando experiencias propias, conocimientos e informaciones (p. 20).

Entendiéndolo así, la opinión pública agregada es un resultado donde el público que importa es la mayoría que suma voluntades ya determinadas, mientras que la opinión pública discursiva es un proceso donde el público es un colectivo de voluntades individuales que deliberan entre sí y se condicionan mutuamente. Por lo tanto, la opinión pública discursiva siempre es más amplia que la agregada, donde las mayorías y los números predominan sobre los argumentos.

En el proceso de interacción entre interesados, en el mejor sentido, los errores son subsanados de tal manera que la opinión más brillante, mejorada por la discusión, despuntará sobre las demás. Este proceso puede estar influido por condicionantes emocionales, estereotipos, símbolos o líderes políticos. Técnicamente, el internet parece ser un espacio comunicativo no jerárquico que permite a todo el mundo presentar y recibir información u opiniones, sin depender de la selección y descripción que ejercían los medios de masas tradicionales.

Por un lado esto ha generado el surgimiento de ciudadanos participativos, lo cual confirma que la evolución más tangible de las sociedades es resultado de su involucramiento activo y propositivo. La sociedad por naturaleza es dinámica, pero este dinamismo actual aún no se ve reflejado en el interés por los temas públicos.

Cabe mencionar que existe la percepción social de que el modelo democrático representativo no responde a las necesidades y las demandas de la ciudadanía, lo cual se agrava debido a la falta de mecanismos de rendición de cuentas transparentes que permitan dotar de mayor legitimidad la acción de gobierno. Ante esta situación, han surgido varios

instrumentos legales de democracia directa o de participación en las decisiones del conjunto de ciudadanos, así como marcos de debate y de decisión que faciliten la labor complementaria entre ciudadanos y gobernantes. Algunos ejemplos de estos instrumentos de participación ciudadana, según Wright (2016), son: 1) la acción legislativa directa (iniciativa legislativa popular, referendos, plebiscito, revocación de mandato); 2) la formulación de intereses particulares en las políticas públicas (cabildos abiertos, consejos consultivos, asambleas ciudadanas); y 3) la cogestión en prestación de servicios públicos (p.45).

Además de lo anterior, en el Congreso del Estado de Guanajuato se implementaron nuevos mecanismos para permitir a los ciudadanos interesados construir puentes permanentes orientados a trabajar de la mano con el gobierno a través de su participación en el Consejo Ciudadano de Parlamento Abierto (ahora denominado Observatorio Ciudadano Legislativo), así como la implementación de mesas de trabajo, como integrantes del padrón de cabilderos, y como consultores. Esto fue concebido principalmente por la voluntad política de los integrantes del Pleno del Congreso del Estado, bajo la premisa de que esta sensibilidad ciudadana con los temas públicos debe ser capitalizada en beneficio de la resolución de los retos que se tengan en todos los niveles del sector público.

El cabildeo se define como una práctica para orientar las decisiones de los actores políticos y se ha establecido como uno de los diversos mecanismos de participación organizada e informada, con el fin de manifestar inquietudes, necesidades e intereses, así como para coadyuvar en el diseño y elaboración de políticas públicas, por sí mismo o por medio de interpósita persona (representación).

Se considera al cabildeo una técnica porque estudia las formas y elementos para obtener información y transferirla oportunamente a tomadores de decisiones. También se le valora como un arte, ya que descubre y desarrolla las habilidades que tienen las personas para emprender vínculos efectivos basándose en el diálogo informado y bajo un código de ética.

Debido a que el cabildeo se financia con fondos privados o personales, no es necesario el uso del erario para recopilar la información. Esto ahorra dinero al contribuyente, porque los funcionarios públicos y los legisladores no están obligados a asignar grandes cantidades a la recopilación de datos ni a la acumulación y análisis de la investigación de la opinión pública, lo que agiliza el procedimiento del cabildeo.

Como antecedente, el primer registro que se tiene del surgimiento como concepto y palabra de los *lobbyist* es en los Estados Unidos de América, en el año de 1876, cuando el Congreso aprobó la primera ley

que exigía que los profesionales del cabildeo se registraran; sin embargo, según sostiene Elías (2006), esta ley solo estuvo vigente durante la legislatura que le dio origen (p. 111).

No fue sino hasta 1948 que el Congreso estadounidense aprobó la primera ley exhaustiva para el cabildeo, como un título dentro de la Ley de Reorganización Legislativa (Elías, 2006, p.112), la cual, en esencia, regulaba que cada persona que solicitara o recibiera contribuciones con el propósito de influir en la legislación debía llevar un registro de esas contribuciones, gastos y su destino específico, y presentarlo al Congreso a manera de informe cada tres meses. Se tenía que indicar también el nombre de las personas que solicitaban, recaudaban o recibían dinero para influir en la aprobación o derrota de una ley.

En el ámbito internacional, actualmente, más de 20 países regulan el cabildeo: Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chile, Francia, Georgia, Alemania, Irlanda, Israel, Lituania, Macedonia, México, Montenegro, Holanda, Perú, Polonia, Eslovenia, Taiwán, Estados Unidos, entre otros.

III. El cabildeo político

En el Congreso de Guanajuato el cabildeo es una práctica lícita, se encuentra sustentada en la libertad de expresión y el derecho de petición garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se concibe en la norma como la profesionalización de la participación ciudadana democrática y transparente; así como en una nueva cultura de participación ciudadana y de los grupos de interés en el involucramiento de la participación de la sociedad en la agenda pública y en una corresponsabilidad con la implementación de políticas públicas y en la creación de leyes o reglamentos.

Los grupos de interés son importantes ya que dan visibilidad a nuevos pensamientos, ideas y perspectivas. Estos grupos acrecientan el panorama, no solo de los legisladores, sino de toda población ya que la amplitud de información permite que se elija la dirección correcta en lo que concierne en la toma de decisiones y se guían con base en la lógica. La legislación pasa por un proceso de análisis de impacto a cualquier grupo específico e identificable, después estudian el impacto en la población en general. Al formar parte de este proceso se busca percibir de primera mano el pensamiento y las opiniones al respecto.

Figura 1. Interacción en el cabildeo

Fuente: elaboración propia.

* Organizaciones empresariales, asociación de profesionales, organizaciones sindicales

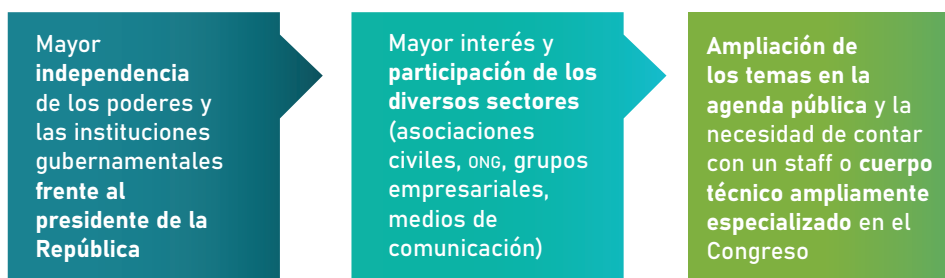
La práctica del cabildeo ha existido desde hace tiempo como la actividad de hacer política, pero era vista de una forma unilateral desde la perspectiva de los gobernantes. La profesionalización se empieza a advertir en los grandes cambios: cuando en el año de 1997 el país inicia su proceso de democratización, durante la presidencia de Ernesto Zedillo Ponce de León, periodo en el cual la Cámara de Diputados, por primera ocasión, dejó de componerse en su mayoría por legisladores provenientes de un único partido político.

Esta nueva composición permitió un nuevo dinamismo y cambio de actitud, de postura y de posicionamiento de los partidos políticos, así como de la sociedad, grupos empresariales y sindicatos. Aquellos grupos que habían rondado en torno a la política encontraron nuevas formas de involucrarse en las actividades de gobierno a partir de esa recomposición de las mayorías de la Cámara de Diputados. Esto debido a que entendían el lenguaje y el funcionamiento de las políticas públicas,

lo que permitía acercar a los legisladores —algunas veces experimentados, otras veces no— sus posicionamientos, lo que a la postre creó la necesidad de profesionales en la gestión. Esa mayoría de oposición al Gobierno Federal manifiesta en la Cámara de Diputados comenzó a generar divergencia y bilateralidad entre la sociedad y el gobierno.

Los principales factores que dan origen a la práctica del cabildeo legislativo en México son:

Figura 2. Factores que originan el cabildeo en México



Fuente: elaboración propia.

Con la alternancia democrática completa (en el sentido de que no solamente hubo un cambio de partido en el gobierno, sino también una serie de elecciones que acabaron por consolidar una normalidad democrática, en la que los tres partidos políticos más importantes gobernaban en diferentes entidades de la República) surgieron diversos partidos y otros desaparecieron, lo que generó cohesiones de corrientes políticas y trajo en consecuencia una pluralidad que provocó un juego político distinto; se preparó el terreno para el cabildeo y la interacción entre sociedad civil y el Poder Legislativo de una forma más activa.

Los cambios de partido en el gobierno federal y en algunos estados suscitaron que funcionarios de las administraciones públicas salieran y se sumaran a la creciente industria del cabildeo, y así formaron grupos de profesionales compuestos por personas con experiencia en las funciones específicas de gobierno. Durante el sexenio del presidente Vicente Fox Quesada se expidió la Ley General de Transparencia, lo que permitió concebir el ejercicio de la política pública y de la política en sí bajo los preceptos de transparencia y acceso a la información, de manera que el desarrollo de la actividad de cabildeo profesional fuera favorecida con más elementos para participar en la toma de decisiones.

En consecuencia, la actividad del cabildeo se reguló y se reconoció formalmente en 2010, en los Reglamentos de ambas Cámaras del Congreso, donde se definió el cabildeo como «toda actividad que se haga ante cualquier legislador (diputado o senador), órgano o autoridad de

la(s) Cámara(s), en lo individual o en conjunto, para obtener una resolución o acuerdo favorable a los intereses propios o de terceros». Mientras que se designa como cabildero al «individuo ajeno a esta Cámara que represente a una persona física, organismo privado o social, que realice actividades en los términos del numeral que antecede, por el cual obtenga un beneficio material o económico».

Los componentes que el proceso de democratización mexicano llevaron a normalizar la actividad de cabildeo en el país reconfiguraron el mapa político, lo que propició el surgimiento de nuevas formas de articulación y de entendimiento entre el gobierno y la sociedad civil. Autores como Brussino *et al.* (2009), de acuerdo con Conway (1990), nos dicen que la participación política

incluye todos aquellos comportamientos que realizan personas y grupos para influir en los asuntos públicos: a través de estas prácticas, los ciudadanos explican sus preferencias respecto a qué tipo de gobierno debe regir una sociedad, cómo se dirige el Estado, y cómo aceptan o rechazan decisiones específicas del gobierno que afectan a una comunidad o a sus miembros individuales. (p.168)

IV. El cabildeo en Guanajuato

A partir del 1 de enero de 2017 se incorporó la figura de cabildero al orden jurídico estatal en Guanajuato, con la finalidad de regular la actividad de particulares que promuevan intereses legítimos, propios o de terceras personas ante los órganos del Congreso del Estado o ante los diputados, con el propósito de impulsar iniciativas y propuestas para fortalecer la toma de decisiones.

Su fundamento legal se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato, en los artículos 213 y 214, y en los Lineamientos para el Desarrollo de Actividades de Cabildeo ante Órganos del Congreso del Estado o ante Diputados del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato.

Dichos lineamientos fueron propuestos por la Junta de Gobierno y Coordinación Política de la LXIII Legislatura y reformados por la correspondiente a la LXIV Legislatura, con la finalidad de que los cabilderos contaran con las bases para sus actividades de cabildeo, y cumplir con la disposición transitoria de la Ley Orgánica del Poder Legislativo.

Con la expedición de los lineamientos en marzo de 2017, se comenzó con el registro de cabilderos en el padrón. En total, en la LXIII Legislatura, el registro cerró con la acreditación de setenta y ocho personas físicas y veintidós personas morales para integrar el Padrón de

Cabilderos, de los cuales, actualmente setenta y cuatro cabilderos están certificados con firma electrónica vigente. En la segunda experiencia, en la LXIV Legislatura del Congreso del Estado de Guanajuato, el registro de cabilderos cerró con la acreditación de 258 personas físicas y treinta y ocho personas morales.

La vigencia de la acreditación según lo dispuesto por los lineamientos es a partir de la fecha en que haya sido otorgada y hasta el 24 de septiembre del año en el que se renueva el Congreso del Estado de Guanajuato, salvo que el o los asuntos para los que fue otorgada la acreditación se dictaminen o resuelvan antes de esta última fecha, caso en el cual la vigencia expira el día en que el asunto resultó dictaminado o resuelto.

Cuadro 1. Obligaciones legales en cuanto a la figura de cabildeo

Cabilderos	Diputados u órganos legislativos
Informar a la Junta de Gobierno y Coordinación Política en el que se detallan las actividades cada tres meses.	Informar a la Junta de Gobierno y Coordinación Política, dentro de los diez días hábiles siguientes a su realización, de las actividades que hubieren llevado ante ellos los cabilderos.
Mantener actualizados sus datos personales.	
Acudir a las capacitaciones que en la materia efectúe el Congreso del Estado.	
Conducirse con respeto en las instalaciones del Congreso del Estado.	

Fuente: elaboración propia.

El micrositio del Padrón de Cabilderos¹ contiene la información sobre las personas acreditadas para realizar actividades de cabildeo ante los órganos del Congreso o ante los diputados, presenta sus temas de interés, así como las solicitudes de audiencia y los informes rendidos de actividad de cabildeo con la finalidad de brindar certeza a los legisladores así como para dar cumplimiento a las disposiciones legales en materia de transparencia.

La Junta de Gobierno y Coordinación Política conforma, opera y actualiza el Padrón de Cabilderos y establece la normativa para el desarrollo de las audiencias de cabildeo, mismas que se definen en los lineamientos como «la reunión en la cual los órganos legislativos y los diputados, en la oportunidad y modo que dispongan, reciben a los

¹ <http://cabilderos.congresogto.gob.mx>

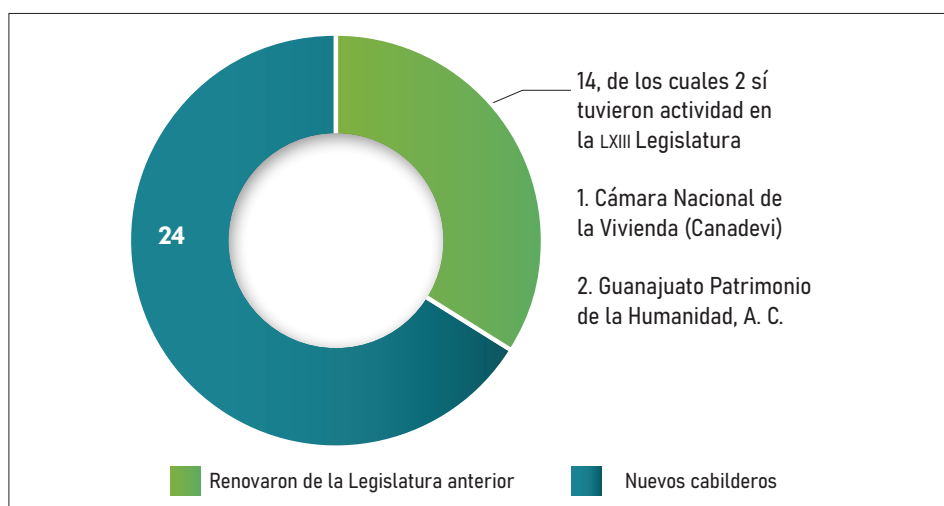
cabilderos de forma individual, presencial y pública, para tratar alguna de las materias o temas registrados» (LDACOCEDPLEG, artículo 2o.).

Procedimiento de la actividad de cabildeo:

1. La cabildera o cabildero acreditado presenta su solicitud de audiencia en la Unidad de Correspondencia del Congreso para su trámite, en la que manifestará ante qué diputada o diputado, o Comisión, desea tenerla, asimismo el tema de la audiencia y el resultado que desea obtener.
2. Cuando la solicitud de audiencia ha sido aprobada por el órgano legislativo o por el legislador se notificará al cabildero por parte de la Dirección de Procesos Legislativos.
3. Durante el desahogo de la sesión de cabildeo, conducida por el legislador, de formato libre, se presenta la propuesta del cabildero y se arriban a conclusiones.
4. Se informa a la Junta de Gobierno y Coordinación Política, por escrito, sobre la audiencia del cabildero en el formato establecido, para su conocimiento y publicación en la página oficial del Congreso del Estado.

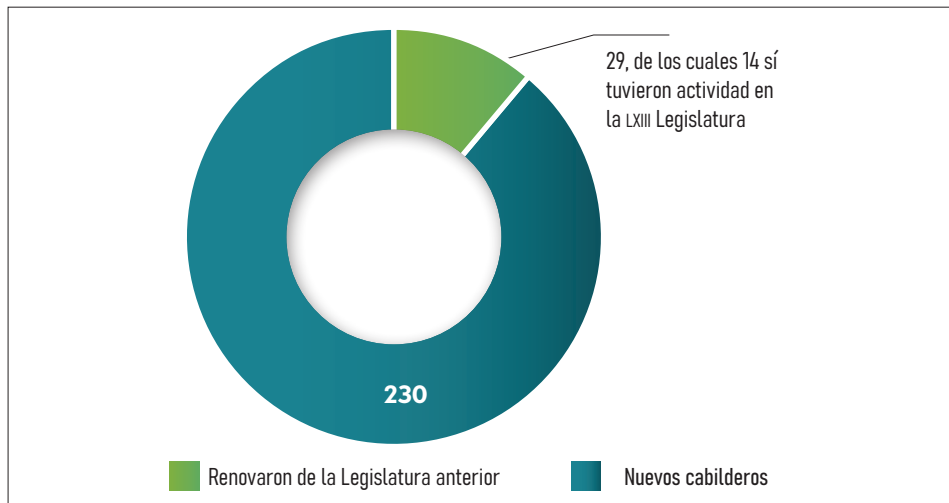
1. Experiencia en relación con el funcionamiento de la figura de cabilderos durante las LXIII y LXIV Legislaturas del Congreso del Estado de Guanajuato

Figura 3. Personas morales



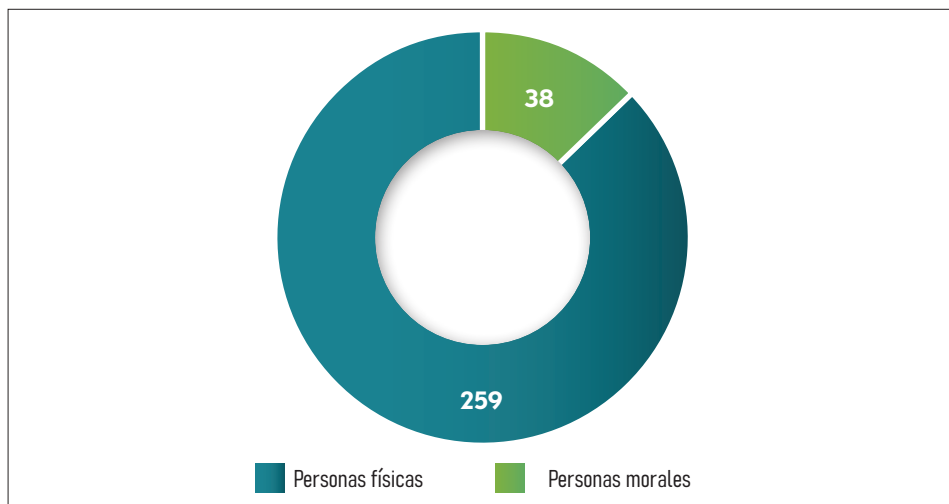
Fuente: Unidad de Transparencia del Congreso del Estado de Guanajuato, Dirección de Procesos Legislativos.

Figura 4. Personas físicas

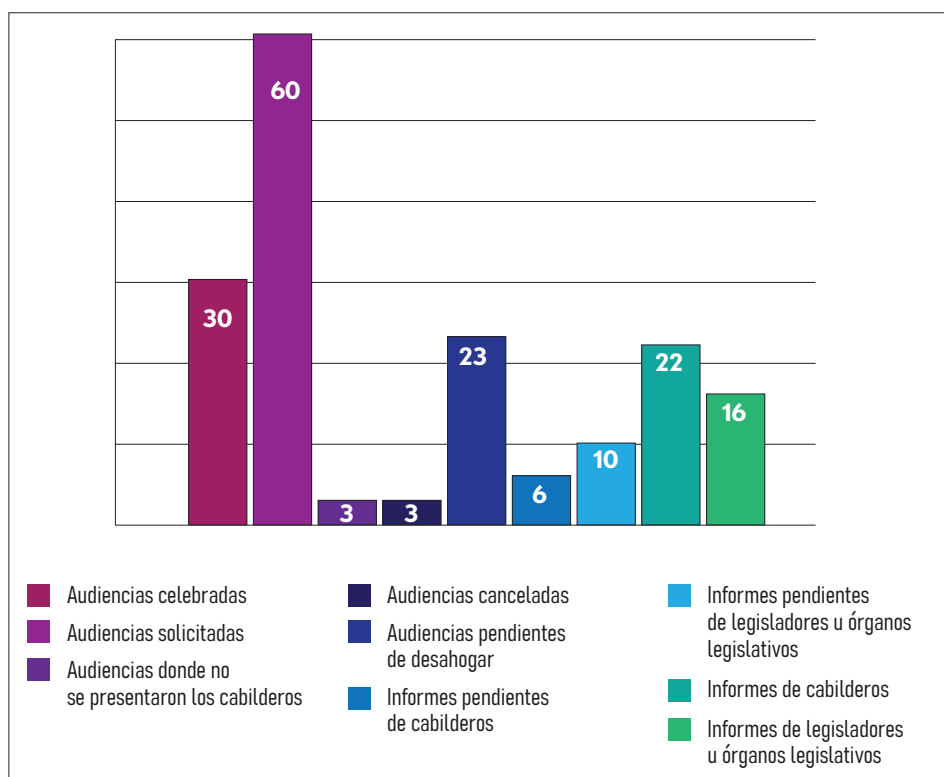


Fuente: Unidad de Transparencia del Congreso del Estado de Guanajuato, Dirección de Procesos Legislativos.

Figura 5. Total de expedientes: personas físicas y morales



Fuente: Unidad de Transparencia del Congreso del Estado de Guanajuato, Dirección de Procesos Legislativos.

Figura 6. Total de expedientes

Fuente: Unidad de Transparencia del Congreso del Estado de Guanajuato, Dirección de Procesos Legislativos.

V. Conclusiones y propuesta de mejoras para el funcionamiento de la figura del cabildeo

La actividad de cabildeo en México se caracteriza por distintas formas de operar. Por mencionar un ejemplo, el padrón de cabilderos ante la Cámara de Diputados tiene registradas alrededor de 800 personas y el del Congreso del Estado de Guanajuato 297 personas, entre físicas y morales (empresas, despachos de cabildeo, colegios de profesionistas, organizaciones civiles, entre otros). En Guanajuato el padrón de cabilderos es operado por áreas institucionales y en la Cámara de Diputados se encuentra coordinado por la Mesa Directiva en turno.

El número de cabilderos registrados en el padrón es síntoma de la relevancia de la actividad, por lo que una adecuada regulación permitirá su óptimo funcionamiento, transparentar y legitimar la actividad con la finalidad de contribuir con el objetivo de facilitar la cercanía entre los congresos y los representados. Cada día la iniciativa privada destina

mayores recursos económicos y humanos para involucrarse en la actividad legislativa para favorecer sus intereses y contribuir al beneficio social, esta situación paulatinamente significará la necesidad de la profesionalización de la participación ciudadana en el quehacer de gobierno.

En el caso del Estado de Guanajuato la ciudadanía —sin influencia de la aglomeración ni partidista— cada día se involucra más y de mejor manera profesionalizándose en la política, de manera que le permite influir en la toma de decisiones. Para que un Estado sea democrático es necesario que cuente con el marco legal correspondiente para que la ciudadanía tenga la posibilidad de intervenir de forma significativa en los asuntos públicos.

Las prácticas internacionales sugieren homogeneizar la regulación en todos los ámbitos del gobierno. Por ello se considera que puede servir de sustento proponer, como energía nueva para los legislativos, la apertura total y la innovación en mecanismos de transparencia y participación política ciudadana para ser incluidos en sus agendas legislativas. Para ello, ir por una legislación de aplicación municipal y estatal para regular la figura del cabildero resulta fundamental para normalizar esta actividad de forma transparente.

El cabildeo se ha diversificado desde su origen, las nuevas atribuciones en el rediseño institucional (ejemplo: en órganos reguladores), incrementan la necesidad de acercar información técnica a los tomadores de decisiones, lo cual se está logrando en varias instituciones con la implementación de los principios de Gobierno Abierto.

Promover la cultura de la transparencia legislativa, la rendición de cuentas, el acceso a la información pública, así como la promoción de la participación ciudadana como un derecho fundamental de los guanajuatenses —a través de las funciones que realiza el Congreso de Guanajuato—, son actividades sumamente importantes para el quehacer parlamentario cotidiano, debido a que quienes lo integran son representantes populares y constructores del derecho a través de la confección de normas acordes a las necesidades y demandas ciudadanas.

La modalidad de Gobierno Abierto es un «concepto en constante redefinición que permite a los gobiernos establecer los canales de comunicación para el diálogo directo con la ciudadanía, sin intermediarios» (Aguilar, 2017, p. 94); técnicamente hace referencia a la apertura de datos, a la participación ciudadana y al uso de la tecnología con la finalidad de mejorar la relación entre el gobierno y la ciudadanía enalteciendo la libertad de expresión y los valores de la democracia. Debido a que la regulación vigente en materia de cabildeo no cuenta con el nivel de especificidad recomendado por analistas de mejores prácticas en la materia a nivel internacional (organismos internacionales como la

OCDE o Transparencia Internacional), la situación alienta a que se establezca un registro público de cabilderos, obligatorio y en formato de datos abiertos, además de la creación de un registro de interacciones entre grupos de cabilderos y servidores públicos.

Retomando la naturaleza que a la figura del cabildero se le ha dado —en el sentido de que permite a los ciudadanos que representan intereses propios participar en la toma de decisiones— los Congresos y las entidades que implementen esta figura deben prever los instrumentos legales y el presupuesto necesario para lograr que los cabilderos obtengan la capacitación que les permita desempeñarse de mejor manera, teniendo en cuenta las cualidades que debe tener el profesional del cabildeo:

1. *Dominio de los mecanismos:* Conocimiento del entorno político-gubernamental que le permita al profesional del cabildeo visualizar los actores específicos del ambiente sociopolítico donde se desenvuelve, así como conocimiento de la materia en la que se pretende influir o con capacidad de establecer una vinculación con otros actores políticos en favor del cabildero.
2. *Conocimiento del proceso legislativo-normativo:* El profesional del cabildeo debe conocer plenamente la dinámica de la toma de decisiones en los parlamentos o en las entidades gubernamentales, para aquellos países en los que ya se encuentra regulado el cabildeo ante los tres poderes públicos, incluyendo al personal burocrático. En la medida en que la propuesta se plantee de mejor manera, mayores serán las posibilidades de que sea tomada en cuenta.
3. *Conocimiento de las personas y componente moral:* es decir, fortalecer la relación de confianza, respeto, ética y transparencia bajo las reglas conceptuales del interlocutor válido², en definitiva, con la finalidad de encontrar la ruta y descubrir las reglas que permitan conservar el «placer de actuar junto a los otros y por los otros en el proceso de toma de decisiones racionales en el espacio público por parte de alguien investido de autoridad» (Alcántara, 2015, p. 75).
4. *Competencia técnico-jurídica:* Es importante que el profesional del cabildeo posea el conocimiento de la problemática y la especialización en el marco regulatorio del tema en el que trata de influir en la toma de decisiones.

² Jürgen Habermas lo define como toda persona que posibilita una comunicación transparente, respeta la dignidad de los otros y tiene en cuenta los intereses de todos.

Por otro lado, los principios y bases establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública y la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier ente que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad, limitan su aplicación para los sujetos obligados a los que va dirigido desde la naturaleza propia de las leyes secundarias.

En este orden de ideas, la norma general en materia de transparencia dispone que los sujetos obligados de los Poderes Legislativos Federal, de las Entidades Federativas y la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México cuenten con un padrón de cabilderos (LGTAIIP, artículo 72), lo que nos señala la obligación de normalizar la actividad del cabildeo regulándola en los ordenamientos correspondientes sin precisar cuál será el contenido del Padrón de Cabilderos, lo que deriva en una situación de incertidumbre para las entidades federativas en cuanto al contenido, mas no en que deben de contar con un padrón de cabilderos.

Cabe hacer la reflexión de que los cabilderos no son ni pueden ser considerados funcionarios o integrantes de los entes públicos que señalamos anteriormente, puesto que son ciudadanos con interés legítimo en realizar propuestas o impulsar algún tema específico. Por ende, la obligación de transparentar las actividades llevadas a cabo por los cabilderos es inexistente, a diferencia de las actividades de cabildeo que llevan a cabo los legisladores o funcionarios públicos con quienes se encuentran registrados en el Padrón de Cabilderos.

Actualmente los procesos y hechos de la vida democrática de Guanajuato y del país nos aclaran que debe existir una alianza estratégica entre la ciudadanía y gobierno con compromiso y por ministerio de ley; por ello es imperante que las normas vigentes reconozcan a los agentes de cabildeo para que las gestiones de los legisladores sean el anhelo de las personas a las que representan, que apoyen al trabajo legislativo de forma honorífica como gestores impulsores e interesados en la ley.

De igual manera, los poderes legislativos no tienen el mandato de consultar a los ciudadanos sobre los proyectos de ley o reformas que se discutan como parte de su función, así como los proyectos de ley no son publicados para la consideración de los ciudadanos en la mayoría de los congresos locales. Al no existir un mandato para las comisiones, no es posible que la población intervenga en la discusión parlamentaria; ante estos hechos, es importante el papel que juegan los cabilderos para fomentar la participación ciudadana.

Debido a que la figura de cabildeo fue creada, precisamente, para normalizar una actividad que ya se presentaba con anterioridad y en

la que se promueven intereses del particular, es necesario estimar la existencia de la normativa que prevenga el conflicto de interés, dados los vínculos que se generan entre legisladores, personal de los órganos legislativos y actores externos.

Del mismo modo, es necesario introducir códigos de ética obligatorios, tanto para los funcionarios como para los grupos de cabilderos que garanticen sanciones apropiadas, con procedimientos claros y autoridades con independencia y capacidad, para asegurar que la regulación y las sanciones sean aplicadas efectivamente.

VI. Fuentes

1. Bibliografía

- AGUILAR, M. H. (2017). *La negociación*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- ALCÁNTARA, M. (2015). *El oficio político*. España: Tecnos.
- ELÍAS GALAVIZ, E. (2006). *El Cabildeo Legislativo y su regulación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ROMERO ALTAMIRANO, G. y MORALES MARTÍNEZ, G. (2017). Mecanismos de participación ciudadana en México. En *Mecanismos de participación ciudadana. Una experiencia global* (pp. 251-264). México: Tirant lo Blanch.
- SAMPEDRO, V. (2000). *Opinión pública y democracia deliberativa. Medios, sondeos y urnas*. Madrid: Istmo. Recuperado de <https://victorsampedro.com/libros-victorsampedro/opinion-publica-y-democracia-deliberativa/>
- WRIGHT, C. y CUEVAS, V. (2016). *Participación ciudadana y democracia en el estado de Nuevo León*. México: Universidad Autónoma del Estado de Nuevo León.

2. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.
- Constitución Política para el Estado de Guanajuato (1917). México.
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (2015). México.
- Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato. (2016). México.
- Lineamientos para el Desarrollo de Actividades de Cabildeo ante Órganos del Congreso del Estado o ante Diputados del Poder Legislativo del Estado de Guanajuato. (2017). México.

Gobierno, Justicia y Parlamento Abierto en Guanajuato: avances y oportunidades

Alejandro Domínguez López Velarde*

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco conceptual y naturaleza jurídica. III. Avances en el Estado de Guanajuato. IV. Oportunidades y buenas prácticas. V. Conclusión. VI. Fuentes.

I. Introducción

La preocupación por la corrupción es, en años recientes, uno de los semblantes de organismos nacionales y locales. Y es que, en los efectos que produce, la corrupción transgrede dimensiones económicas, sociales y políticas: genera un gran gasto público ineficiente, reduce los ingresos públicos y las inversiones, y, en general, supone un límite claro al crecimiento económico. Desde la perspectiva social genera pobreza, provoca desigualdad, y reduce la confianza hacia las instituciones, por lo que destruye lazos que permiten la acción colectiva y a la vez promueve un círculo vicioso de ilegalidad que origina, incluso, estallidos sociales. Desde la perspectiva política, elimina tanto la confianza en las instituciones democráticas, como la satisfacción con la administración pública. La corrupción genera efectos negativos para la libertad, la justicia y el bienestar de cualquier sociedad.

Rothstein y Uslaner (2005) mencionan que, en los sistemas políticos en los que las políticas gubernamentales son ineficientes y corruptas, se imposibilita el desarrollo de un sentido de solidaridad social y se estimula la confianza particularizada en diferentes grupos sociales por encima de la confianza generalizada. Esto, como secuela, impide que las autoridades públicas cuenten con recursos e incentivos necesarios

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Cursa el Máster Iberoamericano en Políticas de Anticorrupción por la Universidad de Salamanca. Se desempeña como asesor jurídico en la Dirección de Agenda Legislativa y Reglamentación de la Coordinación General Jurídica del Gobierno del Estado de Guanajuato.

y así llevar adelante políticas que fomenten la solidaridad social que hace falta para sentirse partícipe de la misma comunidad.

Es así como la corrupción, junto con la impunidad, la desigualdad y la polarización, han aumentado la desconfianza de la población hacia sus instituciones gubernamentales. Lo que ha generado un efecto en estas donde, si bien tienen un funcionamiento tradicional en el orden normativo, con burocratización y tecnicismos o léxico propio, ha traído como consecuencia una percepción lejana por parte de la ciudadanía.

Ahora bien, aceptar que instituciones abiertas y adecuadas generen crecimiento y bienestar, y que estas instituciones adecuadas son la suma de instituciones democráticas, Estado de derecho y gobierno de calidad, es una tendencia donde la doctrina y la práctica coinciden. Los gobiernos han implementado diversas políticas encaminadas a transparentar su gestión, difundir su trabajo, incorporar mecanismos de participación ciudadana, en general, acercar a la ciudadanía. Se han hecho esfuerzos globales a través de estrategias tales como el Parlamento Abierto, el Gobierno Abierto y la Justicia Abierta, aterrizadas a cada país y descendidas a las entidades federativas que buscan crear un modelo de gobernanza que permita recuperar la legitimidad de las instituciones del Estado.

Al tiempo, las tecnologías de la información (TIC) —como herramientas indispensables en la construcción de canales de comunicación ágiles, certeros y flexibles— ayudan a alcanzar el objetivo de abrir los gobiernos a las personas, lo que permite la masificación y comunicación en la transparencia, rendición de cuentas, satisfacción y mejora de servicios; de este modo se contribuye a cumplir los requisitos para un Estado Abierto que integre entre sus poderes la apertura hacia la ciudadanía, la colaboración digital y la interacción ciudadana.

Los modelos de Gobierno, Justicia y Parlamento Abierto son condiciones fundamentales para mejorar los mecanismos de protección a los derechos humanos mediante políticas de transparencia, participación ciudadana, acceso a la justicia y ciudadanización del trabajo o lenguaje ciudadano. Adicionalmente, estas proponen una nueva forma de organización pública ante modelos de gobernanza superados, así como modelos de gestión pública agotados frente a las percepciones y expectativas sociales que observan de forma insatisfecha.

En el Estado de Guanajuato se han desarrollado esfuerzos desde las esferas gubernamentales y ciudadanas. Los poderes del Estado, en coordinación con municipios y organismos autónomos, se asumieron formalmente como partícipes de esta nueva forma de gobernanza con la Declaratoria para la Implementación de las Acciones para un Gobierno Abierto y la instalación del Secretariado Técnico Local del

Gobierno Abierto del Estado, lo que tuvo como consecuencia la presentación del Plan de Acción Local de Gobierno Abierto, que contempla acciones y proyectos encaminados a la construcción de estos modelos de gobernanza.

El presente trabajo intenta reflexionar acerca de los alcances y propósitos del modelo de Gobierno, Justicia y Parlamento Abierto, así como el progreso y retos en el trabajo de su implementación. Esta reflexión implica cuestionarse si es posible el ideal del Estado generador de información y promotor de un diseño de administración inclusivo y una colaboración ciudadana en las políticas públicas.

II. Marco conceptual y naturaleza jurídica

El modelo de gobernanza de gobierno abierto implica gobernar por, para y con la sociedad, mediante la promoción de la transparencia — una creciente participación ciudadana—, así como hacer frente y combatir la corrupción y aplicar nuevas tecnologías. Pero la institución de Gobierno, Justicia y Parlamento Abierto no se entiende sin hablar primero de lo que significan los conceptos que se engloban en el término *Abierto*, cuando se hace referencia a la apertura institucional y democrática y su respectiva materialización en las iniciativas de Gobierno, Parlamento y Justicia Abierta.

Dentro de las diferentes definiciones, se encuentran los conceptos básicos o primarios (que sumados dan lugar a otra categoría, a la que se le conoce como *conceptos compuestos*) como la transparencia, el acceso a la información pública y los datos abiertos. Estos conceptos, dentro del análisis, deben entenderse como los primeros en ser utilizados. De estos, surgen los de Gobierno Abierto, Parlamento Abierto y Justicia Abierta.

La *transparencia* implica que los sujetos obligados, en cumplimiento legal y de manera voluntaria, ponen a disposición de la ciudadanía información considerada útil. La transparencia se alcanza cuando existe una voluntad de apertura del gobierno, manifestada en acciones concretas y visibles que expresan la disposición de construir una relación con la ciudadanía basada en la honestidad (Hill, 2012). La información sobre las decisiones y el quehacer gubernamental debe ser abierta, completa, gratuita y de fácil acceso para el público.

El concepto de transparencia ha estado tradicionalmente vinculado con el concepto de *democracia*. La transparencia no es solo un principio de organización y funcionamiento, se ha ampliado al ámbito político y social como presupuesto de legitimidad y compromiso.

Dentro de la naturaleza jurídica de la transparencia podemos ubicar que esta representa un mandato normativo o regla materializada en un principio, un deber administrativo, un derecho de los administrados a acceder a la información pública, un interés jurídicamente protegido y un principio general del derecho (Vergara, 2014).

La *participación ciudadana* implica que los Estados deben procurar que la ciudadanía se interese y se involucre en la discusión pública, mediante la promoción de canales apropiados para contribuir a una gobernanza efectiva, innovadora, responsable y que atienda las necesidades sociales. La participación ciudadana sustenta y sostiene la Justicia, Parlamento y Gobierno Abierto. Una ciudadanía más activa materializa los ideales, principios y políticas públicas de estos tres modelos.

La participación ciudadana no se produce solamente porque un gobierno invite a una población a participar. Participación ciudadana no son las consultas ciudadanas no vinculantes en las decisiones gubernamentales; no hay participación sin espacios públicos de colaboración; no es la movilización ciudadana. Participación ciudadana es la acción pública que conduce a la ciudadanía, de forma individual o colectiva, a proponer soluciones o problemáticas que deban considerarse dentro de la agenda gubernamental, parlamentaria o jurisdiccional para formar parte del proceso decisorio.

La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (convenio aprobado por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Lisboa, Portugal, en junio de 2009) define la participación ciudadana como

el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integra, así como de las comunidades y pueblos indígenas.

Lo anterior explicita la naturaleza jurídica de la participación ciudadana y la motivación de este instrumento internacional.

La *rendición de cuentas* supone la existencia —dentro de normas— de procesos y mecanismos para que servidores públicos justifiquen sus acciones y respondan a cuestionamientos que se les planteen, así como asumir la responsabilidad por sus actos u omisiones.

El origen anglosajón del concepto de rendición de cuentas se encuentra en el término *accountability*, analizado tanto por Alcaraz (2013) como por Hood y Heald (2006), el cual engloba la realización de acciones que ayuden a las personas usuarias (gobernados) a evaluar

la capacidad de la entidad (gobierno) para cumplir con sus compromisos de sostenibilidad.

Dentro de sus antecedentes, el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, establecía: «La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público por su administración». Incluso, de manera más remota, el propio Aristóteles en *La Constitución de Atenas* (1948) se acercaba a este concepto que, aunque acuñado en el Estado moderno, ya hacía alusión a cómo en la antigua Grecia existía una estructura de la administración dirigida a tomar cuentas de todos los que desempeñaban un cargo público. El estagirita deja un antecedente importante de los primeros mecanismos de contrapeso a los abusos del poder, al describir la actividad de diez contadores que realizaban lo siguiente:

Estos son los únicos que tienen que tomar cuentas a los sometidos a darlas y que llevar las cuentas al tribunal. Y si uno es convicto de robo, los jueces estiman el robo y ha de pagar el décuplo de esta estimación, y si le denuncian por cohecho y los jueces le condenan, han de estimar la cuantía del don recibido y de pagarla diez veces, y si condenan por malversación, estiman esta, y la pagará simple si paga antes de la novena pritanía, y si no, el doble. (p. 181)

Al respecto de su naturaleza jurídica, mientras unos autores señalan que es una obligación (generalmente de un servidor público), otros señalan que puede ser una responsabilidad (del ente gubernamental), una función o un principio democrático o mecanismo por medio del cual se controla el poder.

La *innovación y tecnología o uso de las TIC* implica que los Estados, al aceptar la importancia que tiene proveer a la ciudadanía el acceso a la tecnología, incrementen la capacidad de su uso para informar y comunicar temas de interés general.

La administración pública, el trabajo parlamentario y la gobernanza de justicia abierta no es ajena a la amplia oportunidad de aprovechamiento de las TIC. Este ejercicio debe estar orientado siempre hacia la actualización y mejora continua que garantice la migración de datos, la comunicación, flujo de información, información cercana, transparencia e interacción digital.

Tras la implementación de las nuevas tecnologías, se han desarrollado dos ejes primordiales de acción: la apertura de datos públicos (*open data*) que, como se desarrolla a continuación, implica la publicación y sistematización de la información del sector público de una forma clara y de fácil acceso; y la apertura de proceso (*open process*),

que comprende la facilitación de plataformas para la participación ciudadana en el diseño y ejecución de políticas públicas y prestación de servicios públicos.

Los *datos abiertos* u *open data* es la información que puede ser utilizada, reutilizada y redistribuida libremente por cualquier persona, sujeta al requerimiento de atribución y de compartirse de la misma manera que aparece. En palabras de Noveck (2015): «Datos abiertos se refiere a la política de hacer que los datos se puedan acceder de manera fácil, utilizar y redistribuir de forma gratuita y continua a través de una sola plataforma de intercambio de datos».

Así, dentro de los datos abiertos encontramos como principio que todo ciudadano tiene derecho a procesar y reutilizar la información pública, por lo que el Estado tiene la obligación de gestionar información y datos públicos de tal forma que la sociedad pueda apropiarse de los mismos.

La información del sector público puesta a disposición como datos abiertos (*open government data*) implica consideraciones técnicas y políticas, y constituyen un insumo para la innovación y el emprendimiento de la sociedad.

Al respecto del *acceso a la información pública*, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (aprobada en la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en Colombia, en julio de 2016), reconoce esta institución como un derecho humano que debe ser promovido, protegido y garantizado por los gobiernos, debido a su contribución al fortalecimiento de la democracia y al desarrollo de una ciudadanía informada y responsable, así como un mecanismo esencial que garantiza el ejercicio de derechos políticos, económicos, sociales y culturales. Además, este derecho humano es reconocido constitucionalmente en el artículo 60. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que garantiza a la ciudadanía la posibilidad de solicitar al gobierno información pública y obtener una respuesta.

El Derecho de Acceso a Información (DAI) o derecho a saber (*right to know*) establece una presunción general de que toda la información en poder del gobierno debe ser accesible y pública, motivo por el que se deben establecer los mecanismos por los que se facilite y garantice dicho acceso.

Al respecto de su naturaleza jurídica, Juventino Castro (1996) señala que este derecho admite dos vertientes, ambas garantizadas por el artículo 60. constitucional: el derecho a informar y el derecho a ser informado. Constituye una garantía constitucional que tiene como sujeto activo para su ejercicio a toda persona y como sujeto pasivo al propio

Estado, ya que se trata de un derecho de aquel que debe cumplimentar este. Para este autor, el derecho a informar no es una novedad de la reforma sino una ratificación de lo dispuesto en la primera parte del artículo constitucional multicitado (que garantiza la libre manifestación de las ideas), ya que informar es enterar o dar noticia de algo, y esto no puede llevarse a cabo si no se fundamenta en la libre expresión o manifestación de las ideas (pp. 124 y 125).

Para Izquierdo Muciño (2000) el derecho a la información comprende:

1. El derecho del particular a tener acceso a los medios de comunicación masiva.
2. El derecho a recibir información veraz para evitar la manipulación y el engaño.
3. El derecho a obtener la información necesaria por parte de los órganos públicos a fin de salvaguardar el interés legítimo de los ciudadanos. (p. 167)

Respecto al concepto de *Gobierno Abierto*, la Alianza por el Gobierno Abierto (AGA) creada en 2011 se refiere a este como un modelo de gobernanza que busca transformar la relación entre gobierno y sociedad para fortalecer la democracia. En 2009, el Gobierno de los Estados Unidos de América, encabezado por el entonces presidente Barack Obama, impulsó esta institución a través del Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto y el Memorando Directivo de Gobierno Abierto, con los cuales obligó a todas las dependencias de gobierno a poner a disposición de la ciudadanía la información por medio de una plataforma web (Martínez, 2012).

Un Gobierno Abierto, como lo señalan tanto Tapscott (2010) como Calderón y Lorenzo (2010), es aquel que abre sus puertas al mundo; coinnova con la ciudadanía; comparte recursos anteriormente reservados para unos pocos y aprovecha el poder de la colaboración masiva y la transparencia; entabla conversación constante con la ciudadanía y toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias; comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente.

El origen anglosajón del concepto de Gobierno Abierto está relacionado directamente con la libertad al acceso de la información que posee el gobierno por parte del ciudadano, así como con el concepto *Freedom of Information* (FOI), es decir, con el acceso por parte de la ciudadanía a los datos de la Administración Pública. Así, el Gobierno Abierto involucra la apertura de los procesos, procedimientos, documentos y datos para el escrutinio público.

Según la OCDE (2010) la implementación del Gobierno Abierto genera:

1. Restablecimiento de una mayor confianza en el Gobierno. La confianza es un resultado del Gobierno Abierto que puede reforzar su desempeño en otros aspectos. Además, si los ciudadanos confían en el Gobierno y en sus políticas específicas, pueden estar más dispuestos a pagar (impuestos, contribuciones y cargas tributarias) para apoyar y financiar esas políticas.
2. Garantiza mejores resultados al menor coste. El codiseño y ejecución de políticas, programas y servicios con los ciudadanos, las empresas y la sociedad civil ofrece el potencial para explotar un depósito más amplio de ideas y recursos.
3. Eleva los niveles de cumplimiento. Hacer que la gente sea parte del proceso les ayuda a comprender los retos de la reforma y puede ayudar a asegurar que las decisiones adoptadas sean percibidas como legítimas.
4. Asegura la equidad de acceso a la formulación de políticas públicas. Esto mediante la reducción del umbral para el acceso a los procesos de decisión que enfrentan las personas como barreras para la participación.
5. Fomenta la innovación y nuevas actividades económicas. El compromiso de la ciudadanía y del Gobierno Abierto son cada vez más reconocidos como motor de la innovación y la creación de valor en el sector público y privado.
6. Mejora de la eficacia. Esto mediante el aprovechamiento de los conocimientos y los recursos de los ciudadanos, que de otra forma se enfrentan a barreras para involucrarse. La participación ciudadana puede garantizar que las políticas sean más específicas y atiendan a sus necesidades, lo que elimina desgastes potenciales.

Al respecto de su naturaleza jurídica, además de lo desarrollado en el siguiente apartado respecto a los avances en Guanajuato, otras entidades federativas han modificado su normatividad, que explicita la naturaleza jurídica de la participación ciudadana y la motivación de las normas que regulan los órganos e instrumentos participativos. Tal es el caso de la Ciudad de México; en su Constitución Política y su Ley para hacer de la Ciudad de México una Ciudad más Abierta, reconocen que es un modelo de gobernanza colaborativa, que aprovecha la inteligencia de diferentes sectores de la sociedad para tomar mejores decisiones en los procesos de diseño, elaboración, implementación y evaluación de políticas públicas, servicios públicos y programas gubernamentales, de

forma abierta y transparente (Gaceta Oficial del Distrito Federal, 7 de octubre de 2015).

El modelo de *Parlamento Abierto* —en el que se encuentran los elementos de Gobierno Abierto como fundamento contextual— implica que todos los procesos de elaboración de leyes y, en general, el trabajo parlamentario, sean observados por la ciudadanía, donde se generen canales para incluir a las organizaciones ciudadanas en la toma de decisiones, así como que se busque innovar en la forma de presentar la información y difundirla de manera que tenga un mayor alcance y que pueda ser comprendida por la ciudadanía (Secchi, 2013).

Como lo desarrollan Lendo Fuentes y Resina de la Fuente (2016), el Parlamento Abierto cobra vigencia como un nuevo modelo que plantea diversas formas de relación entre el parlamento y la ciudadanía; de igual forma dicho modelo legitima las cámaras legislativas ante el ejercicio de la apertura y transparencia en la actuación legislativa, y sirve para la evolución de las democracias actuales.

En el año 2012, diferentes organizaciones de la sociedad civil¹ impulsaron una Alianza para el Parlamento Abierto, en conjunto con instituciones legislativas y órganos garantes de acceso a la información y protección de datos personales. De este esfuerzo se realizó un diagnóstico a nivel nacional —que se retoma en el apartado posterior—, donde se definieron diez principios, a saber: i) derecho a la información, ii) participación ciudadana, iii) información parlamentaria, iv) debates disponibles en internet, v) información presupuestal y administrativa, vi) archivo histórico accesible, vii) datos abiertos, viii) accesibilidad, y difusión en las actividades parlamentarias, ix) detección de conflictos de interés, y x) legislación a favor de gobierno abierto.

La naturaleza jurídica del Parlamento Abierto aparece vinculada al ejercicio de transparencia. Fueron necesarias las reformas constitucionales de 2014 en materia de acceso a la información, así como la publicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información (reglamentaria del artículo 60. constitucional), publicada en mayo de 2015, para maximizar el principio de transparencia, así como el libre y pleno ejercicio del derecho a la información y protección de datos

¹ Entre estas asociaciones se encontraba Arena Ciudadana, Borde Político, Consorcio para el Diálogo Parlamentario y la Equidad, Gestión Social y Cooperación (GESOC), Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), Impacto Legislativo, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, OPI, Social TIC, Sonora Ciudadana, Transparencia Mexicana y Visión Legislativa; a fin de impulsar dicha Alianza. Véase IMCO (2014): *Diagnóstico Parlamentario Abierto en México*. Recuperado el 2 de octubre de 2019 de https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/diagnostico-de-parlamento-abierto-en-mexico/.

personales. Así, la figura de Parlamento Abierto se encuentra regulada por el sistema jurídico nacional, en armonía con el derecho convencional en la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, la Carta Internacional de Datos Abiertos, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, la Declaración sobre Transparencia Parlamentaria, entre otros documentos internacionales.

Por su parte, la *Justicia Abierta* se refiere a la apertura del sistema de impartición de justicia. Sus valores, al igual que los de Gobierno y Parlamento Abierto, son la transparencia, participación y el acceso a la justicia. Implica que las autoridades dedicadas a su impartición y administración difundan, en forma oportuna y de manera transparente, las acciones trascendentes para su optimización, tendiendo un puente de comunicación entre ciudadanía y autoridades. Así, la Justicia Abierta debe servir como facilitador para que exista una cooperación entre órganos de impartición de justicia, de manera que la información sea accesible para las instancias investigadoras y juzgadoras y, desde luego, para las partes.

Una de las características de la Justicia Abierta es que fomenta que los tribunales empleen herramientas que permitan la comunicación entre todas las instancias, partes involucradas y sectores interesados — como medios de comunicación— para conocer las necesidades o intereses de las y los usuarios del sistema judicial, y a partir de ello diseñar e implementar políticas que sean útiles para privilegiar el acceso a la justicia y fomentar la participación ciudadana. En dichas herramientas se encuentra el desarrollo tecnológico como elemento fundamental. Todo con miras a la comprensión de lo que se está haciendo, e incrementar la confianza en la independencia judicial.

Rodrick (2007) señala que una de las funciones del principio de justicia abierta es hacer entender al ciudadano y a la víctima la justificación de la sentencia, así como que los tribunales están abiertos al público, y quien ejerce su derecho de estar presente en la sala de vistas es libre de relatar al exterior lo que ve y oye.

Hay que considerar que el Poder Judicial es uno de los poderes públicos menos sometidos al escrutinio público. Por ello, dentro de los componentes de la Justicia Abierta, encontramos que esta comprende un sometimiento de la actividad jurisdiccional —particularmente de las decisiones judiciales— al escrutinio público; que, como forma de rendición de cuentas ante la sociedad, abona a la construcción de la confianza en la labor jurisdiccional y a la garantía de la independencia de los jueces. Lo que trae consigo una nueva forma de impartición de justicia, acorde al contexto de la sociedad contemporánea, que exige conocimiento y difusión de las decisiones judiciales. Esto implica, según Ríos,

un mayor uso de las TIC de forma eficaz y confiable, un canal de interrelación entre jueces y sociedad, que tiene por objeto que los órganos de justicia se comuniquen abiertamente con los justiciables, para que cada uno entienda su labor; con lo cual, se genera cercanía y confianza que abona a la legitimidad de la actividad judicial (2018).

III. Avances en el Estado de Guanajuato

A nivel nacional, las entidades federativas no se encuentran ante un buen escenario en las últimas evaluaciones de Gobierno, Parlamento y Justicia Abierta. Con respecto a la primera, en el caso particular de Guanajuato, el estudio *Métrica de Gobierno Abierto 2019* indica que la entidad tiene un valor de 0.54 de 1.0 en el índice de Gobierno Abierto; mientras que la Ciudad de México es la primera entidad en este índice con un valor de 0.64 puntos (INAI, 2019).

Con respecto al modelo de Parlamento Abierto, la última edición del *Diagnóstico sobre el Parlamento Abierto en México 2017* (elaborado por nueve de las organizaciones de la sociedad civil que impulsaron la Alianza para el Parlamento Abierto) indica que el Congreso del Estado de Guanajuato cumple al cien por ciento con los principios integradores de este modelo de Derecho a la Información, Información Histórica, y Legislación a Favor del Gobierno Abierto, a su vez señala que cumple de manera satisfactoria con los de Participación Ciudadana y Rendición de Cuentas, Información Presupuestal y Administrativa, Información Sobre Legisladores y Servidores Públicos, y Accesibilidad y Difusión. No obstante, se cubre de forma insatisfactoria el principio de Conflictos de Interés; y de forma nula el principio de Datos Abiertos y Software Público (APA, 2017).

En materia de Justicia Abierta, se presenta un escenario desolador. El informe *(In) Justicia abierta: ranking de opacidad judicial en México de 2019*, elaborado por EQUIS Justicia para las Mujeres, indica que Guanajuato es la quinta entidad del Ranking de (In) Justicia Abierta, con un puntaje de 40%, donde Yucatán es el estado en la primera posición, con apenas un 47.5%.

Ante este contexto, en el estado se ha avanzado sobre estos modelos de gobernanza. En el modelo de Gobierno Abierto, desde 2015, derivado de la Estrategia Digital Nacional presentada por la Presidencia de la República dos años antes, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se establece la regulación en materia de datos abiertos. Dicho decreto es el sustento para la celebración del *Convenio de Colaboración para Facilitar el Acceso, Uso, Reutilización*

y Redistribución de los Datos Considerados de Carácter Público Puestos a Disposición de Cualquier Interesado en el Portal www.datos.gob.mx. Dicho convenio fue firmado por todos los gobernadores en la LII Reunión Ordinaria de la Conferencia Nacional de Gobernadores (Conago) en mayo de 2017; convenio del que derivó el clausulado que contiene los planes de trabajo por el que se coordinan las acciones del Gobierno del Estado, a través de la Unidad de Gobierno Digital de la Secretaría de la Función Pública Federal (SFP).

Sin embargo, Gobierno Abierto no es lo mismo que gobierno digital. Por ello, en 2017, el Instituto de Acceso a la Información Pública para el Estado de Guanajuato (IACIP) realizó la invitación a los tres poderes del estado, así como a la Asociación Mexicana de Mujeres Empresarias Capítulo León (AMEXME), con el objetivo de firmar la Declaratoria Conjunta para la Implementación de un Gobierno Abierto, firmada en junio de ese año, de manera que Guanajuato se convirtió en la primera entidad en suscribir una declaratoria que incluye a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En esta declaratoria se pactaron las acciones para generar una cultura gubernamental receptiva y con capacidad de atender las necesidades de la ciudadanía. Para tal efecto, se acordó la integración de un Secretariado Técnico Local como responsable de coordinar los trabajos de Gobierno Abierto en el estado. En este contexto, el IACIP gestionó la profesionalización y el apoyo para instalar el Secretariado Técnico Local y la elaboración de un Plan de Acción Local mediante cursos, capacitaciones, talleres, conferencias y asesorías con la colaboración de instituciones expertas en la materia².

Derivado de lo anterior, en febrero de 2018 se aprobó la convocatoria abierta y permanente para promover la participación de la sociedad civil en la cocreación de políticas públicas. Tres meses después, se firmó el Acta de Instalación del Secretariado Técnico Local de Gobierno Abierto, el cual tiene como objetivo coordinar e incorporar los intereses de actores que participen en el ejercicio de este modelo de gobernanza en el estado, así como establecer una ruta de acción para la integración, difusión y cumplimiento del Plan de Acción Local. Este órgano, al día de hoy lo integran el IACIP, los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado, el municipio de León, la Universidad de Guanajuato, AMEXME, y las asociaciones civiles Gentileza Es Unión y Colores del Rincón.

² Entre otras, el INAI, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) México, Gestión Social y Cooperación A.C. (GESOC), y Consultoría Social AMAP: Análisis en Materia Pública y Pro-sociedad.

Una vez integrado el Secretariado Técnico Local, en julio de 2019 se presentó el Plan de Acción Local de Gobierno Abierto, con los objetivos de transparentar información socialmente útil haciendo uso del lenguaje ciudadano; mejorar la comunicación sociedad-gobierno; fomentar la equidad regional; establecer y ejecutar modelos de participación ciudadana; promover la mejora de la salud; y fortalecer los procesos de rendición de cuentas. Con una metodología de sensibilización, información, consulta y construcción conjunta, estos objetivos se desarrollan en los ejes Juzgar con Perspectiva de Género, coordinado por el Poder Judicial; Modelos de Datos Abiertos, coordinado por el municipio de León; Parlamento Abierto, coordinado por el Congreso del Estado; Mejora de Servicios Educativos, coordinado por la Universidad de Guanajuato; Transparencia Presupuestaria, Salud, y Gobierno Ciudadano, coordinados por el Poder Ejecutivo del Estado.

Por otro lado, respecto al modelo de Justicia Abierta, en cumplimiento de las acciones del Plan de Acción del Secretariado Técnico local, el Poder Judicial del Estado presentó en abril de 2019 —y desarrolla desde entonces y hasta junio de 2020— el proyecto *Difusión de sentencias emitidas con perspectiva de género con un lenguaje sencillo y entendible para la sociedad*. El proyecto consiste en traducir las sentencias emitidas con contenido de perspectiva de género con el propósito de crear confianza, cercanía y empatía en la sociedad, a través de una representación visual-informativa, de tal manera que para la población sea útil y fácil su entendimiento mediante su difusión en la página web del Poder Judicial del Estado, así como sus redes sociales. El alcance del proyecto abarca desde la selección y traducción de las sentencias emitidas con contenido de perspectiva de género, el diseño de las infografías correspondientes a cada sentencia, la selección dentro de la página web del Poder Judicial del Estado para la visualización de estas, su difusión en redes sociales y el seguimiento de resultados.

Finalmente, respecto al modelo de Parlamento Abierto en Guanajuato, es necesario traer a la memoria que, el 13 de mayo de 2016, se publicó en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado, con la que el Congreso estatal comenzó a incorporar los principios del Parlamento Abierto al marco normativo del Estado, al implementar la transparencia y el derecho de acceso a la información mediante la publicación de la gaceta parlamentaria, la agenda legislativa y la consulta de iniciativas a través de su portal de internet, entre otras acciones. Posteriormente, el 1 de enero de 2017, entró en vigor la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado, que dispuso la figura del Congreso

Abierto, se incorporó la figura del cabildeo³, se asentó la obligación a la Junta de Gobierno y Coordinación Política del Congreso de elaborar los Lineamientos de Parlamento Abierto, y se estableció la creación de un Consejo Ciudadano de Parlamento Abierto⁴. Para concretar este bloque de reformas, en noviembre de ese año, el Pleno del Congreso declaró aprobada la Minuta con Proyecto de Decreto emitida por la Sexagésima Tercera Legislatura mediante la cual se adicionó un segundo párrafo al artículo 41 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, en materia de Parlamento Abierto.

Todo lo anterior fue antecedente para lo que hoy existe vigente en el texto normativo de la Constitución local y la Ley Orgánica del Poder Legislativo. El 18 de noviembre de 2018, en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado, número 228, tercera parte, fue publicado el Decreto mediante el cual se reformó la Constitución local, a fin de disponer que los Poderes del Estado, incluyendo los ayuntamientos, deberán regirse bajo los principios de Parlamento Abierto, Gobierno Abierto y Justicia Abierta⁵.

Posteriormente, en el Periódico Oficial del Estado, número 51, segunda parte, del 12 de marzo de 2019, se publicó el decreto mediante el cual se reformó la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado, por el que se modifica el concepto Congreso Abierto por el modelo Parlamento Abierto. Además, se extingue el Consejo Ciudadano del Parlamento Abierto y se crea en sustitución de este el Observatorio Ciudadano Legislativo, como mecanismo de evaluación objetiva del desempeño de las y los legisladores, mismo que fue instalado y entró en funciones el mes de octubre del mismo año.

³ Esta institución constituye la actividad de particulares que promueven intereses legítimos, propios o de terceras personas, ante los órganos del Congreso del Estado, o ante las propias diputadas y diputados, con el propósito de impulsar iniciativas y propuestas para fortalecer la toma de decisiones.

⁴ Consejo integrado por destacadas personas conocedoras de las diversas ramas profesionales, externos al Congreso, que apoyaría en el trabajo legislativo de manera honorífica y que duraría solo una legislatura.

⁵ Puede leerse en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato el siguiente articulado:

Artículo 36. [...]

Los Poderes del Estado deberán regirse bajo los principios de Parlamento Abierto, Gobierno Abierto y Justicia Abierta, respectivamente, mismos que estarán orientados a la transparencia, la participación ciudadana y la rendición de cuentas en los términos de sus respectivas leyes orgánicas.

Artículo 117. A los Ayuntamientos compete:

I. a xvii. [...]

Los Ayuntamientos se regirán por el principio de Gobierno Abierto, en términos de su Ley Orgánica.

Finalmente, el Periódico Oficial del Estado, número 114, segunda parte, con fecha del 7 de junio de 2019, publicó el decreto por el que se reformó la Ley Orgánica Municipal para el Estado, a fin de disponer que los ayuntamientos garanticen la implementación del modelo de Gobierno Abierto.

No se omite mencionar que, para efectos de cumplir con el Plan de Acción Local de Gobierno Abierto, el Congreso del Estado desarrolla el proyecto Aplicación de Lenguaje Ciudadano, con el objeto de abonar a la construcción de un sentido de pertenencia de la ciudadanía hacia las actividades del Congreso del Estado, a través de la implementación de un lenguaje claro, sencillo y directo que permita dar a conocer el quehacer parlamentario a la sociedad guanajuatense.

Con estas reformas legislativas el Congreso del Estado elevó de categoría los modelos de Gobierno, Parlamento y Justicia Abierta dentro del derecho positivo local. Dichas acciones no solo obligan a cumplir sino a promover el respeto y la aplicación de sus principios contenidos y a los propios modelos.

IV. Oportunidades y buenas prácticas

Sin minusvalorar los avances que se han hecho, persiste una apreciación: no sabemos si estas mejoras realmente responden a los problemas de déficit democrático y de *sociedad alejada*. Cuando hablamos de buenas prácticas, nos referimos a aquellas que resultan relevantes entre las que se realizan para lograr los resultados esperados. En el presente apartado, se recopilan experiencias cuyos resultados han sido positivos y que pueden ser transferidos a otras entidades para mejorar el impacto y la implementación de los modelos de Gobierno, Parlamento y Justicia Abierta.

En Durango se desarrolló, desde su Plan de Acción Local de Gobierno Abierto⁶, el proyecto *Follow the Money* (FTM) en el programa concurrente Agua Limpia, compromiso asumido con la organización Global Integrity. Dicho proyecto tiene como finalidad recabar la información acerca del dinero asignado y su ejercicio en el programa Agua Limpia en Durango, con el objetivo de proponer mecanismos de mejora

⁶ Véase Instituto Duranguense de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (2015): Plan de Acción Local de Gobierno Abierto Durango 2015-2016. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: <http://www.idaip.org.mx/archivos/docs/PAL%20Durango%202015-2016%20Gobierno%20Abierto.pdf>

que logren enriquecer la participación ciudadana. FTM es una iniciativa internacional coordinada e impulsada por la organización mencionada, con el objetivo de seguir la huella al dinero público en distintos países para mejorar la eficiencia de su ejercicio de acuerdo con las expectativas ciudadanas. Igualmente, la entidad desarrolló el proyecto Ladrilleras, que tuvo como finalidad la actualización del padrón único y abierto de estas plantas, con el objeto de reducir la operación de las ladrilleras artesanales y promover la cultura del manejo y disposición adecuada de residuos sólidos urbanos.

En Jalisco⁷ se realizó en 2017 el Proyecto de Intervención en la colonia Lomas de Polanco, a través de la Coordinación vecinal con policía y espacios abiertos del municipio de Guadalajara. El objetivo consistía en aumentar la confianza entre autoridades de seguridad pública y los vecinos que habitan en la colonia Lomas de Polanco, a través de la generación de dinámicas y lazos de confianza que fortalezcan la toma de decisiones y retroalimentación sobre los problemas de inseguridad más recurrentes en esa zona y la intervención del espacio público. Asimismo, en dicha entidad se creó el Padrón Estatal de Habilidades para Personas con Discapacidad, a fin de mejorar la empleabilidad y la inclusión laboral de personas con discapacidad a través de la adaptación de procesos administrativos, industriales y comerciales del sector productivo, con el fin de permitir que estos puedan ser operados, en algunas o todas las etapas, por personas con discapacidad. En materia de Justicia Abierta, Jalisco cuenta con el proyecto Nuevo Modelo de Selección y Designación de Peritos Auxiliares de Justicia, que tiene por objeto generar confianza y certidumbre en la selección de los aspirantes a formar parte de la lista de peritos a través de un proceso imparcial, donde los requisitos para formar parte de tal lista se revisan y se actualizan, además de establecer remuneraciones justas.

Nuevo León⁸, en el eje de Justicia Abierta, cuenta con el proyecto Transparencia Jurisdiccional, que tiene por objeto fomentar la cultura de la legalidad a través de la transparencia proactiva de la labor jurisdiccional, mediante la difusión dentro del portal web del Poder Judicial de los criterios judiciales relevantes y de interés público que emiten los

⁷ Véase Secretariado Técnico de Gobierno Abierto Jalisco (2019): Segundo Plan de Acción Local Gobierno Abierto Jalisco 2019-2020. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: http://micrositios.itei.org.mx/wp-content/uploads/2019/09/PAL_v4_18Sept-comprimido.pdf

⁸ Véase Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León (2019): Plan de Acción Local de Gobierno Abierto de Nuevo León 2019. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: http://gobiernoabierto.nl.org.mx/plan_accion.pdf?usp=sharing

jueces, junto con las versiones públicas de las resoluciones respectivas, previa su aprobación por el Comité de Mejora Regulatoria del Consejo de la Judicatura del Estado.

En el Estado de Oaxaca se logró la Creación del Banco de Información de Georreferencia de Oaxaca de Juárez (BIG-OAX)⁹, que tiene como finalidad construir una herramienta digital que permita empoderar a la ciudadanía y romper inercias gubernamentales en el uso y difusión de información confiable, actualizada y de alto impacto ciudadano, para contar con canales de interacción entre instituciones públicas municipales y sociedad civil.

En la entidad de Veracruz¹⁰ se desarrolló la evaluación y transformación de los portales web municipales, a efecto de transparentar la información y poner a disposición de la ciudadanía los documentos en formatos abiertos. Igualmente, junto con la Fiscalía General del Estado de Veracruz, cuentan con un Registro Público de Personas Desaparecidas y un Registro Público de Búsqueda y Localización de Personas Detenidas, a través de herramientas tecnológicas de fácil acceso que permiten, del primero, la alimentación, intercambio, confirmación y contraste de datos de personas desaparecidas para facilitar su búsqueda y localización, al igual que diseñar una guía ciudadana de prevención para casos de desaparición; y del segundo, la búsqueda por nombre, sexo y fecha de nacimiento, con actualizaciones diarias de las personas detenidas.

Zacatecas¹¹ instituyó un observatorio de sitios con el título de patrimonio mundial, luego de diversos sucesos polémicos en las remodelaciones realizadas por la administración pública estatal en el centro histórico de la capital. Dicho observatorio tiene como objeto ser un instrumento colectivo y canal de apertura entre la sociedad y gobierno, a fin de incrementar el nivel de transparencia y coadyuvar en la toma de decisiones respecto a la preservación del patrimonio cultural de Zacatecas.

⁹ Véase Secretariado Técnico de Gobierno Abierto del Estado de Oaxaca (2018): Plan de Acción Local 2018. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: http://www.stgao.org/archivos/PLAN_ACCION_LOCAL_2018.pdf

¹⁰ Véase Instituto Veracruzano de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales e INAI (2015): Primer Plan de Acción Local de Gobierno Abierto de Veracruz. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: http://www.veracruzgobiernoabierto.com.mx/documentos/2017/Cuadernillo_GA_final.pdf

¹¹ Véase Secretariado Técnico Local (2016): Plan de Acción Local 2016-2017 Gobierno Abierto Zacatecas. Recuperado el 1 de octubre de 2019 de: <http://www.gobiernoabiertozacatecas.org.mx/ga/wp-content/uploads/2018/06/PAL-final.pdf>

A nivel internacional en materia de Justicia Abierta, Lillo Lobos (2011) recopiló datos de los sistemas judiciales de países que han demostrado que el uso de las TIC tiene una gran utilidad como herramienta de acercamiento del trabajo de los tribunales a la ciudadanía. En Finlandia, el Sistema Tumas opera con una base de datos que contiene la información de los casos que se ventilan ante los órganos de justicia, como las particularidades de las partes; la naturaleza y el monto del caso; los documentos que integran el expediente; y los resultados de las audiencias. Este sistema también cuenta con modelos estandarizados de decisiones que facilitan la labor de los juzgadores, pues permiten la carga de datos del caso de manera anticipada y la elaboración de documentos que constituyen la base del proyecto de sentencia.

En Singapur el sistema judicial Electronic Filing System (EFS) lo constituye una red diseñada para facilitar la conducción expedita y efectiva de los litigios, donde se integran los precedentes, juzgadores, y abogados; en ella se pueden manejar los expedientes de forma electrónica, con acceso las veinticuatro horas del día, para ingresar escritos, consultar y solicitar copias de estos, y enviar a las contrapartes los escritos que se presenten.

En Portugal se emplea el portal judicial Citius¹², desde el cual los jueces, fiscales, ministerios públicos y abogados pueden presentar documentos, realizar notificaciones electrónicas y programar alertas sobre la tramitación y resolución de los casos.

Costa Rica cuenta con el Programa de Gobierno Judicial Abierto, que da a conocer los estados financieros y presupuestarios de la institución judicial, proporciona estadísticas sobre la impartición de justicia, y posibilita realizar trámites en línea.

Finalmente, en materia de Parlamento Abierto, las autoras Caridad y Martínez (2015) compilan algunas de las buenas prácticas en el mundo. Destaca en el Reino Unido la plataforma TheyWorkForYou.com, un portal de monitorización que ofrece acceso a información del Parlamento británico, el Parlamento escocés, la Asamblea de Irlanda del Norte y la galesa. En Estados Unidos, el sitio GovTrack.us es una de las plataformas de transparencia parlamentaria más utilizadas del mundo, permite la búsqueda de parlamentos, propuestas de leyes, registros de votaciones, trabajo de comités y subcomités, y legislación por estado.

¹² www.citius.mj.pt

V. Conclusión

La Justicia, Gobierno y Parlamento Abierto son políticas de gobernanza y administración que pretenden generar un mayor vínculo entre la sociedad y sus autoridades, a fin de tener mayor y mejor información así como herramientas para el desempeño de las labores jurisdiccionales, administrativas y parlamentarias; de igual modo buscan generar una mayor legitimidad de las instituciones y sus actividades, lo cual implica una mayor aceptación y cumplimiento de sus iniciativas y, consecuentemente, el fortalecimiento del Estado de derecho.

Las actividades dentro de los congresos, dentro de los tribunales y las unidades y dependencias de la administración pública deben desarrollarse a puertas abiertas ya no solamente por ética profesional, sino por los principios contenidos en la ley de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, además de transmitirse —mediante un lenguaje accesible y de fácil entendimiento— el producto del trabajo en estos espacios de toma de decisiones. Por lo anterior, los operadores judiciales, parlamentarios y los del Ejecutivo juegan un papel trascendental en el fomento de una cultura de la legalidad, al acercar el Derecho a la sociedad de forma más clara.

A pesar de los avances en el estado, existen tareas pendientes para lograr la consolidación de un Gobierno Abierto, con un parlamento y tribunales con apertura. Se debe seguir en el camino de la implementación de acciones contundentes y precisas para la conformación de un Gobierno, Parlamento y Justicia Abierta, a fin de fomentar y mejorar lo ya realizado e impedir la injerencia de las amenazas a la calidad democrática del estado.

VI. Fuentes

- ALCARAZ, F. (2013). *Análisis de las prácticas de responsabilidad social en gobiernos locales: un estudio empírico*. Tesis de doctorado. Universidad de Granada.
- ALIANZA PARA EL PARLAMENTO ABIERTO. (2017). *Diagnóstico sobre el Parlamento Abierto en México*. México.
- ARISTÓTELES (1948). *La Constitución de Atenas*. España: Instituto de Estudios Políticos.
- CALDERÓN, C. y LORENZO, S. (coords.) (2010). *Open Government: Gobierno Abierto*. España: Algón Editores.

- CARIDAD, M. y MARTÍNEZ, S. (2015). Políticas de acceso a la información: buenas prácticas y casos paradigmáticos. *Sociedad, Estado y Territorio*, 4(2), pp. 7-33.
- Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública. (2009). Portugal. Recuperado de <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-participacion-ciudadana>
- CASTRO, J. (1996). *Garantías y amparo*. México: Porrúa.
- CRUZ, C. (2018). *Parlamento Abierto en Guanajuato*. México: Editorial Novum.
- EQUIS JUSTICIA PARA LAS MUJERES. (2019). (In) *Justicia abierta: ranking de opacidad judicial en México*. México
- HILL, B. (2012, 30 de octubre). Transparencia y acceso a la información: ni es lo mismo ni es igual [en línea]. *Animal Político. Sección Blog Invitado*. Recuperado de <https://www.animalpolitico.com/blog-invitado/transparencia-y-acceso-a-la-informacion-ni-es-lo-mismo-ni-es-igual/>
- HOOD, C. y HEALD, D. (eds.). (2006). *Transparency: the key to better governance?* Estados Unidos de América: Oxford University Press.
- INAI. (2019). *Métrica de Gobierno Abierto 2019*. México.
- IZQUIERDO, M. (2000). *Garantías Individuales*. México: Oxford University Press.
- LENDO, T. y RESINA, J. (2016). *Parlamento abierto: un análisis comparado de los congresos de Chile, España, Estados Unidos y México*. México: Senado de la República. (Colección Cuadernos de Investigación, núm 27. Dirección General de Análisis Legislativo).
- LILLO, R. (2011). El uso de tecnologías en el sistema judicial: experiencias y precauciones. En *Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia* (pp. 117-140). Argentina: IIJusticia.
- MARTÍNEZ, P. (2012). Gobierno Abierto como medio para la construcción de una nueva relación entre administración y ciudadanía. *Revista Venezolana de Gestión Pública*, (3), 15-35.
- NOVECK, S. (2015). *Smart citizens, smarter state: the technologies of expertise and the future of governing*. Estados Unidos de América: Harvard University Press.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. (2010). *Guiding Principles for Open and Inclusive Policy Making*. Francia: OECD.
- RÍOS, L. (2018). *Justicia abierta, educación jurídica y derechos humanos*. México: Tirant lo Blanch.
- RODRICK, S. (2007). Open justice and suppressing evidence of police methods: the positions in Canada and Australia – Part One. *Melbourne University Law Review*, (31), 171-200.

- ROTHSTEIN, B. y USLANER, M. (2005). All for all. Equality, corruption and social trust. *World Politics*, (58), 41-73.
- SECCHI, P. (2013). Parlamento abierto y transparente, un acercamiento a lo inevitable. En Bohórquez, E. (coord.). *Parlamento abierto: logros y retos* (pp. 27-38). México: Transparencia Mexicana.
- TAPSCOTT, D. (2010). *Open Government: collaboration, transparency and participation in practice*. Estados Unidos de América: O'Reilly.
- VERGARA, A. (2014). Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión «principios» por el legislador. En Letelier, R. y Rajevic, E. (coords.). *Transparencia en la Administración Pública* (pp. 191-207). Chile: Legal Publishing.

Gobierno Abierto, una alternativa contra la corrupción

Katya Morales Prado*

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo. III. Conclusiones. IV. Fuentes.

I. Introducción

Podríamos pensar que la batalla contra la corrupción está perdida, no tener ya ninguna esperanza y desfallecer contra este monstruo de las mil cabezas. O podríamos buscar un esquema que funcione y luego empeñar todos nuestros esfuerzos en hacer que suceda.

El gobierno con el pueblo es la respuesta que promete dar las mejores herramientas. Pero ¿en dónde se ha posicionado el pueblo frente a la acción de gobernar en forma tradicional?, ¿se le ha dado a la ciudadanía un lugar en las tomas de decisiones gubernamentales?, ¿tiene el ciudadano realmente injerencia en estos rubros?

La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo; todo el poder público emana de él y existe justamente para su beneficio. Esto se encuentra señalado en el artículo 39 constitucional el cual, desde su promulgación el 5 de febrero de 1917, no ha sido modificado y a la letra dice: «La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno».

La propia Constitución continúa señalando que el pueblo ejerce esta soberanía a través de los Poderes de la Unión y por los poderes de los estados y de la Ciudad de México. Es decir, si bien la soberanía pertenece al pueblo, el ejercicio de la misma pertenece al gobierno; lo

* Miembro del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Estatal Anticorrupción del Estado de Guanajuato. Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo de la Universidad Iberoamericana León.

cual se puede simplificar en decir que el dueño es el pueblo, pero quien la usa es el gobierno. Entonces, la pregunta obligada es: ¿qué tanto beneficio o provecho reporta para el pueblo ser el dueño de la soberanía si no puede hacer uso de ella?

Esta pregunta es capciosa, puesto que los estudiosos de la administración pública podrán contradecir en la respuesta la afirmación que lleva implícita, al señalar que el pueblo sí hace uso de su soberanía y lo hace, justamente, a través del ejercicio de los actos de gobierno que llevan a cabo los poderes que democráticamente el pueblo ha elegido; afirmación que resulta románticamente perfecta y funcional dentro de un mundo ideal de teoría política. Sin embargo, en la práctica y en la vida cotidiana nos enfrentamos a una realidad en donde existe una división total entre pueblo y gobierno, en donde la administración pública se muestra como forma aislada al pueblo y el pueblo desconfía del gobierno, al que señala como un ente contrario al de sus intereses pero al que no se considera capaz de enfrentar. Por lo que, consecuentemente, asume una postura resignada de mártir, donde son unos pocos los que se informan y combaten con las previsibles reacciones adversas de parte del gobierno.

Buscar entender cómo el pueblo y el gobierno pueden interactuar de una manera en que se ejerza la soberanía en verdadero provecho de los ciudadanos, es el nuevo reto de los sistemas de Gobierno. Conseguir una sinergia participativa que construya en beneficio dentro de un marco operativo funcional es el desafío.

II. Desarrollo

Hasta hace aproximadamente dos décadas, los sistemas de administración pública que regían eran aquellos basados en una organización piramidal con responsabilidades repartidas en función de las jerarquías. Estos modelos —gestados a finales del siglo XIX— nos ofrecían soluciones de administración pública donde se contaba con enfoques estructurales, basados en cinco ideas fundamentales (Walash y Stewart, 1992) que definían cómo funcionaba esta:

1. La idea de la autosuficiencia del gobierno, entendiendo que, de forma autónoma, el gobierno sin necesidad del pueblo podía manejar la economía y la sociedad.
2. La idea del control directo, precisando que, dentro de la estructura jerárquica piramidal, los individuos que se encontraban en la punta eran capaces de ejercer el control.

3. La idea de la rendición de cuentas ascendente. Donde la obligación de rendir cuentas se verificaba de abajo hacia arriba, es decir, partiendo del subordinado jerárquico y después en quien ocupaba el nivel superior, y así en forma hilada.
4. La idea de la uniformidad, en la que se ostentaba que el gobierno daba el mismo trato a todas las personas buscando una equidad y promoviendo una supuesta democracia.
5. La idea de un sistema burocrático, en el cual se entiende que todos los trabajadores del Estado deben observar procedimientos estandarizados de trabajo.

Sin embargo, tal como lo considera Guy Peters (2004):

Esta lista refleja que, en la concepción convencional de la administración pública, los organismos del sector son autónomos respecto de la sociedad y se considera que toda vinculación que tengan aquellos con esta se dará a través del sistema político, no por los lazos que establezcan con las redes sociopolíticas o por la acción conjunta que realicen con organizaciones del sector privado. (p. 74)

Así pues nos encontramos dentro del esquema tradicional en donde el Estado, en su función de administrador, se organiza de una manera que le sea conveniente. No necesita del pueblo para gobernar, establece una estructura compuesta única y exclusivamente de funcionarios que rinden cuentas a sus superiores directos y nunca al pueblo, donde se asume como democrático por el presunto trato igual otorgado a todos los gobernados, y porque en un ejercicio de sufragio habrían sido los propios ciudadanos quienes los habrían elegido para realizar todas estas funciones del gobierno.

Como puede observarse, la división entre gobierno y pueblo es absoluta. Son dos entes separados que se tocan tangencialmente solo en dos momentos: cuando el pueblo, a través del sufragio, elige a los gobernantes y al momento en que las decisiones de los gobernantes afectan de manera directa a los intereses del pueblo. Pero no hay una interacción entre ellos en la forma en que se toman las decisiones, ni en la evaluación de los resultados que dichas decisiones arrojen.

La única participación ciudadana en el supuesto proceso de ejercer la soberanía consistía en la elección, a través de las urnas, de los representantes que detentarían el gobierno. Esto se realizaba a través del ejercicio de una *democracia pasiva*, la cual consistía en todo un proceso ordenado, coordinado y controlado por el propio gobierno, en el que los partidos políticos (porque no había manera de acceder a un puesto de elección popular a menos que se fuera postulado por un partido

político) le daban a conocer a la ciudadanía, de una manera mercadológica, los candidatos que ocuparían los puestos de elección popular. Se nos fabricaba un candidato, se creaba un personaje y, de pronto, las ciudades se inundaban de las caras y los nombres de los aspirantes para hacernos creer que los conocíamos, y así crear una identificación personal con gente que realmente nunca habíamos visto, pero que a fuerza de repetición llegábamos a identificar y hasta interiorizar. De igual forma se nos repetían eslóganes, canciones y discursos dirigidos a crear simpatía por el candidato, sin que realmente supiéramos si todas esas ideologías eran en verdad abrazadas o al menos entendidas por él.

Una vez que sabíamos quiénes eran los individuos que nos representarían, a quiénes delegaríamos la soberanía que originalmente estaba en nosotros (ya que todos cantábamos sus *singles* y hacíamos bromas con sus frases, sin que se nos proporcionaran datos relevantes de sus hojas de vida como preparación académica, trayectoria profesional, ideología personal, plan fundamentado de trabajo, propuestas de colaboradores reclutados para integrar el gobierno en forma conjunta con el candidato; parecía que nada de esto importaba), una vez resuelto el primer punto, entonces, como una segunda instancia, procedíamos a emitir el voto en las urnas tan solo para vernos con el problema del abstencionismo. Al observar las cifras de abstencionismo de las últimas nueve elecciones presidenciales en México encontramos que, según datos del Instituto Nacional Electoral, a partir de las estadísticas de las elecciones federales publicadas en su página web, el abstencionismo oscila entre el 24.15% y el 52.58%, situándose en promedio en 34.98%, lo que se traduce en que este porcentaje de ciudadanos no participó en la delegación de la soberanía que detentaba tal como señala la Constitución.

Aunado a esto, existe el factor del fraude electoral que tanto ha lastimado al pueblo de México, en donde las historias de «urnas embarazadas» y operaciones fraudulentas —con nombres tan cómicos como «mapaches veloces» o «ratón loco»— indujeron la noción de la poca utilidad de emitir un voto cuando ya todo estaba decidido y arreglado desde arriba. En consecuencia, esta ideología aumenta la apatía y produce que la democracia pasiva limitada al voto se vuelva una democracia en punto muerto, en la que los electores ya ni siquiera se preocupan por elegir pues ellos mismos no creen en su voto, no creen que este pueda tener alguna influencia sobre el resultado y se limitan a contemplar, como meros espectadores resignados, cómo se gesta el nuevo gobierno que nada les debe ni nada les da.

En esta figura de democracia pasiva lo que nos encontramos es un esquema en el que el ciudadano, una vez que conoció sin realmente conocer al candidato ni a su plan de gobierno, acude a votar por el que le

dijeron que era el menos peor, o por quien más gustó su canción de campaña (incluso hay muchos que no votan o votan nulo y después se enteran quién fue el candidato favorecido de la elección popular), o por el del partido que mejor le parece, pero sin ningún conocimiento respecto a quién está eligiendo. Finalmente, al momento que el ciudadano se enteró quién ganó, se desentiende por completo de los actos de gobierno: ya no sabe ni le interesa saber qué es lo que hará en lo subsecuente el excandidato ahora en su función de autoridad. ¡El ciudadano, poseedor de la soberanía por mandato constitucional, delega esta a un desconocido que no le dice qué va a hacer con el poder que recibe, y a quien no le pide cuenta alguna sobre qué hace con tal responsabilidad!

En los sistemas tradicionales de administración pública, el ciudadano a duras penas sabía quién ganaba la elección, sin embargo, ninguna idea tenía respecto a quiénes se contrataban como funcionarios para integrar la pirámide jerárquica del aparato burocrático; desconocía el plan de gobierno o las acciones concretas que se emprenderían para la consecución de los objetivos; no conocía de directrices, ni mucho menos de reportes, mediciones, indicadores. No, nada de eso se compartía con el pueblo: al pueblo se le necesitaba para votar y después se le botaba.

En forma simultánea a la práctica de la democracia pasiva, con el surgimiento del Estado liberal se busca y se necesita agrandar aún más la brecha entre Estado y sociedad. Al apoyarse en la separación entre lo público y lo privado como base fundamental, aspira a eliminar las injerencias públicas y administrativas e impedir el intervencionismo estatal. Como lo indica Juan Manuel Olarieta (1998), el Estado se ubica como un ser pasivo respecto de la sociedad (pp. 21-23).

Este sistema generó una verdadera crisis de legitimidad en la administración pública, pues no solo se tuvo un engrosamiento significativo de todo el aparato burocrático de gobierno (que llegó a insertar en la sociedad la idea de que *los burócratas no trabajan*), sino que la indiferencia ciudadana fue cada vez mayor. La ciudadanía y el gobierno se dieron la espalda mutuamente. El aparato de administración pública recibía entonces la soberanía y con ella se volvía invencible. Para luchar contra esta invencibilidad estaba concebida y puesta en práctica —al menos en planteamiento— la teoría de la división de poderes, considerada también en el marco constitucional, en su artículo 49, donde establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, sin la posibilidad de que estos tres recaigan en una misma persona. Pero ¿la separación de poderes es realmente un instrumento que controla al poder?

Una cantidad considerable de filósofos, sociólogos y politólogos se han ocupado de la teoría política de la separación de poderes: Aristóteles, Polibio, Cicerón, Hobbes, Locke, Montesquieu, y muchos otros investigadores sociales han dirigido sus esfuerzos a abordar el tema desde distintos puntos de vista.

El primer antecedente significativo sería el filósofo Aristóteles, quien diferenció las funciones del Estado y concluyó que legislar, administrar y juzgar son tareas que deben corresponder a instituciones diversas para que puedan ejercerse de manera efectiva y eficaz.

Por su parte Locke (2017), en su obra de 1689 *Ensayo sobre el gobierno civil*, planteó de manera definitiva las bases de la democracia liberal, de esencia individualista; en toda su argumentación se hace hincapié en la necesidad imperiosa de que el gobierno se encuentre separado en poderes a fin de no desbordarse.

Montesquieu (2013), en su obra *Del espíritu de las leyes*, refiere que todo hombre en ejercicio de poder se ve impulsado a abusar de él y llega hasta donde encuentra límites. El abuso del poder solo se ve impedido si, por la disposición de las cosas, el poder detiene al poder, y propone la sentencia: «Los poderes que se atemperan los unos a los que se contrapesan los unos a los otros, con sus respectivos contrapesos».

Según refiere Villanueva (2014), Adolfo Posada en el principio del siglo xx propone que los problemas políticos y técnicos de su tiempo sobrepasaban la doctrina de la separación de poderes que, por otra parte, no ha podido realizarse prácticamente nunca, por oponerse a ello la naturaleza de los Estados (organismos y no mecanismos), y la índole de las funciones de gobierno que piden, con apremio, gran flexibilidad institucional (pp. 152-155).

No obstante, que el gobierno se encuentre dividido en tres poderes, en lo que resulta a la cotidianidad en su relación con el pueblo, sigue siendo en forma fáctica una unidad. Tal vez exista entre los tres poderes de gobierno un sistema de pesos y contrapesos que los regule y les impida abusar del poder que cada uno detenta (y esto es un tal vez, pues la captura de un poder por otro es un hecho recurrente innegable). Sin embargo, es una realidad que en la relación que presenta el gobierno frente al gobernado, el gobierno se posiciona como un todo en donde, para el entendimiento ciudadano, no queda clara la división de poderes y se encuentra de cara frente a un solo gobierno detentador de todo el poder, que se organiza sin atender las opiniones y sugerencias del ciudadano, que toma decisiones de forma unilateral y que no rinde cuentas de los resultados, sin que importe si este gobierno se llame para efectos teóricos Legislativo, Ejecutivo o Judicial. El gobierno es gobierno y actúa frente al ciudadano como una aplanadora, por lo

que la división de poderes de poco o nada sirve en esta relación de superioridad absoluta, donde para sus efectos el gobierno no tiene freno ni límite.

Para Giovanni Sartori, el final del siglo xx es considerado como la era de la confusión de la democracia, con lo que se refiere al desencanto de los ciudadanos hacia los partidos políticos y el sistema democrático. Sartori (2012) nos lanza una pregunta: «¿Podrá la democracia resistir a la democracia?» (p. 342). No obstante, el autor sostiene que sí, porque «el pesimismo de la inteligencia se combate con el optimismo de la voluntad» (p. 342). Según mi punto de vista, la respuesta es no. En tanto perviva la democracia pasiva de la que hemos hablado en este estudio, así como la separación existente entre sociedad y gobierno, reafirmo un no.

Frente a un gobierno sin contrapesos, separado de la sociedad civil, con una democracia reducida al sufragio simulado, con una ciudadanía apática que no muestra verdadero interés en la cosa pública, que ve al gobierno como a un enemigo del que debe protegerse y mantenerse lo más lejos posible, encontramos, si no la generación de la corrupción (fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde que comenzó a vivir en sociedad), sí un escenario favorable para su crecimiento de manera exponencial, hasta llegar a un grado tan alto que, al día de hoy, el concepto de corrupción es paralelo al de gobierno; ambos son, en muchos sentidos, indivisibles para el imaginario colectivo. Lo cual no es necesariamente cierto, sin embargo, en este caso como en muchos otros, percepción es realidad, y la percepción que se vive en forma alarmante es la de que, en nuestros tiempos, al advertir un acto de gobierno el ciudadano está esperando encontrar en él, de manera automática, un hecho de corrupción.

Todos nos quejamos de la corrupción. Todos estamos conscientes de que es una mala práctica, que genera daño irreparable al país; pero no es sencillo definirla ni delimitarla. Las prácticas corruptas son tan comunes que las hemos normalizado, al grado que existen muchas acciones que vemos como habituales, y así atenuamos en ellas el hecho corrupto. Asimilamos la corrupción al entregar un soborno; al participar de las ganancias de un contrato a quien lo otorga; en la impunidad en juicios en donde salen libres evidentes culpables; también hemos seudoperdonado como actos de corrupción el pedir favores a conocidos o amigos dentro de las dependencias, para evitar o simplificar un trámite; el contar con información privilegiada por medios no oficiales; el aceptar un cargo para el cual no estás cualificado; entre otras acciones que también son corrupción. La idea general es que para que exista corrupción debe haber un intercambio de dinero, lo cual es una

falsedad, pues existen muchas otras monedas de cambio con las que se operan los actos corruptos.

Entonces, ¿qué es corrupción? Por su sencillez y precisión, la definición más aceptada de corrupción es la adoptada por la organización Transparencia Internacional: «El abuso del poder público para beneficio privado» (2019). En el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), publicado por dicha organización, se revela la incapacidad de la mayoría de los países para controlar la corrupción, lo que a su vez contribuye a una crisis de la democracia en todo el mundo. El análisis cruzado del IPC con los datos relativos a la democracia desvela una relación directa entre la corrupción y la salud democrática global. Según el reporte del Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), las democracias caracterizadas como “plenas” obtienen en promedio 75 puntos en el IPC; las etiquetadas como *débiles* una media de 49 puntos; los denominados *regímenes híbridos* (que presentan elementos propios de los sistemas autocráticos), 35 puntos de media; y los regímenes autocráticos son los que obtienen peores resultados con 30 puntos de media (2019).

En esta escala, México obtuvo solamente 28 puntos de los 100 posibles, donde la media en la encuesta es de 43 puntos. Resulta, entonces, que México se encuentra 15 puntos por debajo ubicándose en el lugar 138 de una muestra de 180. Al iniciar el sexenio de Felipe Calderón la posición era el lugar 70, al finalizar nos encontrábamos en el sitio 105; es decir, en ese sexenio se retrocedieron 35 lugares. En tanto que en el sexenio de Peña Nieto se retrocedió en 33 puestos. Casar señala un dato relevante: desde el año 2012, junto con Chile y Nicaragua, México es el país que más puntos ha perdido en el IPC (2016). A decir de Forbes México: «Transparencia Internacional evidencia un problema mundial, pues más de 60% de los países obtuvo menos de 50 puntos en este estudio, lo que refleja que existe una gran incapacidad en los países para controlar la corrupción» (2019).

En México María Amparo Casar (2019) ha realizado una investigación detallada en su publicación *México: Anatomía de la Corrupción*, en la cual se señala que el 79% de los mexicanos considera la corrupción como un problema serio. También se afirma que en 2015 se presentaron casi 5 mil casos de corrupción en la realización de trámites y el 44% de las empresas refirió haber realizado pagos extraoficiales (p. 39).

Tal como ya lo he señalado, una democracia débil es el caldo de cultivo ideal para la corrupción y, como un perfecto círculo vicioso, encontramos que la corrupción provoca indefectiblemente una democracia débil.

El panorama puede ser tan desolador como queramos verlo. El problema de la corrupción genera la desconfianza de la ciudadanía hacia

las autoridades; nulidad de credibilidad en las instituciones; violación de procesos legales; falta de certeza jurídica; así como la percepción de que el objetivo principal de los funcionarios es buscar un beneficio personal. Hoy en día la ciudadanía está convencida de que el pueblo y el gobierno son dos entes contrarios en los intereses finales. Todas estas condiciones conducen a un debilitamiento del Estado.

Debido a la corrupción los ciudadanos no creen en los gobiernos; son ajenos al mismo. Se sienten burlados por los funcionarios; se ha perdido el interés en participar en las tomas de decisiones y en dar seguimiento activo al desempeño del gobierno. En el modelo actual de ciudadanía que tenemos, nos enfrentamos a una gran masa de personas que consideran que su único involucramiento con la democracia es emitir un voto en las urnas y se alejan absolutamente de los procesos de gobierno y toma de decisiones en forma posterior. Mientras que otro pequeño grupo de personas que se encuentran hartas de los actos de corrupción, se han enfrentado sin mayor éxito a un gobierno opaco y defensivo, que los ha llevado a determinar que todo gobierno es corrupto por el mero hecho de serlo y que todas las acciones son realizadas con fines ocultos. Ambas posturas son equivocadas, ya que tanto los totalmente ajenos como los totalmente combatientes no aportan al Estado. Es indispensable crear y mantener una ciudadanía crítica, participativa y un gobierno verdaderamente abierto y receptivo.

El problema de que la corrupción sea una metodología ordinaria en la forma de gobernar ha causado graves daños en la relación gobierno-pueblo. Las prácticas corruptas se han normalizado a tal grado en nuestro esquema diario de relación con las dependencias públicas, que inclusive han dejado de ser percibidas como actos nocivos. Estamos acostumbrados a que los funcionarios de nivel básico —léase ventanillas, oficiales de calle, inspectores— pidan o acepten alguna dádiva o recompensa ya sea por hacer su trabajo o incluso por no hacerlo en un presunto beneficio del ciudadano. Las monedas de cambio pueden ser numerarios, favores recíprocos u órdenes giradas por un superior que prescribe al de nivel inferior actuar ignorando la ley favoreciendo al ciudadano. Todos sabemos que eso *está mal*, nadie se siente orgulloso de participar. Pero no menos cierto es que la mayoría de nosotros hemos echado mano de cualquiera de estos recursos para obtener un beneficio: ya sea menor tiempo invertido, menor costo que pagar o evitar alguna sanción, etcétera. Odiamos la corrupción, pero a nivel base de la pirámide exhorto a quien esté libre de pecado a arrojar la primera piedra; lamentablemente en este rubro *la corrupción somos todos*.

La corrupción se hace presente en los mandos medios, en donde se encuentra gran incidencia de tráfico de influencias, pues con el ánimo

de obtener una carrera ascendente es común la práctica de *seguir línea* en el desempeño de funciones para beneficiar a determinado sujeto o sector, lo cual incluso llega a verse como una cualidad institucional de obediencia antes que una actividad de corrupción.

De igual forma la corrupción se presenta en los más altos niveles de gobierno, donde se cruzan lealtades traducidas en pactos de impunidad; contrataciones llenas de vicios; licitaciones ignoradas o arregladas previamente; designaciones de puestos sin contar con perfil profesional y desvíos millonarios de recursos a través de simulaciones de todo tipo.

Impulsado por la presión internacional y nacional de cámaras empresariales, de la academia y de grupos organizados de la sociedad civil, el Gobierno de México presentó en 2015 las reformas constitucionales en materia anticorrupción. Se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015, y son la base que da sustento a toda la legislación secundaria en la materia. El 8 de julio de 2016 fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* las leyes secundarias que dan vida al Sistema Nacional Anticorrupción. En este paquete legislativo destinado a combatir la corrupción se crearon: la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; y se reformaron con el efecto armonizador la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Código Penal Federal y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. En Guanajuato, el 6 de septiembre de 2016 se realizaron las reformas a la Constitución del Estado para adicionar el artículo 132, que se refiere al Sistema Estatal Anticorrupción, y el 16 de mayo de 2017 se publicó la Ley del Sistema Estatal Anticorrupción de Guanajuato.

Si bien es cierto que las instituciones y autoridades que luchan contra la corrupción han existido desde hace mucho tiempo, podemos encontrar en estas reformas tres aspectos importantes que considerar:

1. Elevan el problema de la corrupción a rango constitucional. Situación que ha sido severamente cuestionada por el reconocimiento expreso del problema en un nivel superior. Sin embargo, lo que no se reconoce no se puede eliminar, por lo que considero que poner de manifiesto en las Constituciones Federal y Estatal el fenómeno de la corrupción es un hecho acertado.
2. Propone la interacción y coordinación entre estas autoridades avocadas al combate a la corrupción.

3. La inclusión de la participación ciudadana. Esta última es tan relevante que incluso es un ciudadano quien preside el comité coordinador en el que participan las autoridades de la materia.

En el entendido de que la corrupción es un fenómeno multifactorial, la solución a la misma debe de ser de igual forma multifactorial. Es decir, no hay manera de plantear una directriz única y pensar que va a resolver el tema; todas las creaciones y reformas legislativas tienen una buena intención. Sin embargo, no son suficientes para progresar en el combate a la corrupción en tanto mantengamos una división contundente entre gobierno y sociedad. La implementación del sistema de Gobierno Abierto es un requisito indispensable para que el combate a la corrupción sea efectivo.

El doctor Édgar Ruvalcaba en su obra *Gobierno Abierto, un análisis de su adopción en los gobiernos locales desde las políticas públicas* (2019) nos propone lo siguiente:

Se puede decir que el Gobierno Abierto es un modelo innovador de apertura en la gestión pública que permite la interacción de diferentes sectores y la coproducción de políticas públicas. Este modelo aún está en desarrollo en la mayoría de los gobiernos que han decidido adoptarlo. Es importante señalar que el Gobierno Abierto aspira a ser un modelo útil para mejorar la calidad de vida de la sociedad y aumentar su componente democrático. Esto implica, tanto la existencia de una sociedad civil más informada y participativa, como la generación de ciudadanos comprometidos en colaborar con su gobierno. Por otro lado, el Gobierno Abierto también implica gobiernos innovadores que estén dispuestos a cogobernar con los ciudadanos. (p. 245)

Los estudios enfatizan la capacidad del Gobierno Abierto para aumentar los valores democráticos en una sociedad. Se hace hincapié en la apertura de datos e inclusión social basada en el uso intensivo de nuevas tecnologías. En el mismo sentido, un gran número de publicaciones sobre este fenómeno enfatizan en crear sinergias entre las instituciones de gobierno y una ciudadanía activa de manera permanente, transparente y colaborativa

En el año 2009, encontramos un fuerte impulso al concepto de Gobierno Abierto en Estados Unidos de América, donde Barack Obama promulgó un Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto, en el cual propone fortalecer la confianza de los ciudadanos con respecto a sus representantes, mediante el uso de los principios de transparencia institucional, participación ciudadana y la búsqueda de formas de colaboración, lo que vuelve indispensable el desarrollo y uso de las nuevas

tecnologías de la información y comunicación: «En el año 2011, en el marco del 66 período ordinario de sesiones de la Organización de las Naciones Unidas, ocho países, entre ellos Brasil y México, estrenan la Alianza para el Gobierno Abierto».

En respuesta se crea un instrumento conocido como Plan de Acción: que son documentos base en los que sociedad y gobierno se comprometen a trabajar de manera conjunta para la resolución de problemas específicos. Y el Secretariado Técnico de la Alianza para el Gobierno Abierto está integrado, por parte del gobierno, por el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y por organizaciones de la Sociedad Civil (Rostro, 2018, p. 21).

La transparencia, la participación ciudadana, la colaboración, los datos abiertos y la rendición de cuentas conforman los principales pilares en los que se apoya la acción políticoadministrativa bajo la perspectiva de Gobierno Abierto (Ruvalcaba, 2019). Debemos entender estos conceptos y tener una pugna intensa por su aplicación, pues en su conjunto son la mejor herramienta con que se cuenta para que el pueblo ejerza su soberanía y se combata de fondo la corrupción.

La transparencia y el acceso a la información son fenómenos constructivos, tutelados ya por la Carta Magna como un derecho humano. El Congreso del Estado de Guanajuato expidió la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Guanajuato el día 13 de mayo del 2016, la cual presenta como temas novedosos y relevantes los siguientes:

- Obliga a autoridades, instituciones y personas físicas o morales que reciban y ejerzan recursos públicos, a ser transparentes.
- Fortalece y articula los procedimientos de los organismos garantes, creando el Sistema Nacional de Transparencia.
- Se homologa el acceso a la información pública con el establecimiento de bases, principios y procedimientos que regirán en todo el país.
- Se regulan los medios de impugnación y se establecen bases de coordinación entre el instituto garante y organismos estatales.
- Se amplía el catálogo de información pública de oficio, que los sujetos obligados deberán poner a disposición del público.
- Se especifican obligaciones de transparencia específicas.
- La información deberá estar a disposición del público y mantenerse actualizada en medios electrónicos, teniendo como sustento tecnológico la Plataforma Nacional de Transparencia.

- Verificación de obligaciones de transparencia por parte del órgano garante y posibilidad de procedimiento sancionatorio en caso de incumplimiento.
- Denuncia ciudadana dirigida al órgano garante en materia de obligaciones de transparencia de los sujetos obligados.
- Implica un principio de máxima transparencia al disminuir las causas de reserva de la información y fortalece la defensa de los ciudadanos.

Es así que la existencia y perfeccionamiento de un marco jurídico que brinde transparencia y rendición de cuentas de los actos de gobierno, enriquece el conocimiento que las personas requieren para una mayor participación democrática, así como para utilizar la información que generan los sujetos obligados para el interés común y específico (Ducoing, 2018, p. 21).

La rendición de cuentas no debe confundirse con presentarse ante la ciudadanía a dictar conferencias o discursos. La rendición de cuentas debe ser un acto ordenado en el que, a través de una argumentación sistemática, se exponga por parte del gobernante a los ciudadanos los motivos, razones y fundamentos por los que se toma una decisión, los planes concretos para ejecutar dicha decisión y, finalmente, los resultados y evaluación de la ejecución. La rendición de cuentas debe forzosamente estar presentada con el respaldo de las constancias fehacientes de todo lo que se presente, y enmarcarse en objetivos específicos. Cualquier exposición que carezca de comprobación accesible, o que evite afrontar las preguntas no se puede considerar como rendición de cuentas. De igual forma, la rendición de cuentas debe realizarse de manera oportuna, esto se refiere a que debe efectuarse en el tiempo presente en que se verifican los hechos; la presentación de una información sobre hechos pasados, reservada durante años, no puede ser considerada tampoco como una actividad de rendición de cuentas.

Manuel Canto Chac publica en 2010 un compendio llamado *Participación ciudadana en las políticas públicas*, en el cual recopila trabajos de varios investigadores que se enfocan en el estudio de los mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones de gobierno, así como la democracia participativa, el gobierno participativo y el presupuesto participativo.

Dentro de la introducción por él redactada, señala la existencia de

[...] dos modelos de democracia contrapuestos: el legal y el participativo; el primero consiste en el principio de la mayoría, que es una forma efectiva y deseable de proteger a los individuos del gobierno arbitrario y, por lo tanto, de

mantener su libertad para que la vida política al igual que la vida económica sea una cuestión de libertad e iniciativa individual; el gobierno de la mayoría debe circunscribirse al imperio de la ley, sus características principales son: un estado constitucional modelado por los rasgos de la tradición política anglosajona que incluye una clara división de poderes, imperio de la ley, intervención mínima del Estado en la sociedad civil y en la vida privada, una sociedad de libre mercado lo más extensa posible. Por otro lado, la democracia participativa se caracteriza por el derecho igual para todos al autodesarrollo que solo puede alcanzarse en una sociedad participativa, que fomente un sentido de la eficacia política, nutra la preocupación por los problemas colectivos y contribuya a la formación de una ciudadanía sabia, capaz de interesarse de forma continuada por los procesos de Gobierno, con participación de los ciudadanos en la regulación de las instituciones clave de la sociedad, incluyendo el lugar de trabajo y la comunidad local, la reorganización del sistema de partidos, haciendo a los cargos de estos directamente responsables ante sus afiliados, y mantenimiento de un sistema institucional abierto que garantice la posibilidad de experimentar con formas políticas. (pp. 17-29)

De igual forma, Canto Chac señala que los tiempos han cambiado y que ahora la participación de la ciudadanía no se puede quedar en la sola delegación del poder, sino que debe tener un gran nivel de involucramiento en el gobierno, entendiendo en este sentido el concepto de gobernanza, la cual implica la pérdida de monopolio gubernamental de los funcionarios electos sobre las decisiones públicas y la participación necesaria de diversos actores de la sociedad en la construcción de las mismas.

Derivado del reconocimiento de derechos humanos inherentes al individuo, se vislumbran de igual forma sus obligaciones para con la sociedad en una actitud de ciudadanía activa.

El autor señala que la participación ciudadana en México ha tenido un desarrollo más lento que en el resto de América Latina.

En Guanajuato con el ánimo de implementar los mecanismos de Gobierno Abierto se publicó el 22 de junio de 2017 la Declaración Conjunta para la Implementación de Acciones de Gobierno Abierto, firmada por el Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, el gobernador constitucional del Estado de Guanajuato, un representante del Poder Legislativo del Estado, un representante del Poder Judicial estatal, la Asociación Mexicana de Mujeres Empresarias capítulo León, así como representantes de la sociedad civil y el Instituto de Acceso a la Información Pública del Estado. En este documento se considera la necesidad de apertura que la ciudadanía necesita del gobierno, donde es fundamental adoptar los

principios de transparencia y Gobierno Abierto desde el nivel local, por lo que resulta imperioso contribuir a la capacitación de la sociedad para poder desarrollar sus derechos y obligaciones ciudadanas. Con esto se reconoce que son limitados los espacios y mecanismos de involucramiento ciudadano en la toma de decisiones e implementación de políticas públicas, que se vive un clima de insatisfacción política y desconfianza ciudadana con una percepción de falta de legitimidad del sistema democrático y del sistema de gobierno vigente. En razón de lo cual se ratifican los compromisos de transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana; asimismo se muestran de acuerdo en que los temas de gobierno deben ser abiertos, con el fin de crear espacios ciudadanos y una agenda compartida entre sociedad y gobierno. También se generaron planes de acción locales integrados por compromisos.

El 18 de mayo de 2018 se estableció un Secretariado Técnico Local, formado por un grupo de ciudadanos y servidores públicos, abogados a la instalación de prácticas de Gobierno Abierto en el Estado de Guanajuato

[...] buscando generar un cambio cultural en los guanajuatenses con el objetivo de transformar la gestión gubernamental a través de la transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana, colaboración interinstitucional, coordinación, incorporación y trabajo interdisciplinario encausado a resultados centrados en la ciudadanía. (Plan de Acción Local de Gobierno Abierto para el Estado de Guanajuato 2019-2021)

Este secretariado se integró por el Instituto de Acceso a la Información Pública para el Estado de Guanajuato, la Asociación Mexicana de Mujeres Empresarias capítulo León, el Poder Legislativo del Estado, la Asociación Gentileza A.C., el Poder Judicial del Estado de Guanajuato, la Asociación Colores del Rincón A.C., el Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato, la Universidad de Guanajuato, el municipio de León y una facilitadora del Secretariado Técnico Local de Gobierno Abierto para el Estado de Guanajuato.

El 5 de julio de 2019 se presentó el Plan de Acción Local de Gobierno Abierto para el Estado de Guanajuato 2019-2021, en el que se precisa como objetivo general:

Mejorar la relación sociedad-gobierno al fortalecer la transparencia, aumentar la participación ciudadana en los asuntos públicos a través del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas, así como combatir la corrupción, lo anterior mediante el aprovechamiento de la tecnología y el uso de un lenguaje ciudadano.

Implementando como objetivos específicos:

- Transparentar información socialmente útil haciendo uso del lenguaje ciudadano.
- Mejorar la comunicación sociedad-gobierno.
- Fomentar la equidad, atendiendo a las condiciones sociales, económicas, educativas, de género y culturales de la región.
- Establecer y ejecutar modelos de participación ciudadana.
- Promover la mejora de la salud.
- Fortalecer los procesos de rendición de cuentas, mediante cuatro ejes temáticos que son:
 - Parlamento Abierto
 - Juzgar con perspectiva de género
 - Mejora de los servicios Educativos
 - Modelo de Datos Abiertos

III. Conclusiones

El mundo como lo conocimos ha cambiado, la oposición a la evolución genera exterminio y adaptarse a los nuevos tiempos es el dilema de la administración pública en este momento; de manera que, al hacer uso de las nuevas tecnologías, se logre adentrarse en la implementación del Gobierno Abierto y con ello combatir la corrupción.

Si bien la ciudadanía se ha tardado en *despertar* pues han sido demasiados siglos de vasallaje, de actitud sumisa y resignada ante el Gobierno, quien al no encontrar un verdadero contrapeso que limite sus atribuciones es comúnmente desbordado por la avaricia que lo lleva a límites de cinismo absoluto, también es cierto que las cosas poco a poco comienzan a ser diferentes.

Se han empezado a ensayar una serie de mecanismos y actividades que promueven la participación ciudadana. Sin embargo, los obstáculos e impedimentos ante los que se han enfrentado estos proyectos incipientes son muchos y fuertes:

1. Los ciudadanos no cuentan con el tiempo necesario para dedicar espacios de participación. Las personas se encuentran ocupadas en la cotidianidad, absorbidas por el ritmo de trabajo con poco tiempo para destinarlo a labores diversas, lo cual hace difícil que puedan organizarse para coincidir en lugares y tiempos a fin de lograr un trabajo conjunto. «Podemos esperar que los ciudadanos participen, pero no que vivan para participar» (Font, 2012 , p.65).

2. Falta mucho conocimiento por parte de la ciudadanía con respecto a las formas y metodologías que el Gobierno observa en sus procesos. Así pues, un ciudadano que carece de experiencia de administración gubernamental difícilmente puede hacer una observación adecuada y puntual sobre el actuar del Gobierno.
3. El temor a la represalia es una situación constante. Cualquier ciudadano que descubre un acto evidentemente de corrupción tiene temor fundado de una venganza por parte del funcionario que llegara a delatar.
4. La certeza de que nunca pasa nada. Tanto los ciudadanos como los propios funcionarios tienen fuertemente acendrada la creencia de que ante los hechos de corrupción realmente nunca pasa nada, y esto hace tanto que se desanime cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos, como que el temor a la represalia de una denuncia fallida sea aún mayor.

Es imperativo tomar decisiones tajantes como sociedad para lograr un verdadero Gobierno Abierto que esté dispuesto a transparentar sus procesos a los ciudadanos, que presente mecanismos operantes para escuchar las opiniones de los gobernados para lograr la confianza del pueblo en el gobierno. Al mismo tiempo es importante establecer políticas públicas de educación y capacitación de la ciudadanía, para que su participación sea de una forma ordenada, con objetivos reales, fuera de jalones mediáticos; con seguimientos de procesos y organización interna de la propia ciudadanía, para así evitar la inhibición por parte de fuerzas políticas contrarias que pretendan camuflar sus intereses adversos al gobierno entre peticiones ciudadanas.

En tanto no se pongan en práctica acciones realmente encaminadas a una colaboración estrecha entre gobierno y ciudadanía, la confianza seguirá decayendo y el nivel de interés ciudadano con ella. Lo que permitirá que los gobiernos se sientan más allá de todo escrutinio y rendición de cuentas, y tomen decisiones sin considerar el bien común, justifiquen con argumentos débiles los actos de corrupción y desestimen la opinión de un pueblo al que, en gran medida, ya no le interesa involucrarse más allá de «cacaraquear» en redes sociales sin trascendencia ni seguimiento alguno.

Cambiamos los enfoques estructurales de la administración pública tradicional por nuevos paradigmas:

1. La idea de interacción necesaria para una buena administración pública entre el gobierno y la ciudadanía, entendiendo que el gobierno necesita del pueblo para manejar la economía y la sociedad.

2. La idea de competencias profesionales, asumiendo el compromiso de capacitación y certificación constante de todos los servidores públicos, no considerar o confundir capacidad por puesto.
3. La idea de la rendición de cuentas en todos sentidos y sin limitaciones de resguardos ni información alterada o parcial.

Las bases legales están dadas. Faltan precisiones, faltan ajustes, pero el camino está ya señalado. No obstante, en la vida cotidiana, la ciudadanía sigue incrédula y apática, aún muy desorganizada, y el gobierno continúa resguardándose en cualquier resquicio donde pueda evadir todas las obligaciones de transparencia y rendición de cuentas que ha asumido.

Así pues, siendo el sistema de Administración Pública tradicional totalmente inoperante y, de hecho, desbancado por la inercia de la implementación de Gobierno Abierto, es una nueva realidad que tenemos que entender. Los ciudadanos debemos asumir que es nuestro derecho pero también nuestra obligación participar de las decisiones del gobierno; que para ello debemos estar informados, debemos exigir la rendición de cuentas. Y los gobernantes no deben sentirse atacados por los actos de inclusión ciudadana en esferas donde antes no estaban presentes. Pedir información, exigir cuentas, hacer propuestas, interactuar con la administración, es una necesidad para implementar el Gobierno Abierto.

Sociedad y Gobierno habían vivido separados, ahora tienen que aprender a convivir. No se trata de una guerra de funcionarios contra ciudadanos, ni de una invasión; a final de cuentas los funcionarios son, primero que nada, ciudadanos y a todos nos interesa que este país funcione.

Haciendo uso de los pilares del Gobierno Abierto —la transparencia, la rendición de cuentas, y la participación ciudadana— podemos lograr ser una sociedad comprometida que esté en constante contacto con el gobierno, que se entere de las decisiones, que vigile el puntual cumplimiento de los programas de trabajo, que conozca verdaderamente a las personas en quienes va a delegar su soberanía y lo que harán con el poder que se les confiere.

Podremos lograr un gobierno que sea transparente frente a la sociedad, que rinda cuentas de sus acciones, que escuche a la ciudadanía y administre con el pueblo.

La meta está muy lejos todavía, pero no por eso dejaremos de caminar hacia ella. Informémonos, pidamos cuentas y participemos activamente todos los días.

IV. Fuentes

1. Bibliografía

- ALMOND, G. y POWELL, G. (1972). *Política comparada*. Argentina: Paidós.
- CANTO CHAC, M. (2010). *Participación ciudadana en las políticas públicas*. México: Siglo XXI.
- CASAR, M. (2016). *México: Anatomía de la corrupción*. (2a. ed.). México: MCCI. Recuperado el 11 de octubre de 2019 de: http://imco.org.mx/wp-content/uploads/2016/10/2016-Anatomia_Corrupcion_2-Documento.pdf
- CHERESKY, I. (2011). *Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina*. Argentina: Prometeo.
- Declaración Conjunta para la Implementación de Acciones para un Gobierno Abierto. (2017). México.
- DUCOING, A. (2018). *La transparencia y el acceso a la información como elementos fundamentales en el parlamento abierto*. México: Novum.
- FONT, J. (2012). *Mecanismos de participación ciudadana*. México: Siglo XXI.
- FORBES. (2019). México cae aún más en ranking de corrupción y llega al lugar 138 de 180 [en línea]. *Forbes México*. Recuperado el 4 de octubre de 2019 de <https://www.forbes.com.mx/mexico-cae-aun-mas-en-ranking-de-corrupcion-y-llega-al-lugar-138-de-180>
- HABERLE, P. y KOTZUR, M. (2003). *De la soberanía al derecho constitucional común: Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Fix-Fierro, H. (trad.). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD. (2019). Índice de percepción de la corrupción 2018 vía Transparencia Internacional [en línea]. Recuperado el 11 de octubre de 2019, de <https://imco.org.mx/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional>
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. (s. f.). Sistema de Consulta de la Estadística de las Elecciones Federales y Atlas de Resultados Electorales Federales 1991-2012. Recuperado el 8 de septiembre de 2020, de https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/contenido/Historico_de_Resultados_Electorales/
- LOCKE, J. (2017). *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Createspace Independent Publishing Platform.
- Memorando sobre Transparencia y Gobierno Abierto. (2009). Estados Unidos de América.
- MONTESQUIEU (2013). *Del espíritu de las leyes*. México: Porrúa.
- OLARIETA, J. (1998). Dos modelos de separación de poderes. *Jueces para la democracia*, (33), 21-28.

- PETERS, G. (2004). *Cambios en la administración pública: De las preguntas sencillas a las respuestas difíciles*. México: El Colegio de México.
- Plan de Acción Local de Gobierno Abierto para el Estado de Guanajuato 2019-2021. (2019). México.
- ROSTRO, F. (2018). *Parlamento Abierto en Guanajuato: Apuntes generales*. México: Novum.
- RUVALCABA, E. (2019). *Gobierno Abierto: Un análisis de su adopción en los gobiernos locales desde las políticas públicas*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- SARTORI, G. (2007). *¿Qué es la democracia?* Florencia: Taurus.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. (2019). *Índice de Percepción de la Corrupción*. Alemania.
- VILLANUEVA, L. (2014). La división de poderes, teoría y realidad. En Vázquez, H. (coord.). *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo: reflexiones constitucionales* (pp. 149-186). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- WALASH, K. y STEWART, J. (1992). Change in the management of public services. *Public Administration*, 70(4), 499-518.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.

Límites y controles constitucionales

El problema contramayoritario en el sistema de control constitucional mexicano

Everardo Rodríguez Durón*

SUMARIO: I. Democracia y Constitución. II. Las partes del problema contramayoritario. III. El problema contramayoritario en el sistema constitucional mexicano. III.1. Los factores agravantes. III.2. Los factores atenuantes. IV. Volvamos al principio. V. Fuentes.

I. Democracia y Constitución

El derecho constitucional ha atestiguado en las últimas décadas una notoria expansión. Sin embargo, el papel protagónico de la Constitución como centro de gravitación del sistema jurídico (Häberle, 2007, pp. 81-85), no está exento de dificultades y complicaciones. En ese sentido, uno de los ejemplos más destacados de dichas tensiones tiene que ver con el hecho de que las cartas constitucionales contemporáneas presentan un compromiso aparentemente irreconciliable con un par de ideas diametralmente opuestas: la primera, representada por el ideal del autogobierno; y la segunda, por el establecimiento constitucional de un sistema de límites y vínculos para tutelar las declaraciones de derechos que han encontrado lugar en las leyes fundamentales, especialmente después de la segunda mitad del siglo pasado.

En esencia, prácticamente todas las constituciones representativas del movimiento «neoconstitucionalista» poseen como notas características tanto una declaración solemne de derechos protegidos por la rigidez de la ley fundamental (Prieto, 2013, pp. 25-31; Ferrajoli, 2009, p. 26), como un mecanismo de control de constitucionalidad, «cuyo

* Profesor de la Maestría en Ciencias Jurídico-Penales de la Universidad de Guanajuato.

papel es garantizar la primacía constitucional mediante la revisión de validez de las normas dictadas por el legislador» (Orunesu, 2012, p. 32). Por tanto, cuando una constitución reúne en algún grado la coexistencia de ambos elementos, la tensión del constitucionalismo frente al ideal democrático se vuelve difícil de soslayar, toda vez que la rigidez de la Constitución y el control de la regularidad asignado a la rama judicial son mecanismos que atentan contra el principio del autogobierno.

El autogobierno es el ideal que subyace a la democracia, en tanto que ella puede ser caracterizada por un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos. El Estado, al ser un ente colectivo formado por todas las personas que se hallan bajo su imperio, requiere tomar decisiones grupales que aseguren su supervivencia tanto en el interior como en el exterior. Sin embargo, como lo escribe Bobbio (2008), para que una determinación «pueda ser aceptada como una decisión colectiva, es necesario que sea tomada con base en reglas que establecen quiénes son los individuos autorizados para tomar las decisiones obligatorias para todos los miembros del grupo y con qué procedimientos» (p. 24). Frente a la aporía planteada por el deseo de autogobierno y la necesidad de permanencia del pacto social, la democracia se presenta como un procedimiento que conserva la ventaja de considerar la voz de todos los implicados, mucho más que otros mecanismos, al haber ampliado el derecho activo al voto a prácticamente el grueso de la población, y al colocar a todos los electores en un plano de igualdad. Así, el procedimiento democrático ofrece un mayor grado de confiabilidad para tomar decisiones intersubjetivas validas, que además resultan fortalecidas mediante el empleo de los mecanismos dialógicos entre todos los interesados (Bobbio, 2006, pp. 39-44; Kelsen, 2015, p. 15-16).

Ahora bien, con arreglo a los principios que caracterizan la democracia, existiría poco espacio para sostener la limitación de los poderes de un cuerpo legislativo que representa en toda su fuerza al principio mayoritario, aun cuando dicha restricción pretenda justificarse en nombre de los derechos fundamentales o del precompromiso axiológico representado en la Constitución. Es justo aquí donde aparece el problema de legitimación democrática del constitucionalismo, comúnmente denominado como el problema contramayoritario (Bayón, 2000, p. 67; 2004, pp. 67-138). La tensión democrática del constitucionalismo, se puede contemplar desde dos ángulos distintos. En primer lugar, el problema contramayoritario implica —como sostiene Holmes (2012)— una tesis en contra del «atrincheramiento de los derechos fundamentales», propio de las constituciones rígidas (p. 218). Al establecer un procedimiento de reforma con exigencias más elevadas

para alterar o modificar la ley fundamental, el constitucionalismo se alza en contra del ideal democrático porque segrega de la agenda pública ciertos temas que ya fueron decididos por la generación constituyente y que no pueden ser tocados por la formación de una mayoría superveniente, porque son expresión de un conjunto de valores que pueden pasar por encima de todo consentimiento. Pero, por otro lado, la dificultad contramayoritaria también puede ser leída como una tesis en contra de la revisión judicial de la constitucionalidad, pues las facultades de control de la regularidad son ejercidas por jueces que no han sido designados democráticamente y que no son tampoco responsables ante el electorado (Ansuátegui, 2014, pp. 163-171).

La tesis en contra del atrincheramiento de los derechos sostiene que el constitucionalismo traza una línea entre la generación constituyente, a la que ubica en un momento clarividente, y las generaciones posteriores que parecen estar afectadas por una «miopía» que les impide discernir lo que es mejor y tener un completo dominio de sí mismos. De esta forma, la crítica al atrincheramiento rechaza que la Constitución pueda obrar como un freno legítimo «a los poderes de las mayorías temporales en nombre de las normas obligatorias» señaladas taxativamente por la constitución (Holmes, 2012, p. 218). Hay que decir que a esta parte de la argumentación no le falta razón en señalar que son pocos los elementos objetivos para considerar que los autores de la ley fundamental se hayan encontrado en una posición mejor para determinar el curso que había de seguir la existencia posterior de la comunidad política, pues lo cierto es que las constituciones suelen surgir en momentos de profunda crisis y ruptura institucional con un estado de cosas anterior, por lo que es difícil aceptar sin más que la generación constituyente haya contado con la serenidad necesaria para determinar, en un solo momento y sin margen de error, el futuro de una colectividad completa (Ansuátegui, 2014, p. 159).

Por su parte, la segunda línea en que se suele concretar la dificultad contramayoritaria ataca el poder de los jueces para controlar la constitucionalidad de los actos del parlamento. Esta versión del argumento bien podría expresarse en las palabras de Bickel (1986) quien, en 1961, sentenciaba que la dificultad fundamental del constitucionalismo consiste en que el control judicial es una fuerza contramayoritaria en el sistema:

Cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra, eso, sin los

matices místicos es lo que realmente ocurre. Es la razón por la cual se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático. (pp. 16-17)

Al ejercer el control de constitucionalidad, los jueces enfrentan un déficit democrático porque no son un cuerpo electo o responsable frente a la voluntad popular manifestada a través del sufragio; y, además, porque el control ejercido supone el señalamiento de límites externos a lo que el pueblo a través de sus representantes está en posibilidad de decidir (Ely, 1997, p. 23). Desde esta óptica, afirma Cappelletti (2007), el problema contramayoritario nos posiciona frente a la cuestión de cómo legitimar el ejercicio democrático del control de regularidad por parte de la magistratura (pp. 243-244). En este punto, la cuestión en torno a la falta de legitimidad de la jurisdicción considera que se trata de una institución insostenible en virtud de que se basa en «la idea [muy controvertida por lo demás] de que tenemos nociones firmes acerca de lo que significa, en cada caso, respetar los derechos de todos» (Gargarella, 2004, p. 76) y de cuáles sean los mejores resultados para preferir un derecho a otro, cuando en esos supuestos lo que de verdad ocurre es que los «jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instaurando una dictadura» judicial (Orunesu, 2012, p. 37).

En este tenor, la crítica democrática al poder de los jueces para ejercer un control de constitucionalidad se puede seccionar todavía, como expone Orunesu (2012), en dos líneas argumentales concatenadas (p. 44). En una versión fuerte, la objeción impugna no solo la carencia de legitimidad democrática de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad, sino toda clase de facultades para examinar la regularidad de las leyes depositada en manos de *cualquier* órgano que no sea la legislatura. Planteada en estos términos, la crítica ataca al ejercicio de la jurisdicción en su totalidad, de forma que no existen razones para que los jueces o *cualquier* otro ente, se pronuncie para alterar o modificar la voluntad del legislador; ni siquiera cuando, en relación con un supuesto concreto, el juzgador se encuentre en la necesidad de determinar el sentido y alcance de una norma relevante para la solución del caso planteado. Con arreglo a una segunda perspectiva, que podríamos denominar contextual (Bayón, 2000, p. 88-90), la crítica se presenta como una preocupación para lograr que la tarea de interpretación de las cláusulas constitucionales no quede en manos de órganos carentes de representatividad; por ello, se trata de buscar mecanismos que democratizen a la judicatura y que propicien un acercamiento dialógico entre el Poder Legislativo y los jueces.

La primera vertiente descrita es tan tajante y devastadora que prácticamente no es suscrita por ninguno de los críticos del control de

constitucionalidad, lo anterior es así porque aceptar esta postura implicaría nulificar toda posibilidad de funcionamiento del Poder Judicial, no solo en lo que hace al control de la constitucionalidad, sino también en todas aquellas hipótesis en las cuales los jueces interpretan las normas para aplicarlas a los casos concretos. Si por su propia esencia la función jurisdiccional lleva implícita una actividad interpretativa, entonces, el control de constitucionalidad parece ser solamente un ejercicio cualificado, merced a que su parámetro de control es precisamente la norma suprema. En ese contexto, parece que los justos términos en los que se puede concebir a la dificultad democrática del control constitucional, pasan precisamente por encontrar canales o alternativas a través de las cuales, aun cuando se conserve el poder de los jueces en este campo, se aminore su falta de legitimidad al tiempo que se garantice prácticamente la supremacía de la ley fundamental.

Y aunque ello exige una consideración más detenida, conviene advertir que un mecanismo común en este campo se encuentra en una redefinición de la democracia, a fin de que esta forma de gobierno no quede definida en términos puramente formales, como un conjunto de reglas de tipo procedimental que determinan *qué* y *cómo* decidir, sino a través de un concepto más comprensivo vinculado con la inclusión de reglas que imponen el respeto a ciertos contenidos sustanciales que la legislación no puede transgredir y respecto de los cuales los jueces están en mejores condiciones de proteger; es decir, por medio de la incorporación de lo que se ha dado en llamar la «dimensión sustancial de la democracia». Se trata, por ejemplo, de propuestas como la de Luigi Ferrajoli (2011), para quien los derechos fundamentales evocan una dimensión material sobre aquello que no puede ser decidido (derechos de libertad) y lo que no puede no ser decidido (es decir, los derechos sociales) por las mayorías (pp. 9-106). Bajo este planteamiento la democracia no se agota en la especificación de las reglas que disciplinan los procedimientos para decidir, sino que se complementa también por el respeto de ciertas normas que indican aquello que no puede ser tocado ni siquiera, incluso, por el consenso.

Este es también el caso de Ernesto Garzón Valdés (2009) cuando señala la existencia de «un coto vedado» (p. 43) representado por los derechos fundamentales que limitan la discusión en la sede parlamentaria (Ansuátegui, 2014, p. 167), ya que expresan el reconocimiento a ciertos bienes básicos para la realización de todo plan de vida, cuya afirmación no depende de los deseos o intereses de la colectividad, ni tampoco del consenso al que puedan llegar representantes y representados sobre su obediencia y protección. Y, con algunos matices derivados de su particular propuesta filosófico-jurídica, en este elenco también podría

incluirse a Ronald Dworkin (2014), quien ha esgrimido la idea de los derechos como cartas de triunfo frente a las mayorías, y si bien el autor americano reconoce que es común una concepción neutral de la democracia, entendida como un gobierno acorde con la voluntad de la mayoría, a través de las premisas del sufragio sin restricciones y del debate político, también señala que «si bien la democracia es importante, no es el único valor y en ocasiones es preciso comprometerla en beneficio de otros valores como los derechos humanos» (p. 424).

La tesis sustancial de la democracia pretende atemperar la objeción en contra del atrincheramiento, porque bajo la luz del «coto vedado» el compromiso en torno a los derechos adquiere un matiz democrático al pasar a ser un elemento definitorio de dicho fenómeno. Incluso puede decirse que la democracia funciona mejor si ciertos temas no tienen que estar siendo debatidos constantemente, ya que de esta forma se deja a las generaciones futuras en aptitud de ocuparse de otros aspectos relativos a la planeación de la propia vida (Holmes, 2012, p. 49), al evadir una discusión que podría ocupar demasiado tiempo. El Estado constitucional asume de esta forma un compromiso en relación con estas cartas de triunfo, porque a través de ellas se asegura la dignidad humana y la supervivencia de las precondiciones necesarias para la democracia, la cual no puede entenderse sin ciertos compromisos sustantivos que la posibilitan, como lo es el derecho a la igualdad, la libertad de expresión y la procura de un mínimo vital, por mencionar solo algunas de las muestras más representativas. Pero también, bajo esta perspectiva, los efectos de la objeción democrática en sentido estricto —es decir, respecto del control de constitucionalidad— también resultarían atemperados en la medida que, si los derechos forman parte de la democracia, entonces los jueces se encontrarían en mejor posición para colaborar a su consolidación a través de la reparación de las infracciones al orden constitucional y el fortalecimiento de la cultura de la legalidad.

II. Las partes del problema contramayoritario

Lo visto hasta ahora es suficiente para advertir que las cuestiones relacionadas con la dificultad contramayoritaria presentan un alto grado de sofisticación. Por eso, en esta parte propondré tres tesis con arreglo a las cuales se pueden comprender mejor los aspectos relacionados con tal problema del constitucionalismo. Así las cosas, resulta que:

1. El problema contramayoritario se predica de todas las constituciones que establecen un procedimiento de reforma más gravoso que el seguido para la modificación de la legislación ordinaria, ya sea de manera expresa, o bien, que, sin hacer tal declaración, la constitución no pueda ser alterada por el Legislativo ordinario. Por ello, tiene razón Aragón (2013), cuando insiste en que resulta oportuno «ampliar el sentido de la rigidez admitiendo que esta puede existir no solo expresa sino también tácitamente. O sea, que constitución rígida es aquella que (prevea o no un procedimiento especial para su reforma) no puede ser modificada por la ley ordinaria» (p. 184). De esta guisa, si unimos la rigidez constitucional con una declaración de derechos, obtendremos los términos de un binomio en contra de la idea del autogobierno como primer elemento para la crítica de la garantía judicial.
2. Por otro lado, en los sistemas constitucionales donde los jueces a) no son elegidos democráticamente y b) se les confía alguna facultad para que declaren la inconstitucionalidad —dentro de un sistema de control concentrado o difuso— de normas o actos emanados de los otros poderes que gozan de la legitimación del sufragio popular, se presenta, asimismo, un problema en sentido estricto para legitimar el control de constitucionalidad (Bayón, 2000, pp. 65-66).
3. Finalmente, el problema contramayoritario admite una gradación continua que va desde la levedad hasta la intensidad superior, según concurren una serie de variables institucionales y normativas como las derivadas de la aceptación de un sistema robusto de derechos fundamentales, del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, de las vías de acceso a la jurisdicción constitucional, con la posibilidad de diálogo entre las cortes y el resto de los poderes; y, por último, con factores institucionales como es el caso de la duración en el cargo o la forma de designación de los jueces constitucionales (Linares, 2008, pp. 242-301).

Las tesis 1 y 2 tratan de dar cuenta de un fenómeno observable en todos los sistemas en los cuales se presenta un elemento de rigidez constitucional, por medio del cual se garantiza la permanencia de una declaración de derechos o se dan las condiciones a y b que se han mencionado, en relación con la posición institucional y las competencias normativas del Poder Judicial. Por ello, la justificación en torno a la plausibilidad del primer par de proposiciones deviene de un examen de las normas que estructuran el sistema constitucional, pues cuando existe una declaración rígida de derechos —y además los órganos jurisdiccionales encargados de su protección no son electos formalmente

en términos democráticos y pese a ello poseen competencias anulatorias de normas emanadas, por ejemplo, del Legislativo— es palmario que hay un déficit de legitimación (Guastini, 2016, pp. 170-172). Por el contrario, la tesis 3 es de carácter contextual y no se refiere a la existencia del problema contramayoritario, sino más bien a su grado de intensidad, el cual depende de variables particulares que deben ser analizadas en cada sistema y de las que enunciativamente se han mencionado las más descollantes. Hay que dejar claro, con ello, que la constatación de esta proposición no sugiere un análisis casuístico o un estudio de campo para verificar el grado de cumplimiento de cada condición de gradualidad, o al menos que no está dentro de del propósito de esta contribución hacer un estudio de tal cariz, sino más bien lo que se trata de subrayar es que la intensidad del problema contramayoritario se puede apreciar desde una óptica estrictamente normativa, ya que son las normas las que determinan el funcionamiento del sistema de control constitucional implementado.

Dicho con otras palabras, parece que la postura más adecuada para su análisis pasa por concebir el problema contramayoritario como una cuestión gradual, determinada por una serie de variables normativas e institucionales relativas a aspectos relacionados con la densidad de las declaraciones de derechos, con la amplitud en la legitimación para promover los mecanismos procesales de control de constitucionalidad y con la holgura que tienen los tribunales para dirimir las cuestiones constitucionales que se les plantean, ya sea con efectos particulares sobre el caso o incluso con consecuencias *erga omnes* sobre todo el sistema jurídico (Garrorena, 2013, pp. 106-107). Otra serie de factores que deben ser considerados al definir el grado de intensidad del problema contramayoritario atienden a la forma de integración del Poder Judicial, esto es, si los jueces son designados a través de un mecanismo democrático directo o si únicamente se recurre a la voluntad popular en forma mediata y, mejor dicho, bastante diluida. Finalmente, en este mismo punto, no debe pasarse por alto la duración en el cargo de los magistrados del tribunal constitucional, porque cuando los sitios en la Corte se ocupan por periodos determinados a fin de activar regularmente un procedimiento, aunque sea semidirecto de designación, el problema democrático —según lo dicho por Meldar Adalid (2012)— es menor que si las vacantes en el tribunal son ocupadas por magistrados designados por todo un periodo vital indefinido (pp. 287-289 y 295-297).

La tesis 3 tiene la virtud de poner de manifiesto la naturaleza gradual de la dificultad democrática del constitucionalismo. Para ello, debe ser apreciada como una cuestión dependiente del diseño normativo específicamente perfilado en la Constitución. Ahora bien, la constatación

de esta proposición se puede realizar en dos niveles de profundidad, los cuales varían según se considere solamente al *modelo* de control constitucional teóricamente implementado, o bien, se constaten las variables concretas tal como se presentan en el *sistema* de control de cada Estado. En esta parte los términos «modelo» y «sistema» no son intercambiables, porque la profundidad del análisis que debe realizarse en cada caso, depende de la elección del término. La claridad metodológica resultará favorecida en esta parte si tenemos en cuenta dicha distinción conceptual acuñada por Cossío (2013), según la cual

por sistema de control de constitucionalidad [debe] entender[se] el conjunto de normas de derecho positivo propias de cada orden jurídico, mediante las cuales se lleva a cabo el control de regularidad constitucional en sentido estricto. Esto supone admitir que tales normas están encaminadas a posibilitar que ciertos órganos lleven a cabo el contraste entre las disposiciones inferiores a la Constitución y esta última a fin de determinar su validez, y en su caso y en sentido lato, declarar su nulidad. [...] A su vez, por modelo de jurisdicción constitucional entendere[mos], parafraseando a Weber, el resultado de acentuar unilateralmente uno o varios elementos relativos a la manera como en diversos órdenes normativos se lleva a cabo el control de regularidad constitucional (primordialmente de órganos, procesos y prácticas), a efecto de formar un conjunto más o menos homogéneo de características comunes que permita el agrupamiento de diversos sistemas (nacionales) de control de constitucionalidad. (pp. 5-6)

Simplificando un poco las cosas, si la tesis sobre la gradualidad del problema contramayoritario se proyecta sobre los modelos de control, obtendremos que el paradigma concentrado de anulación, precisamente por sus cualidades marcadas desde el prototipo kelseniano original (Ferrerres, 2008, pp. 72-75; Garrorena, 2013, p. 107), exacerba los costes democráticos gracias a los alcances anulatorios de las sentencias y a la forma de conformación del órgano de control. Por el contrario, el modelo americano, en la medida en que difumina la jurisdicción constitucional hasta convertirla en una variable ocasional del ejercicio normal de la magistratura, supera mejor los problemas democráticos de la garantía judicial, en virtud de que el control se ejerce solo de manera incidental y con efectos limitados, por lo cual la dignidad de la legislación resulta ofendida solo de manera tangencial y limitada a su inaplicación respecto del caso concreto (Tocqueville, 2015, pp. 108-109).

Sin embargo, limitar el análisis sobre la gravedad del problema contramayoritario solo al nivel de abstracción representado por el modelo de control nos conduce a dos inconvenientes notables: en primer lugar, los resultados obtenidos con una comparación así son tan ob-

vios que pueden aceptarse hasta por el defensor más acérrimo de la democracia mayoritaria; y en segundo sitio, el inconveniente más serio estriba en que las conclusiones obtenidas pueden no compadecerse de la forma en la que se ejerce realmente la justicia constitucional dentro de cada Estado. Esto es así porque la división teórica en modelos concentrados o difusos obedece a una finalidad eminentemente didáctica, la cual debe ser matizada cada vez que sus elementos conformadores se proyectan sobre las normas de derecho positivo que estructuran el sistema de control, porque cada vez más existe un proceso de hibridación del modelo concentrado y difuso.

Ahora bien, en sentido contrario, la capacidad explicativa de la tesis 3 se incrementa si, en vez de predicarse respecto del modelo, se proyecta sobre el sistema de control constitucional, es decir, sobre el conjunto de normas de derecho positivo que dentro de cada Estado le dan forma al mecanismo de defensa de la Constitución (Fix, 2002, p. 25). La mayor fidelidad de los resultados en relación con la práctica efectiva del control se obtiene gracias a que las conclusiones obtenidas resultan ser como una fotografía del sistema lograda a través de un análisis normativo concreto. Un estudio de este carácter está en mejores condiciones para aportar datos en torno al grado de afectación que el constitucionalismo irroga a los principios de la democracia, porque atiende a mayores grados de especificidad. Y es justo aquí donde la tesis de la gradualidad del problema contramayoritario despliega todas sus posibilidades para entender mejor este dilema del constitucionalismo; ya que, si los costos democráticos son una constante inherente a la institución, la mejor forma de encontrar un espacio para la jurisdicción constitucional es a través de la previsión de un diseño normativo que compatibilice en la mayor medida las exigencias de la democracia con las posibilidades del control judicial.

III. El problema contramayoritario en el sistema constitucional mexicano

Ahora bien, si nos centramos únicamente en el análisis de la tesis 3, mencionada en el apartado anterior, respecto a la gradualidad del problema contramayoritario, aplicada específicamente para el caso del sistema constitucional mexicano, será fácil advertir la existencia de una serie de factores que incrementan los déficits democráticos del constitucionalismo aunados a otro grupo de elementos que pretenden atenuar dicha situación. En este apartado me referiré a ambas situaciones.

1. *Los factores agravantes*

El primer aspecto que debemos considerar al evaluar la gradualidad del problema contramayoritario en el derecho mexicano es el papel que los derechos fundamentales cumplen en el ordenamiento jurídico. Este aspecto, apunta Ferrajoli (2002), es de una importancia superlativa porque actualmente las disposiciones de derecho fundamental son entendidas, no solamente como inmunidades frente a la acción del poder del público, sino también como criterios informadores del sistema jurídico en su conjunto (pp. 65-119), lo cual contribuye al establecimiento de una jurisdicción constitucional particularmente activa o «intrusiva» sobre los demás poderes (Rodríguez Durón, 2017, p. 425). Lo anterior es de este modo porque los derechos fundamentales han desarrollado una doble faz en cuanto se les asignan funciones variadas, que van desde su concepción como elementos protectores de ciertos bienes básicos para la existencia digna de las personas (dimensión subjetiva), hasta llegar a convertirse en elementos legitimadores del sistema jurídico y democrático en sentido amplio (dimensión objetiva) (Silva y Silva, 2013, pp. 2-18). Estas cualidades no solo son consideradas como atributos que la teoría atribuye a los derechos, sino como funciones reconocidas por la propia jurisprudencia constitucional.

Desde el instante de su recepción constitucional, los derechos se convierten en guías que deben ser tenidas en cuenta a la hora de definir las políticas públicas y al momento de concretar el contenido y alcance de las normas constitucionales en relación con el derecho ordinario, pues en la medida que los Estados «hagan un efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, se legitiman los sistemas políticos y jurídicos» que sustentan a estas organizaciones (Häberle, 2007, p. 186). Por eso, Tomás y Valiente (1993) sostuvo que la constitucionalización de los derechos conlleva el advenimiento de una nueva justificación ética del Estado a través de la idea de la dignidad de la persona (p. 150).

Pero, además de la función objetiva debemos considerar la clásica dimensión personal o subjetiva de los derechos, a través de la cual se posibilita una efectiva protección de la persona frente al ejercicio del poder público, por cuanto ellos reflejan valores esenciales para la dignidad del ser humano. La concepción de los derechos como inmunidades se manifiesta en varios aspectos que comienzan por su previsión en la parte dogmática de la ley fundamental, con lo que se les dota de las características propias de la supremacía y la rigidez constitucionales, hasta llegar al establecimiento de mecanismos procesales de justicia-bilidad, lo cual subraya el carácter interpretativo de esas disposiciones en manos de la judicatura y, desde luego, su fuerza irradiante sobre el

ordenamiento total. Ello pretende lograr que, en su aspecto subjetivo, los derechos operen como una barrera preventiva a fin de permitir a la persona hacer uso de su libertad en condiciones de igualdad, incluso participando en la formación de la voluntad política.

En conjunto, las funciones de los derechos imponen límites a la capacidad de acción del Estado, en tanto que suponen vallas al ejercicio de su soberanía; tan es así que, ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas fundamentales, se activarán las vías para su reparación coactiva a través de los canales de la justicia constitucional (Aragón, 2002, pp. 136-172). Precisamente por esta característica de los procesos constitucionales como garantía secundaria, Ferrajoli (2010) señala que una consagración robusta de derechos incide directamente en la holgura con la que los jueces constitucionales pueden desplegar el control de regularidad (p. 64). Entre más disposiciones de derecho fundamental posea una constitución, mayor será el espacio para la justicia constitucional y más amplitud se hallará en los fallos para determinar el contenido y alcance de los derechos. Si eso es así, entonces, el control de constitucionalidad, ejercido con base en parámetros axiológicos fundados en las disposiciones sustantivas de las constituciones se realizará cada vez de forma más intensa y, por ello, sus problemas de legitimación adquirirán mayor grado de agudeza. A esto contribuye el hecho de que las constituciones actuales, además de los derechos propiamente constitucionales, han abierto las fronteras del bloque de constitucionalidad a las exigencias derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, de suerte que nos encontramos con largas declaraciones de derechos no solo de carácter interno sino también de naturaleza convencional que son directamente justiciables ante los jueces comunes. Al grado de que se ha llegado a afirmar que

“El control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano, en un primer y auténtico guardián de la CHDH [Convención Americana de Derechos Humanos], de sus protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH [Interamericana], que interpreta dicha normativa. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales, la importante misión de salvaguardar no solo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normativa internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la “misión” que ahora tienen para salvaguardar

el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo “control”. (Ferrer, 2011, p. 379)

Es así que el establecimiento de un modelo axiológico implantado a través de la previsión expresa de un conjunto de derechos fundamentales, incrementa las posibilidades para el ejercicio de un control constitucional intenso. En ese caso, la eficacia de la norma constitucional se presenta en diversos aspectos que la muestran como un parámetro para la producción de otras normas; para interpretar el resto del ordenamiento; para aplicarla directamente a las relaciones jurídicas; y, lo más trascendente, para juzgar la constitucionalidad de todo el ordenamiento.

Por otra parte, la gravedad del problema contramayoritario también se relaciona con la facilidad para activar el control de constitucionalidad; esto es, que la intensidad del problema viene determinada, principalmente, por la variedad de mecanismos a través de los cuales se puede emprender el escrutinio de regularidad. Este hecho permite advertir que para graduar la intensidad de los problemas de legitimación del constitucionalismo, hay que tener en cuenta la variedad de garantías existentes para la defensa de la Constitución. Sin embargo, de entre todo ese elenco de mecanismos procesales, todavía tendrán que descartarse aquellos en que los tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de leyes, ya sea porque resultan inaptos para generar un pronunciamiento de esa naturaleza, o bien, porque siendo posible tal planteamiento, las competencias judiciales o el esquema procesal, no permiten hacer tal declaratoria. Así acontece, por ejemplo, con la inaplicación de las leyes electorales que se estimen inconstitucionales por parte del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, o el control difuso de constitucionalidad que desarrollan los Jueces de Distrito cuando actúan como tribunal de instancia al conocer de procesos federales distintos al juicio de amparo, por citar solo un par de supuestos.

Si centramos la atención en el esquema de garantías constitucionales previsto por nuestra ley fundamental tendremos un elenco integrado por los siguientes mecanismos: 1) el juicio de amparo previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución; 2) la controversia constitucional, establecida en la fracción 1 del artículo 105; 3) la acción de inconstitucionalidad, fundada en la fracción 2 del mismo numeral 105; 4) el procedimiento de investigación por violaciones a los derechos fundamentales ventilado ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), de conformidad con el último párrafo del apartado B del artículo 102; 5) el juicio de revisión constitucional electoral, previsto en la fracción 4 del artículo 99; 6) el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, fundado en la fracción

5 del artículo 99; 7) el juicio político previsto en el artículo 110; 8) el procedimiento de quejas y recomendaciones emanadas de la CNDH, a que se refiere el apartado B del numeral 102; y 9) la responsabilidad patrimonial del Estado, incluida en el segundo párrafo del artículo 113.

Ahora bien, para efectos de mensurar la gravedad del problema contramayoritario, en el aspecto relativo a las vías por las cuales se puede determinar la inconstitucionalidad de leyes, será necesario hacer un descarte inicial derivado de la propia naturaleza de los medios de control. Así, tenemos que la declaración de irregularidad en el caso de las leyes, se puede producir únicamente cuando se plantean tres mecanismos de control específicos: el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. En estos supuestos el déficit democrático del control se acentúa porque la interdicción pretoriana al parlamento se asume como un resultado posible del fallo que resuelva la acción procesal deducida. Los dos procedimientos de control fundados en el artículo 105 son manifestaciones de la jurisdicción concentrada conocida en única instancia por la Suprema Corte, y aunque sus accionantes son sujetos específicos a quienes se confiere legitimación procesal en función de un sistema predeterminado constitucionalmente, la posibilidad de que se produzca un fallo estimatorio con eficacia general, es suficiente para elevar los problemas de legitimación democrática del órgano judicial. Por lo que hace al juicio de amparo es necesario señalar dos modalidades en las cuales se puede plantear la demanda de inconstitucionalidad de leyes, según se trate de un planteamiento en la vía indirecta conocida por un Juez de Distrito, o bien, que la reclamación de irregularidad se deduzca solo a partir de la aplicación de la norma en una sentencia, en cuyo caso el asunto será conocido por un Tribunal Colegiado de Circuito a través del amparo directo, vía en la que los costes democráticos quedan bastante atenuados en la realidad.

Y aunque de inicio se concentre el estudio únicamente respecto de las instituciones procesales para el control de la constitucionalidad en México, no parece que el acceso a la justicia constitucional suponga una posibilidad estrecha, dada la amplitud de procedencia de las controversias constitucionales derivada de la conformación federal de nuestro país y a la holgura del control que la Suprema Corte puede desarrollar a través de la acción de inconstitucionalidad. Simplificando las cosas, diremos que los problemas de legitimación del constitucionalismo mexicano, al menos en lo que hace a la jurisdicción orgánica, son intensos. Otro tanto puede ocurrir en el caso del juicio de amparo, aunque en este caso es menester hacer una distinción derivada de la dualidad de cursos procesales que puede seguir el juicio constitucional. En efecto,

cuando en la demanda de amparo indirecto se cuestiona la constitucionalidad de una ley el costo democrático es medianamente intenso, porque la norma es objeto de cuestionamiento principal a través de un juicio con todas las formalidades esenciales en donde las partes demandadas son las autoridades legislativas y administrativas que participaron en el proceso de formulación de la norma (Ruiz, 2012, pp. 459-454). Por eso, cuando en dicho proceso los jueces federales pronuncian una sentencia que otorga al quejoso la protección solicitada, no solo se le protege contra la aplicación posterior de la norma, sino que también se formula un veto directo al legislador a quien se le atribuye la violación de la Constitución al haber producido una norma irregular: en sí misma la sentencia constituye una censura al legislador (Burgoa, 2009, pp. 632-634). Por el contrario, los costes democráticos disminuyen cuando la reclamación de inconstitucionalidad se realiza a través de la demanda de amparo directo, porque en ese caso la norma no es el acto destacado, al cuestionarse su constitucionalidad únicamente en el capítulo de conceptos de violación sin que sea menester llamar al juicio a las autoridades que participaron en la expedición de la ley (Carranco y Zerón, 2009, pp. 130-139). De esta forma la objeción democrática al control constitucional a través del amparo directo (recurso de constitucionalidad) en realidad es bastante tenue, pues los efectos de la sentencia se hallan circunscritos al estudio del capítulo de impugnación de la demanda en relación con el acto de autoridad cuestionado, sin hacer un pronunciamiento directo sobre la ley implicada en él, la cual no es objeto de concesión en la sentencia.

Vinculado con las consideraciones anteriores, también debe darse cuenta de un tema distinto, pero singularmente relevante al momento de hacer un estudio de las variantes procesales del control constitucional, está referido a los efectos de las sentencias en donde se determina la inconstitucionalidad de las leyes sometidas a examen. En este aspecto, nuestro sistema de control presenta modulaciones en cuanto a la extensión vinculante de las sentencias, la cual se subordina, principalmente, a la existencia de ciertas clases de conflictos entre específicos órganos o niveles de gobierno o a determinados índices de votación (en el caso de las controversias y las acciones) o en relación con la vía por medio de la cual se haya planteado la demanda (en el caso del juicio de amparo). En el supuesto de los mecanismos de control concentrado, los artículos 42 y 72 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones 1 y 2 del Artículo 105 Constitucional determinan que, en el caso de las controversias, la sentencia tendrá efectos *erga omnes* cuando se determine la inconstitucionalidad de leyes expedidas por los estados o los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas

por los estados, o de los supuestos a que se refieren los incisos C, H y K¹ de la fracción 1 del artículo 105. Las sentencias de las acciones de inconstitucionalidad también suponen un cuestionamiento intenso a la legitimidad democrática de la Suprema Corte, al menos por tres causas: primero, porque ellas generalmente tendrán efectos *erga omnes*; segundo, porque la Corte goza de una amplia facultad de suplencia de la queja para apreciar la inconstitucionalidad de las leyes; y tercero, porque el Alto Tribunal posee facultades discrecionales para determinar los efectos de sus fallos. Finalmente, el problema contramayoritario en relación con los efectos de las sentencias de amparo es menos intenso que en las controversias y las acciones. Respecto del juicio de derechos fundamentales, apenas es dable advertir un problema de legitimación democrático medio o leve, según si el pronunciamiento se realiza por la vía de la acción concreta de inconstitucionalidad o en lo que hemos denominado «amparo recurso de inconstitucionalidad», ya que, en el primer supuesto, la concesión se limita a promover el juicio por regla general; en tanto que, en caso del amparo directo, la ley no es objeto de concesión, sino solo por lo que hace a su aplicación en el acto reclamado que decidió el juicio natural.

Esta conclusión, respecto de la escala de gravedad contramayoritaria de las sentencias dictadas en el juicio de amparo, no parece verse afectada por la inclusión de la figura conocida como declaración general de inconstitucionalidad, pues aunque estamos en presencia de una interferencia más fuerte de la Corte en la esfera legislativa del Congreso, a la que ciertamente no estábamos acostumbrados antes de la reforma en materia de amparo, no parece que los costes democráticos de esta institución sean tan graves. Esto es así porque la declaración solo puede derivar de jurisprudencias por reiteración generadas en amparo indirecto y únicamente puede ser decretada por la Suprema Corte (y no por el resto de los tribunales de la Federación), de manera que únicamente los Plenos de Circuito, como órganos supeditados a la Corte, pueden solicitar a esta el inicio del procedimiento respecto de leyes declaradas inconstitucionales en su ámbito de competencia territorial. Aunado a todo eso, es resaltable que la declaratoria deberá ser aprobada por una mayoría de, cuando menos, ocho votos, es decir, la misma mayoría que se requiere para vencer la presunción de constitucionalidad

¹ El inciso K de la fracción 1 del artículo 105 constitucional se refería al supuesto en el cual la controversia se presentara a partir de un conflicto entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal sobre la constitucionalidad de sus actos; sin embargo, esta posibilidad fue derogada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 29 de enero de 2016.

de las leyes en el caso de la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. Merced a todas esas causas es dable sostener que el juicio de amparo supone apenas una interferencia media-leve en lo que respecta a la legitimación democrática de la garantía judicial.

La intensidad del fenómeno contramayoritario no está únicamente relacionada con la conformación procesal de las garantías de la constitucionalidad, sino que también se encuentra preponderantemente vinculada con la posición institucional de la Suprema Corte. Cuando el Alto Tribunal ejerce sus funciones de control bajo el presupuesto de que es un órgano especializado en el conocimiento de cuestiones materialmente constitucionales, su legitimación democrática se enfrenta a un predicamento mayor, no solo porque en ese caso se acerca al modelo europeo, sino porque aquí el papel político del tribunal resulta más destacado (Ferrer, 2006, pp. 233-267). Para los efectos de esta contribución, como afirma Sánchez (2012), interesa, sobre todo, referir las consecuencias que este uso político de la jurisdicción tiene en relación con el problema contramayoritario (pp. 247-273). En ese sentido, referiré cómo la aceptación de la idea del tribunal constitucional en nuestro sistema ha favorecido un control más activo por parte de la Suprema Corte (Cossío, 2013, pp. 136-151). En esencia, parece que el discurso de la Corte en relación con su función como tribunal constitucional se traduce en un incremento de los problemas de legitimación democrática de la garantía judicial que la propia Corte ha advertido en una parte de su jurisprudencia.

En ese contexto, la idea del tribunal constitucional representa una constante no solo de la política constitucional sobre la Suprema Corte, sino también una idea guía de la teoría constitucional desarrollada por el propio tribunal. Esta aceptación de la particular fisonomía de la cabeza del Poder Judicial Federal sirvió tanto para justificar los cambios en su estructura como para legitimar los nuevos y más intensos pronunciamientos generados a partir del ensanchamiento del margen de apreciación de la constitucionalidad a partir de 1994. Desde luego, estas transformaciones institucionales impresas desde la Constitución, inmediatamente dejaron sentir sus repercusiones sobre la gravedad del problema contramayoritario en el sistema mexicano, pues en última instancia, a partir de ellos podemos fechar el nacimiento de una nueva forma de entender y operar la garantía judicial marcada por la especialización del activismo en el control del poder.

La noción del tribunal constitucional ha servido principalmente para ensanchar las fronteras de la intervención judicial sobre los demás poderes. Sin embargo, este aumento en el protagonismo judicial no ha estado acompañado de una teoría constitucional consistente o predecible.

ble (Rodríguez, 2012, pp. 10-12), lo cual acentúa los problemas de legitimación del constitucionalismo y la aceptación social o política de las interferencias de la Corte. Esta situación ha sido adecuadamente descrita y criticada en diversos trabajos por Cossío (2008, pp. 136-173). A decir del autor, la referencia recurrente a la naturaleza constitucional de la Suprema Corte se ha usado con dos finalidades principales desde 1988: por un lado, para justificar el entendimiento de aquello que se ha hecho en cuanto a la organización, las competencias, los procedimientos o, en general, las funciones del Alto Tribunal; y por otro, para justificar lo que había de hacerse en el futuro sobre esas mismas áreas. El efecto de esta tendencia ha sido perjudicial para el derecho constitucional mexicano, que parece cerrado solamente a la contemplación de una sola idea. En opinión de Cossío (2013) un amplio sector de la doctrina y la propia teoría constitucional de la Corte está

encaminada [solo] a ordenar los trabajos que pretendan realizarse respecto de una pluralidad de temas que de manera general pueden agruparse bajo la expresión de justicia constitucional: la organización de la Suprema Corte, el establecimiento de nuevos procesos en la materia y el ajuste de los ya establecidos o de las competencias existentes previamente. Ha sido, en otros términos, una idea-guía de la ingeniería de la justicia constitucional y, adicionalmente, de la manera de ir articulando la jurisdicción constitucional por quienes la ejercen o la hacen su objeto de estudio. (pp. 151-152)

La idea-guía del tribunal constitucional incide en el problema contramayoritario porque favorece la aceptación de un modelo de control particularmente intenso. Si consultamos las razones que el constituyente permanente ha tenido a la hora de aprobar las modificaciones constitucionales a la Suprema Corte, advertiremos que entre ellas se cuenta la necesidad de que el Alto Tribunal tenga una competencia más dilatada para ejercer el control y para resolver las disputas de constitucionalidad, no solo cuando ellas son deducidas a partir de una reclamación individual, sino también cuando provienen de un órgano o nivel de gobierno ya sea de forma concreta o abstracta. Por otro lado, desde el momento en que la Corte asume el escrutinio de regularidad no como una función semejante al ejercicio de la jurisdicción federal, sino como manifestación de una labor propiamente constitucional que tiene como única referencia la propia ley fundamental y que no es equiparable al ejercicio de un simple poder federal, entonces la jurisprudencia se asume a sí misma como una interpretación cualificada en tanto que proviene del supremo defensor de la constitucionalidad, el cual, dentro del sistema jurídico, carece de limitaciones heterónomas al fijar

el sentido y alcance de los preceptos fundamentales (Schmill, 2000, pp. 11-42).

2. *Los factores atenuantes*

Las consecuencias que ha tenido la aceptación de la idea-guía del tribunal constitucional no se han proyectado solamente sobre el aspecto legislativo desde el cual se han tratado de justificar las reformas a la Suprema Corte, al contrario, si analizamos la jurisprudencia del Alto Tribunal nos daremos cuenta de que la apelación a la competencia para el conocimiento especializado de temas materialmente constitucionales le ha permitido a la Corte interpretar, de manera flexible, las normas que le otorgan atribuciones e, incluso, modificar, a través de acuerdos generales, la resolución de los asuntos que originariamente le correspondían, a fin de seleccionar solo los asuntos de los que el Alto Tribunal desea ocuparse en función de su importancia y trascendencia para el orden jurídico nacional.

En los pronunciamientos dictados por la Suprema Corte a partir de 1995, es posible advertir una tendencia doble en relación con el problema contramayoritario: por un lado, algunos aspectos de la teoría constitucional construida por el Alto Tribunal tienen una interferencia directa sobre la intensidad del problema contramayoritario, como ocurre cuando, en lugar de declarar la inconstitucionalidad de las normas para expulsarlas del ordenamiento, la Corte prefiere suplir las deficiencias del legislador, ampliar o restringir el ámbito de aplicación de los preceptos examinados o incluso exhortar al legislador para que modifique la ley en algún sentido concreto señalado por la judicatura. Por otro lado, la Corte ha tratado de mostrarse deferente con el Legislativo a través de la interpretación conforme o en virtud de la presunción de constitucionalidad (Ferrerres, 2012, p 197-278).

La primera tendencia exacerba el problema de legitimación de la garantía judicial porque supone el abandono del papel negativo, o meramente depurador, del tribunal constitucional. Cuando, a través de las sentencias intermedias, como sostiene Martín de la Vega (2003), la Suprema Corte decide suplir las deficiencias del legislador, incluir supuestos no previstos en la ley o restringir ciertas posibilidades hermenéuticas de las disposiciones sometidas a examen, el tribunal no interviene para expulsar una norma, sino para incluirla en el sistema a través del sentido obligatorio de sus sentencias. Con ello, la Corte se convierte en un legislador positivo e interfiere decididamente en el ámbito de atribuciones del Congreso (Figueroa, 2011, p. xxxii). Por otro lado, cuando la Corte prefiere mantenerse deferente hacia el legislador,

y con ello atenuar sus problemas de legitimación, acostumbra recurrir a mecanismos como la interpretación conforme, la presunción de constitucionalidad o la libertad de configuración legislativa, para sostener la regularidad de la materia impugnada.

Veamos ahora algunos elementos a través de los cuales el ejercicio jurisdiccional del control de regularidad es ejercido de forma que se atemperen sus costes democráticos.

La Corte mexicana a través de su jurisprudencia ha acuñado todo un filón argumental sobre las diversas intensidades con las que puede desplegar el escrutinio de constitucionalidad de acuerdo con sus propias convenciones. Según la jurisprudencia en la materia, cuando se analiza la constitucionalidad de normas que inciden sobre los derechos fundamentales de las personas, especialmente en lo que tiene que ver con la aplicación legislativa de los principios de igualdad o no discriminación, está justificado un examen de constitucionalidad más estricto o exigente que cuando se analiza la constitucionalidad en casos distintos, donde cabe aplicar un test de exigencia normal. En esta parte nuestro tribunal sigue de cerca la teoría acuñada por la corte federal estadounidense, al grado de que ha producido reiterados criterios para justificar un escrutinio estricto de las distinciones legislativas fundadas en categorías sospechosas.

Este escrutinio estricto implica que la presunción de constitucionalidad de la ley es más débil en los casos donde el legislador interfiere sobre los derechos fundamentales, sobre todo, cuando el criterio determinante para dicha interferencia se trata de motivos como la preferencia sexual, el origen racial, el género o las creencias religiosas. Este fenómeno nos permite extraer dos consecuencias: por una parte, vemos cómo, de nueva cuenta, la incidencia de los derechos fundamentales es grave en relación con el problema contramayoritario; y, por otro lado, advertimos cómo, a partir de esta aceptación de los derechos como parámetros de enjuiciamiento constitucional, la Corte es más exigente a la hora de examinar la regularidad de la ley, con lo que, en ambos casos, la incidencia judicial sobre el legislador se incrementa.

La presunción de constitucionalidad implica que, antes de que se produzca la declaración de irregularidad de las normas, deberán preferirse las opciones interpretativas que, dentro del marco constitucional, permiten mantener la plena vigencia de los preceptos cuestionados (Sánchez Gil, 2008). Así, la inconstitucionalidad solo deberá decretarse en los casos donde el vicio aparezca de manera patente y clara más allá de toda duda interpretativa, ya que con ello se favorece el principio de confianza hacia el legislador, se respeta su origen democrático y se fortalece la seguridad jurídica dentro del ordenamiento (Figuroa,

2013, pp. 240-241). En principio, nuestro sistema se decanta a favor de una presunción de constitucionalidad alta, pues como vimos, para declarar la inconstitucionalidad con efectos generales en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad, se requiere una mayoría calificada de cuando menos ocho votos, misma mayoría que se necesita para producir la declaratoria general de inconstitucionalidad prevista en la Ley de Amparo. Si tomamos como punto de referencia el nivel de votos necesarios para vencer la presunción de constitucionalidad y advertimos que el número no varía, aunque la Corte sesione con el mínimo de quorum previsto en el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, veremos que la presunción de constitucionalidad se torna más fuerte. Pero no solo a partir de estos datos podemos advertir la preferencia a favor de la conservación de las normas, porque también en diversos pronunciamientos la Corte ha tocado el tema. Al respecto se ha señalado que las normas sometidas a examen de regularidad «no pierden su presunción de constitucionalidad, sino hasta que el resultado del control así lo refleje». Esta situación implica que las normas pueden salvar su presunción de constitucionalidad mediante su interpretación, ya sea en sentido amplio o en sentido estricto. En este estado de cosas, la declaración de irregularidad vendrá solamente en los casos donde la norma no salve esas dos posibilidades interpretativas. Lo interesante en torno a esta clase de criterios estriba en el hecho de que la presunción de constitucionalidad generalmente se preserva a partir de la interpretación de las normas sometidas a examen. De acuerdo con la propia Corte, la posibilidad de inaplicación o expulsión de las leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

Finalmente, el Alto Tribunal también ha reconocido ciertos espacios de acción del legislador en donde goza de libertad de configuración, siempre que se respeten los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Al reconocer dicho ámbito de decisión exclusivo para el Congreso, lo que la Corte trata de hacer es poner límites claros a las posibilidades del control constitucional, sobre todo en lo que respecta a la configuración de políticas públicas que guíen la acción gubernamental pues, en todo caso, en esta materia deben tenerse en cuenta aspectos técnicos que pueden ser mejor apreciados en la sede administrativa o parlamentaria.

IV. Volvamos al principio

Hasta ahora, he dado un largo rodeo para demostrar que el problema contramayoritario admite una configuración gradual dependiendo de la actualización de una serie de factores normativos e institucionales, tal como lo dije en la tesis 3. Al aceptar esta afirmación, lo que he tratado de averiguar es en qué grado el problema contramayoritario resulta intenso dentro del sistema de control constitucional mexicano. El producto de esta reflexión conduce a sostener la conclusión de que los problemas de legitimación del constitucionalismo en nuestro contexto son fuertes, debido a que la configuración procesal y el diseño institucional del sistema favorecen una presencia judicial fuerte en el ámbito de acción de los otros poderes del Estado.

La conclusión anterior no debe intranquilizarnos en la medida en que esta gravedad es consustancial al Estado constitucional que se ha decantado por un compromiso con los derechos y la rigidez constitucional. Pero al decir esto parecería que hemos vuelto al principio y caído en el error de la argumentación circular, porque ello bien podríamos haberlo intuido al principio de toda esta reflexión y ahorrarnos todo el esfuerzo posterior. Sin embargo, una consideración detenida de las cosas nos mostrará que alguna utilidad reporta todo el trabajo y la argumentación que hemos realizado. Ahora es preciso destacar que este ejercicio nos ha demostrado la posibilidad de alcanzar una justificación racional de la justicia constitucional como una posibilidad real, porque cuando se debate sobre el atrincheramiento de los derechos o las posibilidades del control de constitucionalidad no está dicha la última palabra.

En una reciente entrevista realizada por Francisco Mora Sifuentes (2016), el profesor José Juan Moreso afirmaba categóricamente «que el constitucionalismo fuerte es un modelo adecuado para muchos países en el mundo, para España y para los países latinoamericanos, por ejemplo». Y líneas más abajo sentenciaba:

cuánto más instaurada está la cultura de los derechos y más respeto hay hacia las minorías menos se echa en falta el control de constitucionalidad, tal vez por eso nadie lo reclama en Holanda, por ejemplo. Pero la mayoría de los países no son como Holanda [...] y por tanto, sigo creyendo que en muchas ocasiones el constitucionalismo fuerte, con primacía judicial está justificado. (p. 156)

Esta parte bien resumiría nuestras propias pretensiones y serviría de tranquilidad eficaz para la conciencia de todos los que creen en el constitucionalismo y la garantía judicial. La simple argumentación de

Moreso demostraría que el control constitucional es justificable en la medida que sirve para prestar protección a los derechos fundamentales cuando las costumbres del poder no son muy propicias para ello. Aquí, alguno podrá pensar que los derechos también estarían a salvo si la última palabra la tuviera el Congreso y que entonces la apuesta judicialista tiene que pagar un precio muy alto para obtener las garantías que pretende alcanzar. Pero no creemos que esa sea una visión acertada de las cosas, porque al fin como lo reconoce la respuesta de Moreso mientras nuestras democracias no alcancen un grado óptimo de desarrollo, la garantía judicial estará justificada. En el caso de nuestro país –y de Latinoamérica y España– este camino apenas comienza y si ello es de este modo, la labor del jurista no es otra que la de encontrar la mejor forma en la que la justicia constitucional pueda preservar adecuadamente las propias exigencias de la democracia que a través de ella se intentan asegurar.

V. Fuentes

- ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2014). Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En Mora Sifuentes, F. (coord.). *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (pp. 157-187). México: Fontamara, Instituto Electoral del Estado de Guanajuato.
- ARAGÓN REYES, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2013). Sobre las nociones de supremacía y superlegalidad constitucional. En *Estudios de derecho constitucional*. (3a. ed.). Madrid: CEPC.
- BAYÓN MOHÍNO, J. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En Betegón Carrillo, J., *et al.* (coords.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid: Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica.
- (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional (1)*, 65-94.
- BICKEL, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- BOBBIO, N. (2008). *El futuro de la democracia*. Fernández Santillán, J. (trad.). (3a. ed.). México: FCE.
- (2006). *Liberalismo y democracia*. Fernández Santillán, J. (trad.). (11a. ed.). México: FCE.
- BURGOA ORIHUELA, I. (2009). *El juicio de amparo*. (44a. ed.). México: Porrúa.

- CAPPELLETTI, M. (2007). El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado. En *Obras*. González, F. (trad.). México: Porrúa, UNAM-Facultad de Derecho.
- CARRANCO ZÚÑIGA, J. y ZERÓN DE QUEVEDO, R. (2009). *Amparo directo contra leyes*. (4a. ed.). México: Porrúa.
- COSSÍO DÍAZ, J. (2013). *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. (2a. ed.). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2008). *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. México: Fontamara.
- DE TOCQUEVILLE, A. (2015). *La democracia en América*. Cuéllar, L. (trad.). (2a. ed.). México: FCE.
- DWORKIN, R. (2014). *Justicia para erizos*. Pons, H. (trad.). México: FCE.
- ELY, J. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Holguín, M. (trad.). Colombia: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.
- FERRAJOLI, L. (2009). Derechos fundamentales. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pp. 19-56). Ibáñez, P. (trad.), (4a. ed.), Madrid: Trotta.
- (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ibáñez, P. y Greppi, A. (trads.). (7a. ed.). Madrid: Trotta.
- (2002). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia, 2*. Ibáñez, P. (trad.) Madrid: Trotta.
- FERRER MAC-GREGOR, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- (2006). Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México. En Ferrer, E. (coord.). *Derecho procesal constitucional. Tomo I* (pp. 233-267). (5a. ed.). México: Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- FERRERES, V. (2008). *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México: Fontamara.
- (2012). *Justicia constitucional y democracia*. (2a. ed.). Madrid: CEPC.
- FIGUEROA, G. (2013). La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano. En Carpizo, J. y Astudillo, C. (coords.). *Constitucionalismo: Dos siglos de su nacimiento en América Latina* (pp. 237-265). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- FIGUEROA, G. (2011). *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*. México: Porrúa, IMDPC.
- FIX ZAMUDIO, H. (2002). *Introducción al derecho procesal constitucional*. México: Fundap.
- GARGARELLA, R. (2004). *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual.
- GARRORENA MORALES, A. (2013). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. (2a. ed.), Madrid: CEPIC.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2009). Para ir terminando. En Atienza, M. *El derecho como argumentación* (pp. 39-63). (2a. ed.) México: Fontamara.
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Núñez, A. (trad.). Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P. (2007). *El Estado constitucional*. Fix, H. (trad.). Buenos Aires: Astrea.
- HOLMES, S. (2012). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En Elster, J. y Slagstad, R. *Constitucionalismo y democracia*. (2a. ed.). México: FCE.
- KELSEN, H. (2015). *Esencia y valor de la democracia*. Luengo, R. y Legaz, L. (trads.). (2a. ed.). México: Editorial Coyoacán.
- LINARES LEJARRAGA, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- MARTÍN DE LA VEGA, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal*. Madrid: CEPIC.
- MORA SIFUENTES, F. (2016). Los intocables del derecho. Entrevista a Josep Joan Moreso. *Ciencia Jurídica*, 5(9), 141-162.
- ORUNESU, C. (2012). Los límites de la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (2), 49-63.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- RODRÍGUEZ DURÓN, E. (2017). (2012, junio). La reforma constitucional y el estudio del derecho. *Código Libre. Revista del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes*, 1(1), 12-14.
- Una perspectiva de la objeción contramayoritaria en el derecho español y mexicano. En Pérez Alonso, E. y Olguín Torres, A. (coords.). *Temas actuales de derecho constitucional* (pp. 421-450). Guanajuato: Universidad de Guanajuato.
- RUIZ TORRES, H. (2012). *Curso general de amparo*. México: Oxford University Press.

- SÁNCHEZ GIL, R. (2012). *Escritos procesales constitucionales*. México: Porrúa, IMDPC.
- (2008). La presunción de constitucionalidad. En Ferrer, E. y Zaldívar, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo VIII* (pp. 365-412). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, Marcial Pons.
- SCHMILL, U. (2000). Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado federal. En Cossío, J. y Pérez, L. (comps.). *La defensa de la Constitución* (pp.11-42). (2a. ed.). México: Fontamara.
- SILVA MEZA, J. y SILVA GARCÍA, F. (2013). *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia mexicana*. (2a. ed.). México: Porrúa.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1993). *Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

La interpretación constitucional centralista de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos de controversias entre la Federación y los poderes locales

José Ricardo Narváez Martínez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Organización político-administrativa del Estado mexicano. III. Estado de derecho constitucional. IV. Mecanismos de control constitucional bajo el Estado de derecho. V. Justicia Constitucional. VI. Estado constitucional de Guanajuato. VII. Control constitucional local. VIII. Interpretación constitucional. IX. El derecho como práctica interpretativa. X. Razonamiento jurídico a partir de normas. XI. Derecho constitucional, juicio moral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación. XII. Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de controversias. XIII. Conclusiones. XIV. Fuentes.

I. Introducción

En el mundo, la reforma del Estado es un tema actual que lo redimensiona y lo ubica en la situación que vive. Este tema se ha abordado en diversos países, especialmente a partir de los años que precedieron a la Segunda Guerra Mundial (De la Madrid, 1995), tras esta significativa fecha en la historia, aparecen diversas teorías¹, casi todas fundadas en un papel preponderantemente económico, sustentado

* Congreso del Estado de Guanajuato.

¹ Por citar alguna: la Teoría de la Modernización de Rostow, que parte de su obra de la Teoría del Desarrollo Económico, donde establece que una sociedad transita por cinco etapas: 1) la sociedad tradicional, 2) precondition para el despegue, 3) el proceso del despegue, 4) el camino hacia la madurez y 5) una sociedad de alto consumo masivo.

en la hegemonía de las potencias mundiales que terminaron victoriosas tras el conflicto bélico y que quisieron imponer su poderío en los demás países. Es aquí donde aparece el concepto de globalización² como un elemento de la economía a partir del cual comienza a haber ciertos cambios en las estructuras del Estado moderno.

Tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, se reconoce que el Estado vive una serie de cambios en lo sustancial, que son producto del contexto internacional de transformación. De igual modo, se asumen nuevos perfiles en el Estado mexicano que requieren de arreglos institucionales. No debemos olvidar la economía inestable, proteccionista y cerrada, con un vasto sector paraestatal (Rebolledo, 1993) que participaba en las más variadas actividades económicas, y otra, que es la del libre mercado, abierta a la competencia interna y externa; un Estado menos propietario, que establece sus relaciones con la sociedad sobre bases diferentes y es innovador en el combate a la pobreza. Juan Rebolledo (1993) señala que «Las prácticas políticas, basadas en una estructura de sectores del país, el clientelismo y el populismo» (p. 10), así como el sistema de partido prácticamente único, han dejado de ser predominantes: hoy el elemento más dinámico de la política nacional es la acción de nuevas organizaciones comunales, de grupos ciudadanos, de organizaciones de la sociedad civil y de partidos en la competencia por el poder pero, sobre todo, de una sociedad más dinámica y presta a expresarse a través de las redes sociales.

Entre los cambios recientes, la reforma del Estado tiene un lugar notable porque, además de su profundidad, dichos cambios han generado otras transformaciones en la sociedad de las que no estamos y no podemos estar al margen. En estas transformaciones influyen diversos factores; podemos considerar un primer factor, el histórico, sobre el

² Podríamos considerar a este vocablo como el evento lingüístico de los años noventa. El diccionario Merriam-Webster (s. f.) lo registra por primera vez a comienzos de los años sesenta, todavía sin particulares connotaciones especiales, más como sinónimo de totalización que de mundialización. En el transcurso de los años ochenta, las *Business Management Schools* (citado por Revelli, 2001) norteamericanas lo introducen en el lenguaje académico. Así pues, podríamos seguir en la lógica de Robert Boyer (citado por Revelli, 2001), sobre las características de la globalización, donde se refiere a esta como un fenómeno específico de la progresiva y tendencial unificación a escala mundial de los mercados de mercancías, o al proceso de homologación cultural a escala mundial de estilos de vida y modelos de consumo. Theodore Levitt (citado por Revelli, 2001), en *La sociedad global*, centra el término en la globalización productiva, en el carácter global de las empresas, como multinacionales. En tanto Rober Reich (citado por Revelli, 2001), en su popular libro *The Work of the Nations*, expone justamente el progresivo empañamiento y luego la disolución del carácter nacional de la empresa, trayendo consigo ventajas sociales y económicas para el país de procedencia de la compañía.

cual podríamos ubicarnos en la actualidad, como lo señala Reyes Sahún (2001).

En nuestro país, podemos identificar en el siglo xx, sin ser exhaustivos, diversas etapas históricas. A saber, primero, la del Porfiriato, con un gobierno dictatorial comenzado en el siglo xix y que termina con el inicio del movimiento armado en 1910: la Revolución mexicana. Posteriormente viene la época de la conformación y consolidación del nuevo Estado mexicano postrevolucionario, que va desde 1917, con la nueva Constitución, hasta 1940 con la finalización de la administración del presidente Lázaro Cárdenas. En seguida encontramos la etapa de la industrialización del país, con su inicial consolidación en el desarrollo estabilizador. La penúltima etapa comienza con el agotamiento del modelo económico de sustitución de importaciones y la necesaria promoción de la apertura económica, tendiente a la globalización, manifestada en la libre competencia económica y por lo tanto, la libre circulación de productos y servicios. Esta etapa arranca en México en la década de los ochenta, cuando el país se integra al movimiento económico mundial que en Europa se origina en los años cincuenta, que cierra con la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en 1995 y que introduce al país en la corriente de la globalización³.

Con el gobierno federal del 1 de diciembre de 2000 se abre una nueva etapa en el país; con todo lo que significan los cambios políticos, económicos y sociales acumulados hasta esa fecha. Precisamente la penúltima etapa del país es la que puede proponerse como el periodo de la transición política en México. Es importante señalar que los cambios políticos se dan como necesaria correspondencia a los cambios económicos. Cuando una sociedad registra transformaciones económicas y no las repercute en la esfera de lo político, surgen desfases que propician conflictos entre los miembros de la sociedad y sus fuerzas. Tras el régimen del partido hegemónico y el paso de la derecha por el poder, se identifica una constante: la permanencia de una economía de mercado liberal. Hoy, con la izquierda en el poder, existen tamices de una economía social y asistencialista que modifica el sistema, pero eso se verá más adelante.

Esto nos lleva a replantearnos la agenda política de todo el país, puesto que las conformaciones políticas han cambiado.

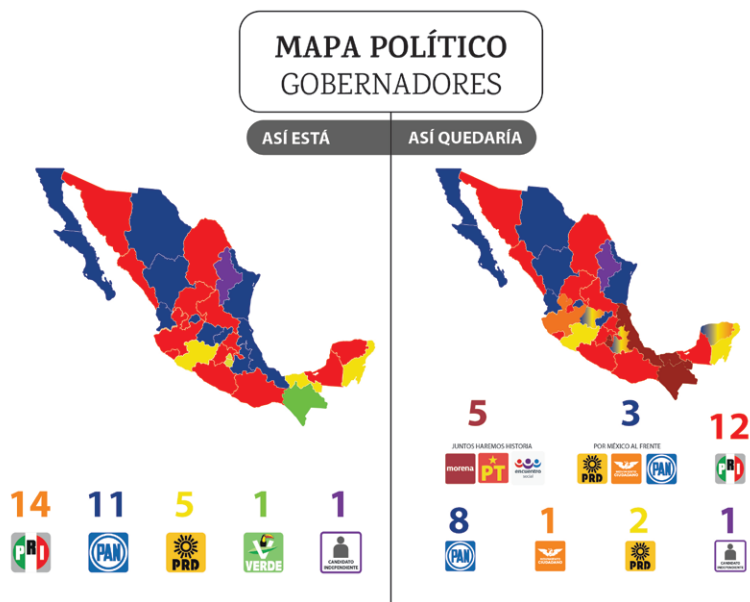
³ No podemos olvidar el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas inglés) del 4 de febrero de 2016, y que actualmente se denomina Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP).

Cuadro 1. Datos del 2019

	Morena	PAN	PRI	MC	PVEM	PT	PES	PRD	Indep.	S/P	Otros	Total
Gobernadores	5	11	12	1	0	0	0	2	1	0	0	32
Senadores	60	24	14	9	7	6	4	3	0	1	0	128
Diputados federales	258	78	47	28	13	34	26	11	0	4	0	499
Diputados locales en México	380	225	190	40	42	74	39	61	6	7	20	1084
TOTAL	703	338	263	78	62	114	69	77	7	12	20	

Fuente: elaboración propia, con datos del INE (<https://siceen.ine.mx:3000/#/tablas-resultados>)

Figura 1. Mapa político



Fuente: Alcaldes de México, 2018.

Bajo esta composición del constituyente y de las fuerzas políticas del país, hay una serie de planteamientos en la agenda política que, por supuesto, impactan en la agenda económica. Son temas fundamentales para poder estructurar a nuestro Estado: el Estado de derecho, el federalismo, el combate a la pobreza, las reformas estructurales, seguridad pública, desarrollo económico, salud, educación, cambio institucional, pero sobre todo, justicia. Es por ello que dentro de este proceso, para nuestro estudio es indispensable retomar el tema del federalismo, para después concluir en la búsqueda de una propuesta concreta, en la que

las entidades federativas y demás sectores sociales y públicos, tengan una participación en la construcción proactiva y real del Estado mexicano desde el centro⁴.

II. Organización político-administrativa del Estado mexicano

Como lo contempla el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en nuestro país se establece la división del Supremo Poder de la Federación en tres poderes. El Poder Legislativo tiene como principal función la elaboración de leyes que estructuran al Estado, que dotan a sus órganos de regulación y que instituyen sus relaciones entre sí y con los ciudadanos. Es el poder que detenta la representación o legitimidad en la voluntad del pueblo. También una de sus características es la de la publicidad, en razón de que se le asegura al gobernado la información relativa a las sesiones y sus resultados⁵, se permite la inviolabilidad de dichas personas por las opiniones expresadas en el cumplimiento de sus funciones. Habría que señalar las facultades que tiene la cámara para su régimen interior y aquellas otras que se tienen junto con la otra cámara en razones especiales, tal es el caso de cuando se conforma en cámara única. El Legislativo también realiza actos relativos al control del poder como es el de otorgar autorizaciones; aprobar actos del Ejecutivo; ocuparse de resolver los problemas suscitados en casos de falta del presidente; dirimir controversias de orden político entre los miembros de una Federación; analizar y supervisar la política exterior del presidente; ratificar los nombramientos hechos por este y aceptar o rechazar las iniciativas de ley propuestas por el mismo; por lo que este poder tiene facultades político-administrativas así como político-jurisdiccionales.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo se encarga de ejecutar las normas, de proveer mediante la facultad reglamentaria la correcta observancia de las leyes y de representar al país en la comunidad internacional. En virtud de lo anterior, el Ejecutivo debe prever en la esfera administrativa

⁴ Tenemos casos exitosos de entidades federativas que han crecido por arriba del cinco por ciento del PIB, como es el caso de Guanajuato y los estados del centro del país, cuyos porcentajes son equivalentes al crecimiento de China; no obstante hay otras entidades cuyo decrecimiento se acentúa.

⁵ El actual Gobierno Abierto del Estado es un nuevo paradigma en la estructura administrativa y funcional de la entidad, en donde el ciudadano es participante activo de las acciones del gobierno. En el caso de los Congresos, el Parlamento Abierto y, en el Poder Judicial, la Justicia Abierta, todos presentan la misma constante: buscar nuevos mecanismos de interacción y participación entre la sociedad y el gobierno.

la exacta observancia de la ley, para lo cual tiene que proporcionar los medios adecuados. En este sentido hay que recordar las facultades que el Ejecutivo tiene en el proceso legislativo, como la iniciativa de ley, su promulgación y publicación, y la facultad reglamentaria. Misma que constituye—como lo señala Carla Huerta (1998)— una verdadera excepción al principio de División de Poderes, dado que el Legislativo realmente legisla al expedir un reglamento. Así también, al Ejecutivo corresponden funciones de tipo administrativo, diplomáticas, de justicia, de seguridad y prevención, organización de servicios públicos y representación del Estado en el exterior. De igual forma, realiza diversas funciones que tienen como fin el equilibrar el poder del Legislativo y controlar sus actos. No omito señalar los múltiples esfuerzos recientes de iniciativas del Ejecutivo y del Legislativo por establecer Leyes Generales en diversos tópicos, las cuales invaden facultades locales y dictan, desde la Federación, las líneas y principios de estas disposiciones.

Por último, el Poder Judicial se encarga de resolver controversias de carácter jurídico; se ocupa de vigilar y mantener la supremacía constitucional; y de interpretar y aplicar la ley. Además de ser el máxime intérprete de nuestra Constitución, es el órgano encargado de asegurar la eficacia del orden jurídico; limita el poder y protege de su abuso a los gobernados; declara la constitucionalidad de todo acto o ley; y cuida que no sean violados los derechos de los gobernados, mediante la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. Asimismo, vigila que los poderes no invadan la esfera de competencias de otros poderes, por lo que se constituye como un poder equilibrador entre el Ejecutivo y Legislativo, mantiene la supremacía de la Constitución y da el derecho a los particulares.

El procedimiento para el nombramiento de los ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) hace que la división de poderes sea una realidad; es el ejemplo más claro de los contrapesos para la designación de los ministros.

Por lo tanto, y como lo señala Carla Huerta (1998), mediante la distribución de competencias entre los órganos del Estado creados por la Constitución, el poder político queda determinado dentro del ámbito jurídico establecido en el momento mismo de la creación de la norma fundamental. En consecuencia, se circunscribe a las funciones previstas y su ejercicio corresponde a los órganos constituidos conforme a los contenidos y procedimientos establecidos en congruencia con la Constitución y el resto del orden jurídico. Añadimos además a este orden jurídico que limita el poder y que se fundamenta en la soberanía, los derechos fundamentales: principio de legalidad, la división de poderes, federalismo, entre otros. Estos principios son los que interesan al Estado

de derecho y en particular a nosotros y sobre los cuales hablaré más adelante en este trabajo.

Konrad Hesse (1983) señala que la Constitución tiene, entre otras funciones, la de limitar el poder estatal y preservarlo de su abuso, ordenando el proceso de formación de unidad política mediante la delimitación de las atribuciones a los poderes estatales, la regulación procesal de su ejercicio y el control de estos. Pero no solo es este el mecanismo por medio del cual se controla al poder, sino que existen los que establece la propia Constitución y que entran al terreno judicial ya que son materia de ese poder; básicamente son todos aquellos actos o leyes que contravengan las disposiciones constitucionales y de las cuales señalamos anteriormente en este trabajo aquellos mecanismos judiciales y no judiciales.

He de resaltar la aplicación del artículo 73, fracción 31, en oposición al artículo 124 de nuestra Carta Magna. Por un lado, de manera explícita, el artículo 73⁶ establece las facultades de la Federación a través de las facultades del Congreso federal. En su fracción 31 señala que son competencia de la Federación, y en el artículo 124⁷ se señalan, de forma general, aquellas que son competencia de las entidades federativas. Estos dos artículos son el punto de partida de lo que aborda este trabajo.

III. Estado de derecho constitucional

Para muchos autores, la idea del Estado de derecho⁸ nace con el Estado moderno, es decir, en el siglo XIX. El Estado moderno en sí es un

⁶ Para expedir todas las leyes que sean necesarias, con el objetivo de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

⁷ Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

⁸ El término «Estado de derecho» comienza a ser utilizado entre los juristas europeos. Su origen es alemán y, al parecer, el primero en utilizar ese término, *Rechtsstaat*, fue Carl Th. Welcker en 1813; sin embargo, quien lo popularizó fue el gran jurista liberal Robert von Mohl en una obra publicada en 1829. No obstante, la utilización se limitó al mundo del derecho público germano (se sirvieron del mismo los más influyentes autores, entre otros, Stahl, Von Gneist, Gerber, Ihering, Laband y Jellinek) hasta que las doctrinas del derecho público alemán influyeron en Francia, especialmente en Carré de Malberg, que lo tradujo literalmente al francés (*Etat de Droit*) extendiéndose a partir de entonces a Italia, España y el resto de los países continentales; no así en los países anglosajones, donde la expresión más similar a «Estado de derecho» es la de *rule of law*, *constitutionalism* o *constitutional government*.

Estado de derecho y sus acepciones lo definen, por un lado como producto de un hecho social, como parte de un poder organizado y supremo; y por otro, como una institución dotada de una teleología y de un valor propio, como un fenómeno jurídico que va de la organización arbitraria y despótica —que pasa por encima de los derechos de los individuos y grupos— a la institución jurídicamente regulada y limitada, que respeta los derechos de los demás y trata de armonizarlos con los suyos y que, sobre todo preserva el principio de la democracia como vía para ejercer el poder. Por lo que a nosotros respecta, además, nos interesa el fenómeno jurídico a partir del ordenamiento supremo de toda nación que establece y define al Estado; me refiero a la Constitución, que es el nexo entre Estado y derecho.

En primer lugar, es importante, a la luz del positivismo jurídico, ubicar el concepto de «constitución». Ricardo Guastini (1999) sintetiza, a través del análisis de los adjetivos de la constitución, tanto su significado como su funcionalidad en todo «Estado democrático»⁹. En una primera acepción «constitución» denota todo ordenamiento político de tipo liberal. En una segunda acepción, «constitución» denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas —en algún sentido fundamentales— que caracterizan e identifican todo ordenamiento. En una tercera acepción, «constitución» denota simplemente un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente). Y en una cuarta acepción, «constitución» denota un particular texto normativo dotado de ciertas características «formales», o sea, de un peculiar régimen jurídico.

Se hace una distinción a partir de su función, como límite del poder político. Desde una perspectiva constitucional liberal-garantista (Matteucci, 1963), implica una organización política y liberal garantista y, en función de ello, la constitución es concebida aquí como límite al poder político. De esta forma, un Estado puede llamarse constitucional si, y solo si, satisface dos condiciones necesarias: por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado; y por otro lado, que los poderes del Estado (el Poder Legislativo, el Ejecutivo o de gobierno y el Jurisdiccional) estén divididos y separados (es decir, que se ejerzan por órganos diversos).

⁹ El sentido en que lo vamos a abordar en este trabajo parte de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que en su artículo 16 establece que toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene constitución. Con lo cual se configura al Estado proteccionista o garantista que tiene a la democracia como valor y como derecho.

En este sentido, y tomando como referencia lo anterior, podemos revisarlo con nuestro país a efecto de comprobar si efectivamente, dentro del concepto de Estado constitucional, el nuestro cumple con dichas condiciones y, por lo tanto, limita el poder político. Inicialmente, en cuanto hace referencia a la garantía de los derechos humanos de los gobernados frente al Estado, podríamos tener una primera clasificación de mecanismos jurisdiccionales como lo son: el juicio de amparo (artículos 103 y 107 constitucional); la acción de inconstitucionalidad (artículo 105 constitucional); la controversia constitucional (artículo 99 constitucional); y la justicia federal electoral, para la protección de los derechos político-electorales (artículo 105 constitucional). La segunda clasificación relativa a los no jurisdiccionales corresponde a: juicio político (artículos 108–110 constitucionales); la figura de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) (artículo 102, apartado B, constitucional); facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97, párrafo 3, constitucional); y el mecanismo de reforma a la Constitución (artículo 135 constitucional).

La segunda característica es que exista la división de poderes. En este sentido, solo es importante añadir que, aunque la propia Constitución establece la división de poderes en forma horizontal en los tres órdenes de gobierno, también se establece la forma vertical, pero se añade el concepto de República federal, por lo que tomaré este concepto como referencia a efecto de poder desarrollar la propuesta.

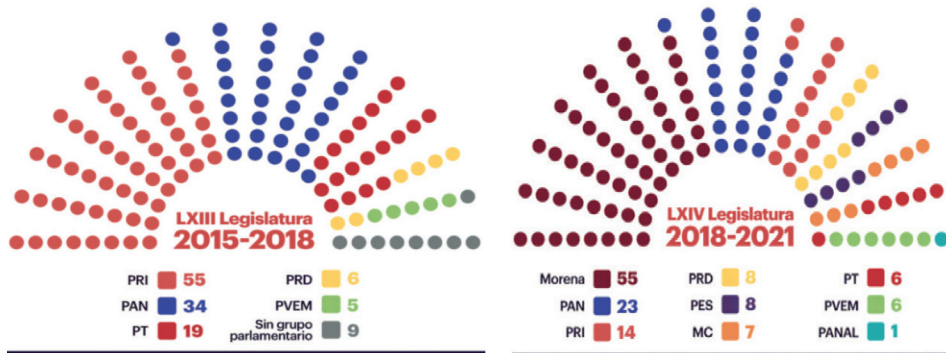
Es de hacer notar que, a partir de la composición del Congreso federal derivada de la elección de 2018 —la cual fue una elección de alta participación— logró la mayoría en las dos Cámaras federales el partido del presidente de la República. Esta misma radiografía aconteció en los congresos locales, al tener mayoría en los congresos del país; esto hace vulnerable a nuestro sistema de defensa constitucional ante una eventual reforma que podría pasar sin ningún contratiempo.

Figura 2. Integración del Congreso de la Unión



Fuente: Nación 321, 2018

Figura 3. Integración del Senado de la República



Fuente: Nación 321, 2018

Ahora bien, para comprender el Estado de derecho como característica elemental del Estado moderno, es necesario partir de los elementos que Francesc de Carreras (1996)¹⁰ señala, cuyos rasgos esenciales ya estaban presentes en los primeros pensadores liberales. El primero de estos elementos es la libertad como creación de la ley (De Carreras, 1996), el cual sostiene que la libertad individual es concebida, dentro

¹⁰ De Carreras (1996) aborda el tema a partir de dos elementos importantes. La primera señala que —conforme a la expresión clásica de que el Estado de derecho es, ante todo, el gobierno de las leyes y no el gobierno de los hombres— el poder se ejerce únicamente por conducto de normas jurídicas; es decir, que los mandatos a través de los cuales se ejerce el poder adoptan la forma de norma jurídica. La segunda nota apunta a que el Estado de derecho no es un ente sin finalidad, sino que tiene como fin asegurar la igualdad del hombre, o bien, garantizar la igual libertad; luego entonces, el Estado de derecho será aquella organización que garantice los derechos fundamentales.

de esta perspectiva liberal, como la no constricción externa del hombre. Locke nos la describe como aquella situación en la cual cada uno estaba únicamente determinado por su propia voluntad; «es un estado de perfecta libertad», decía Locke (citado por De Carreras, 1996). Estos límites los señala con precisión Montesquieu (1972): la libertad es el derecho de hacer todo aquello que las leyes permiten. De lo que resulta el primer elemento: el Estado de derecho, donde solo la ley puede poner límites a la libertad del hombre. Por consiguiente, la libertad en sociedad no tiene su fundamento en la naturaleza humana, sino que es creación de la ley. Por lo que retomamos, a fin de este trabajo, la libertad de los propios estados y municipios en cuanto a su régimen regional, y es en este rubro en que el Estado de derecho en México tiene que abrir la posibilidad de que esto suceda, a través de la creación de la ley e interpretación jurídica que respete esta libertad federalista contenida en el artículo 124 de nuestra Carta Magna.

Otro de los elementos son las razones de la ley por las cuales la misma ley puede limitar la libertad. La única justificación debe fundarse en que su ejercicio amenace u obstaculice la libertad de otro. En este supuesto, los poderes públicos adoptarán: 1) medidas de carácter preventivo para hacer frente a tal amenaza; 2) medidas de fuerza coactiva, las cuales proceden para prevenir la vulneración de los derechos del otro; y 3) medidas para restablecer los derechos vulnerados, exigiendo a su vez, la responsabilidad civil y la sanción penal o administrativa del infractor.

El último elemento que mencionaremos es la libertad en sentido jurídico, la cual hace referencia a los derechos del hombre que deben establecerse en la Constitución y ser respetados por las demás leyes. En lo relativo a la relación entre coerción legítima, libertad y derecho, como elemento del Estado constitucional de derecho¹¹, de acuerdo con la teoría del Estado, quien detenta el monopolio de la coerción se convierte en un tutor y restablecedor del propio Estado de derecho¹². A esto se añade un elemento propuesto por Weber—que es esencial en los Estados modernos—: el concepto de legitimidad. Por lo tanto, el actuar del Estado puede ser legítimo o ilegítimo. Entendemos como legítima aquella coerción que se realiza para prevenir o impedir que

¹¹ Recordemos aquí que Marx definió el Estado como aquel aparato organizativo que detenta el monopolio de la coerción. Weber añadió un elemento esencial, que es el de legitimidad. Como lo menciona Kant, si el ejercicio de la libertad por parte de un individuo es un obstáculo para la libertad de otro «la coerción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que impide la libertad, concuerda con la libertad» (citado por De Carreras, 1996).

¹² Y eso lo hace en muchas de las ocasiones, o en casi todas, como última instancia, el Poder Judicial federal.

se vulneren o restablezcan los derechos de una persona. Al respecto, Weber (1964) cita a Kant, quien dice que, si el ejercicio de la libertad por parte de un individuo es un obstáculo para la libertad de otro, «la coerción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que impide la libertad, concuerda con la libertad»¹³ (p. 40). Por el contrario, la actuación no amparada por derecho alguno no es otra cosa que una limitación ilegítima de la libertad. Así pues, coerción y libertad deben ser forzosamente la misma cosa.

Por último, al hablar de la organización del Estado y la posición del ciudadano, división de poderes, igualdad ante la Ley y participación del ciudadano en su elaboración, es necesario añadir dos elementos materiales al concepto de Estado de derecho, que son: la división de poderes y el concepto de ley.

Partimos del precedente que sienta Montesquieu (1972), citado por Frances de Carreras (1996): «Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentre un límite. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición misma de las cosas, el poder frene al poder» (p.10). Por lo tanto, la condición básica para frenar el poder es la división de poderes, la cual se asegura mediante los controles entre los distintos órganos del Estado. Cabe mencionar que la ley que limita o defiende esa libertad no debe ser cualquier ley, sino que debe establecerse en la norma de carácter general, es decir, en la Constitución. Asimismo, este último elemento nos lleva a establecer un mecanismo de control constitucional que defina y defienda esta, a través del ejercicio competencial del poder y que nos lleve a definir una propuesta que reúna todos y cada uno de los requisitos del Estado de derecho. Sin embargo, de acuerdo con nuestra crítica actual a la división de poderes, en la realidad consideramos que esa división ha sido superada por la colaboración que más adelante expondré.

IV. Mecanismos de control constitucional bajo el Estado de derecho

Retomaré dos elementos de la definición de Carl Schmitt —citado por Carla Huerta (1998)— quien sostiene que la Constitución de un Estado contiene dos elementos: la protección a la libertad individual frente al Estado, y un elemento político del que procede la forma de gobierno. Afirma, a su vez, que la libertad se deduce de dos principios: a) el de

¹³ Sobre este aspecto de la doctrina kantiana, véase el trabajo de Bobbio (1985).

distribución, en virtud del cual el poder del Estado se divide y encierra en un sistema de competencias circunscritas (conocido como división de poderes); y b) el de organización, que pone en práctica el de distribución (son frenos y controles recíprocos).

Es importante recordar la idea del poder que define Max Weber (citado por Huerta, 1998): «la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena» (p. 15), por lo que, acorde con esta línea de estudio, haré mención solo del poder político¹⁴ que se institucionaliza con la generación y organización del Estado, esto es a través de las normas jurídicas.

Para Jacques Maritain (1983) la autoridad y el poder son dos cosas diferentes: a saber, el poder es la fuerza mediante la cual se puede obligar a otro a obedecer; y la autoridad es el derecho de dirigir y mandar, de ser oído u obedecido por otro. La autoridad requiere el poder y, como lo señala Carla Huerta (1998), se podría decir que Maritain identifica el poder con la legitimidad y a la autoridad con la legalidad; lo cual dificulta su distinción, ya que ambos son indispensables para la vigencia y eficacia de un determinado orden jurídico. Para este trabajo, consideramos que el poder es la facultad de realizar actos y tomar decisiones sobre sí mismo y sobre terceros, los cuales, una vez contenidos en el ordenamiento jurídico, se transforman en funciones atribuidas a sujetos específicos y producen efectos jurídicos; por lo que la autoridad es el sustento legítimo de dicho ordenamiento.

El sustento legítimo al cual nos referimos está establecido en el cuerpo de leyes vigentes en nuestro país. Sin embargo, la cúspide de ese orden jurídico descansa en la Norma Suprema, como ya lo he mencionado. Tenemos entonces que esta limitante que establece el orden jurídico, es el resultado de la autodeterminación y autolimitación que tiene el pueblo. «Al quedar el poder sujeto al derecho, queda asegurado por un eficaz control jurídico», señala Francisco Rubio Llorente (1985). Es necesario señalar que estas capacidades de autodeterminación y autolimitación tienen su origen en la soberanía popular que —desde la obra de Jean Bodin, en el siglo xvi, *Los seis libros de la República*— han sido definidos y redefinidos por numerosos autores (Huerta, 1998, p. 57).

¹⁴ Desde el punto de vista funcional de quien detenta el poder citaremos a Diego Valadés, quien afirma que a partir de Lowestein se ha generalizado la expresión «detentadores del poder». Es evidente que Lowestein no utilizó el verbo *detentar* ni el sustantivo *detentador* en el sentido peyorativo que tiene en español. Lo que quiso significar con la utilización de esta voz en la traducción fue sinónimo de titularidad en un cargo, en una función o en un derecho. Reservas terminológicas aparte, el científico alemán plantea un concepto de fondo referente a la naturaleza de la constitución.

La soberanía popular no se agota con el derecho a votar, sino que también hay otros medios por los cuales se protege este principio, por ejemplo, a través de la propia norma suprema que legaliza y legitima el poder de forma limitada y determinada. El claro ejemplo de una de estas limitantes es que el Estado, como poder organizado política y jurídicamente, establece las facultades cuyo ejercicio se deposita en los distintos órganos que lo conforman. A estos órganos se les denomina poderes.

V. Justicia constitucional

Conforme a la evolución del derecho, los nuevos modelos constitucionalistas establecen los mecanismos de defensa relativos a la soberanía de la nación, entre ellos podemos encontrar: la supremacía constitucional, la división de poderes, así como un sistema de control y defensa constitucional.

Héctor Fix Zamudio (1968) define la justicia constitucional como el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental. (p. 15)

La justicia constitucional en México busca garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos mediante instituciones jurisdiccionales independientes, y a través de criterios que otorguen certeza y seguridad jurídica en la ciudadanía. Las reformas en materia de derechos humanos y juicio de amparo instauraron un nuevo sistema de control constitucional.

En México, se ha establecido en la Constitución federal un sistema denominado híbrido, el cual se conforma de dos sistemas para la defensa constitucional: los tribunales y los órganos especializados; ambos tienen una gran importancia en el equilibrio de los poderes, ya que realizan de manera autónoma el control de la constitucionalidad.

Fix Zamudio, citado por Ledesma (2016), ha sostenido que la justicia constitucional es el conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado, la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma Carta Fundamental. En ese sentido, hablar de la justicia constitucional

es abarcar tanto las instituciones como los instrumentos de defensa constitucional.

VI. Estado constitucional de Guanajuato

El contexto histórico de la Constitución en Guanajuato nos remonta al año 1824, cuando fue promulgada el Acta Constitutiva de la Federación, y con esto se da nombre a la entidad: Estado Libre y Soberano de Guanajuato. En el acta mencionada, se contemplaba —en su artículo 5o.— que Guanajuato formaba parte de uno de los quince estados que conformaban el territorio nacional, demarcación geopolítica que, en las postrimerías de la época colonial, ocupó el mismo nombre. Al igual que el resto de los estados y territorios, después de consumada la Independencia, se inauguró un primer esfuerzo institucional de parlamentarismo, que en los territorios adoptó la categoría de Diputación Provincial, pero que en 1824 Guanajuato obtuvo la facultad de legislar. Lo anterior constituyó un trascendental cambio en la administración pública.

En los años de 1824, 1825 y 1826 se hizo la instalación del Primer Congreso Constituyente de Guanajuato. En el decreto número dos expedido por el Honorable Congreso Constituyente del Estado de Guanajuato (Congreso del Estado de Guanajuato, 2019) establece el estado de la siguiente manera: «El Soberano Congreso Constituyente del Estado Libre de Guanajuato, teniendo en consideración que su soberanía e independencia deben estar reconocidas por todos los habitantes de dicho Estado y que las leyes, providencias y Decretos que de él emanen, deberán ser obedecidas» (p.13). Lo anterior consolida la soberanía del Estado de Guanajuato; fue así que se estableció su primera Constitución. Actualmente, el Estado Constitucional de Guanajuato está establecido en el artículo 77 de la Constitución local.

Este escenario estuvo marcado por un clima de esperanza de dotar de soberanía a esta entidad, no solo legal sino económica, ya que era uno de los estados que mayor recaudación, producto de la minería, aportaba a la economía.

VII. Control constitucional local

El principio de supremacía constitucional da lugar a que la Constitución sea tomada como fundamento base para la creación y funcionamiento de las leyes y normas de jerarquía inferior. El control de la regularidad constitucional es un elemento esencial para mantener la vigencia de la

propia Constitución. El cambio de concepción de la Constitución como documento político a norma jurídica, da como resultado la posibilidad de que esta prevea las garantías necesarias para hacerla prevalecer frente a todo aquel acto que la quebrante (Huerta, 1998).

La Constitución Política para el Estado de Guanajuato contiene dos instrumentos de control constitucional fundamentados en el artículo 89, fracción 15. Se establece que el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia será la institución encargada de garantizar la defensa constitucional. Uno de los instrumentos previstos es la controversia constitucional. El artículo 89, fracción 15, confiere facultades de control constitucional al Pleno del Supremo Tribunal de Justicia como resolver las controversias legales entre: dos o más municipios, uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo; y entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

Lo anterior indica que la controversia de la Constitución guanajuatense es un medio de control constitucional diseñado para dirimir conflictos entre los órganos de poder, así como entre los ámbitos de competencia estatal, sin que se prevea como sujetos de control a otros órganos o entes públicos.

VIII. Interpretación constitucional

A menudo se sostiene que la interpretación consiste en precisar o atribuir el sentido de algo, sin embargo, en el contexto jurídico los conceptos se prestan a múltiples discrepancias. Sostiene Tarello (citado por Lifante, 2018) que la interpretación jurídica en el Derecho no puede entenderse como una categoría unitaria, sino que bajo ese rótulo se incluyen diversas modalidades o tipos interpretativos según cual sea su objeto que pueden presentar peculiaridades entre sí, tales como la interpretación de la ley, la interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional, la interpretación de las circulares, la interpretación de los convenios colectivos, la interpretación de los actos administrativos, la interpretación de los contratos, la interpretación de los tratados internacionales, etcétera. (p. 21)

Guastini (citado por Lifante, 2018), menciona que lo que da origen a la norma es la actividad interpretativa; argumenta, también, que la interpretación no consiste en conocer las normas, sino en producirlas.

La especificidad de la interpretación jurídica afecta al objeto de la misma y condiciona el proceso interpretativo. En la interpretación jurídica el significante es la disposición y el significado es la norma. No hay

norma sin previa actividad interpretativa, ni técnicamente cabe hablar de disposición para referirse al resultado del proceso interpretativo.

IX. El derecho como práctica interpretativa

Para este tema, es fundamental entender quiénes son los sujetos de la interpretación jurídica. La actividad interpretativa en el ámbito jurídico puede ser realizada por sujetos muy diversos como jueces, legisladores, abogados postulantes, dogmáticos, ciudadanos. Es por lo anterior, que resulta ser diferente la interpretación con base en el contexto que se deba o desee aplicar.

Kelsen, en el año de 1986, propuso una teoría que se caracteriza por distinguir entre lo que denomina como «interpretación auténtica», que es la que se lleva a cabo por parte de los órganos aplicadores del derecho; y la «interpretación no auténtica», que se conforma por la interpretación que dan los particulares o entes que no pertenecen a instituciones aplicadoras del derecho.

Sostiene Cruz Parceró (2017) que, hoy en día, nuestro sistema jurídico exige a los juzgadores enfrentar los retos de los cambios constitucionales recientes, los cuales obligan a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad tratándose de casos donde estén involucrados los derechos humanos (p. 5). Las aportaciones de Neil MacCormick (citado por Cruz, 2017) nos advierten de una tensión de interpretación de los criterios de corrección, consistencia y coherencia. La moralidad institucional tiene a cargo dos compromisos: primero tiene que ajustarse lo más posible a las instituciones jurídicas y políticas que integran el orden normativo institucional; y segundo, debe aproximarse lo más posible a nuestras creencias normativas socialmente compartidas.

X. Razonamiento jurídico a partir de normas

En sentido dianético, el razonamiento jurídico consiste en argumentar a favor de atribuir un determinado sentido a un objeto. Según Isabel Lifante (2018), para Savigny la interpretación podría caracterizarse como la operación necesaria para construir el pensamiento contenido en la ley; dicha operación está conformada por cuatro elementos. El primero, el elemento gramatical de la interpretación, tiene por objeto las palabras de las que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes. El segundo, el elemento

lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes. El tercero, el histórico, tiene por objeto el Estado de derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley se haya introducido. El cuarto es el elemento sistemático, cuyo objeto es el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tiene ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos. Por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquella ocupaba en este sistema.

Para Miguel García (2017) la obligación jurídica, como categoría fundamental de los sistemas jurídicos, pertenece a las estructuras formales de la acción intencional; en específico a la acción racional. Los problemas de relevancia e interpretación y algunos aspectos del razonamiento acerca de la clasificación o evaluación involucran temas del adecuado desarrollo jurídico en relación con el caso particular que se debe decidir. Cuando se tiene que elegir entre varias alternativas jurídicamente justificadas, es necesario evaluar sus consecuencias. Una solución que puede evitar conflictos de interpretación inicia con una redacción legislativa que no se preste a confusiones, debe ser lo más clara posible.

XI. Derecho constitucional, juicio moral y la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el Estado mexicano, como revisamos anteriormente, el control constitucional se ejerce por medio del Poder Judicial de la Federación. Al tratar conflictos entre los órganos de gobierno, el mecanismo de controversia constitucional es el idóneo, tanto a nivel local como nacional, para llevarlo a cabo. En el caso de la Federación, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que ejerce las máximas atribuciones de control constitucional en nuestro país.

Como observamos, la actividad desarrollada por los operadores del control constitucional se refiere a la interpretación de las normas jurídica. En este sentido, con base en las ideas de Leiter (2016), la SCJN, al ser el máximo tribunal constitucional del país, corre la suerte de ser un «súper legislador», pues dentro de sus facultades, al momento de resolver los asuntos puestos a su consideración, puede decretar modificaciones legislativas. Esta facultad de «súper legislador» concedida a la SCJN hace que su labor interpretativa sea mucho más rigurosa que cuando se trata de una simple aplicación de la ley, pues la mayoría de los casos que son puestos a su consideración son aquellos que no pue-

den ser solucionados por el texto expreso de la ley. Esta posibilidad de integrar la norma o de darle contenido a las disposiciones normativas hace muy importante la revisión de los juicios morales que, como personas, tienen quienes integran el Máximo Tribunal de nuestro país.

Las resoluciones emitidas por la SCJN (Leiter, 2016) se basan, principalmente, en interpretaciones de las normas y del marco constitucional. Derivado de esa actividad, es importante conocer los juicios morales de los ministros de la Suprema Corte, pues ellos, como parte de su actividad tendrán la posibilidad de interpretar en un sentido u otro la norma constitucional que posteriormente se convertirá en norma jurídica aplicable a toda la república. Sin embargo, a pesar del peso específico que tienen estas visiones personales, los órganos parlamentarios encargados de su designación no indagan más sobre los valores o experiencias previas de los aspirantes a la máxima magistratura de nuestro país y otorgan mayor relevancia a la experiencia y conocimiento jurídico de los aspirantes.

En el caso de estudio del presente trabajo, se puede observar la poca vocación que pueden tener los ministros de la SCJN en relación con las entidades federativas, pues la mayoría de los propuestos derivan de trabajar en la Federación, ya sea en el Poder Judicial o en el Poder Ejecutivo, como antesala a su aspiración, pero no existen verdaderos juzgadores con impulso federalista que provengan de tribunales o poderes locales de nuestro país. Esto explica por qué las resoluciones dictadas por nuestro máximo tribunal carecen de esa visión federalista proveniente de las autoridades locales.

XII. Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de controversias

Con el objetivo de determinar cuáles han sido los principales criterios pronunciados por la Suprema Corte de Justicia en relación con las controversias suscitadas entre alguno de los poderes estatales con la Federación, se realizó una búsqueda de las controversias interpuestas en los últimos diez años (2009-2019) dentro del sistema de registro del sitio oficial de la SCJN. Se encontraron interpuestas solo doce, correspondientes a controversias entre poderes estatales y la Federación. De estas doce controversias, solo en una de ellas el actor es uno de los poderes estatales, el caso de Chihuahua, en donde se interpuso en contra de la emisión de la Ley de Seguridad Interior por parte del Congreso del Estado. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se pronunció sobre los argumentos, sino solo sobreseyó el asunto por

haber una declaratoria previa de inconstitucionalidad. De las restantes once controversias, dos se encuentran pendientes de resolver, y de las nueve resueltas, ocho corresponden a controversias interpuestas en contra de la legislación secundaria derivadas de la reforma educativa promovida por el entonces presidente Peña Nieto, en la que se determina la procedencia de los argumentos en resolución a favor de la Federación. En el caso de la restante, se trata de una resolución favorable para la autoridad federal en materia de inversión extranjera.

De lo anterior podemos deducir, en primer término, que las autoridades locales no son muy asiduas a interponer mecanismos de control constitucional en contra de las autoridades federales. Sin embargo, la autoridad federal sí promueve este tipo de controversias cuando considera afectados sus intereses por parte de las autoridades locales. Asimismo, en relación con los criterios de resolución, también se desprende que la mayoría de las sentencias revisadas tienden a resolver a favor de la Federación más que de las autoridades estatales.

XIII. Conclusiones

De lo anterior, podemos concluir que toda sociedad está marcada por hechos históricos y económicos que conforman su presente. Estos dos elementos, el histórico y económico, junto con el político, han hecho que las ideologías y los países se definan.

La globalización, como teoría de origen económico, marcó en el mundo una tendencia económica pero, por qué no, también política. Vemos integraciones internacionales, pero a su vez vemos áreas de fortalecimiento local, como es el caso de Guanajuato con el Bajío, en donde las condiciones económicas y políticas han marcado un rumbo claro que ha permitido el crecimiento en algunas zonas por arriba del cinco por ciento de su PIB anual, algo que a nivel nacional no se ha logrado.

Esto nos lleva a ciertos arreglos institucionales que son parteaguas en la historia del país, y que marcan notablemente las relaciones entre Estado y sociedad que van desde a) el Porfiriato con un sistema dictatorial (1876 a 1910); b) el periodo postrevolucionario (1917 a 1940); c) el periodo de industrialización y desarrollo estabilizador; d) apertura económica y globalización en los ochenta, en donde se da un reordenamiento político del poder público al tener alternancia partidista; e) transición en el año 2000, pasando por un periodo del partido oficial renovado; y f) la época actual, con un gobierno de izquierda.

Todos estos años han sido marcados por la economía de mercado, el liberalismo económico y hasta por el proteccionismo, el clientelismo

y el populismo. Por ello, la participación ciudadana hoy toma más importancia, no solo como control del poder, sino como medio para la gobernanza desde la sociedad en el poder.

Esa relación entre Estado y sociedad es lo que, en agenda política, se denomina como reforma del Estado.

La constante transformación económica lleva consigo la transición política y cuando hay desfase entre estos es cuando se dan los conflictos.

El incipiente crecimiento de los estados conformados en una conferencia de gobernadores vino a marcar una nueva relación entre los estados y la Federación, impulsados por la bandera del federalismo como elemento que conforma la reforma del Estado. Esto ante el riesgo de que se vean violentadas sus soberanías, por el abuso indiscriminado de la Federación en el control del poder, el debilitamiento de la seguridad en los estados, la falta de recursos presupuestales, pero especialmente, por la sugestión de legislar, impartir justicia y marcar agenda desde el centro a los estados.

El Estado de derecho constitucional se ve vulnerado por dos acciones desde la Federación: el abuso en la interpretación centralista de la SCJN del artículo 73, fracción 31, en contra del 124 de nuestra Carta Magna; y el segundo, por querer establecer y regular en esos vacíos competenciales diversas materias concurrentes, desde el Congreso federal.

Así, los mecanismos de control constitucional formales se quedan guardados ante el miedo de que los estados se enfrenten con el centro, de manera que se posiciona como el máximo intérprete de nuestra Carta Magna (que dicho sea de paso y como lo he referido, ese centro se integra por ministros que en su moralidad institucional —compuesta por ajustes institucionales, jurídicos y políticos— y a las aproximaciones de nuestras creencias normativas y sociales compartidas, se juega con la facultad de interpretación para lograr brindarle el poder total de la toma de decisiones).

Basta con ver que es casi nula la vocación de los ministros en relación con las entidades federativas, ya que la mayoría es del centro del país y su crecimiento y desarrollo solo es posible desde el centro.

Incentivar en los estados la defensa de la Constitución a través de la controversia constitucional, entre otros mecanismos, es una tarea pendiente de fomentar, no solo en la parte de cultura jurídica, sino en la parte de la reforma del Estado.

Hay retos y caminos nuevos por emprender desde la globalización, tales como la defensa de nuestra Constitución en concordancia con el nuevo orden de integración mundial. Es por ello que, a pesar de la Suprema Corte, hoy en día se tienen, para los particulares, mecanismos

en tribunales internacionales, de manera que se suman nuevos agentes dentro del orden internacional, ya no solo nacional.

XIV. Fuentes

- ALCALDES DE MÉXICO. (2018, 9 de julio). Ellos serán los nuevos gobernantes 2018-2024. *Alcaldes de México*. Recuperado de <https://www.alcaldesdemexico.com/notas-principales/ellos-seran-los-nuevos-gobernantes-2018-2024/>
- BOBBIO, N. (1985). *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*. Madrid: Debate.
- CRUZ, J. (2017). Prólogo. En García, M. *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick* (pp. XII-XIV). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.
- CONGRESO DEL ESTADO DE GUANAJUATO (2019). *Decretos expedidos por el Honorable Congreso Constituyente del Estado de Guanajuato. Años de 1824, 1825 y 1826. Edición Conmemorativa*. México: Congreso del Estado de Guanajuato.
- DE CARRERAS, F. (1996). *El Estado de derecho como sistema*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Colección Cuadernos y Debates, 1).
- DE LA MADRID H. M. (1995). La reforma del Estado en México: una perspectiva histórica. En *Segundo Coloquio Sociedad y Política en México y Estados Unidos* [Ponencia no publicada]. México.
- FIX-ZAMUDIO, H. (1968). *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*. México: UNAM.
- GARCÍA, M. (2017). *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, R. (1999). Sobre el Concepto de Constitución. Carbonell, M. (trad.). En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Cuestiones Constitucionales*, (1), 161-176.
- HESSE, K. (1983). *Concepto y cualidad de Constitución. Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HUERTA, C. (1998). *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- KANT, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.
- LEDEZMA, M. (2016). La justicia constitucional en el Estado de Guanajuato, aportes para su fortalecimiento. En Pérez, E. y Olguín, A. (coords.). *Temas actuales de derecho constitucional* (pp. 157-178). México: Universidad de Guanajuato.

- LEITER, B. (2017). Derecho constitucional, juicio moral y la Suprema Corte como súper-legislatura. En Martínez, V. (coord.). *La Constitución como objeto de interpretación* (pp. 77-106). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales.
- LIFANTE, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARITAIN, J. (1983). *El hombre y el Estado*. Madrid: Ediciones Encuentro.
- MATTEUCCI, N. (1963). Positivismo giurídico e costituzionalismo. En *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (3), 985-1100.
- MERRIAM-WEBSTER. (s. f.) Globalization. *Merriam-Webster*. Recuperado el 8 de mayo de 2019, de <https://www.merriam-webster.com/dictionary/globalization>
- MONTESQUIEU, C. (1972). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos.
- NACIÓN 321. (2018, 23 de agosto). 6 gráficas para entender el tsunami de Morena en el Congreso. *Nación 321*. Recuperado de <https://www.nacion321.com/congreso/6-graficas-para-entender-el-tsunami-de-morena-en-el-congreso>
- REBOLLEDO, J. (1993). *La reforma del Estado en México: una visión de la modernización en México*. México: Fondo de Cultura Económica.
- REVELLI, M. (2001). La ideología de la globalización y su realidad. En Carbonell, M. y Vázquez, R. (comps.). *Estado Constitucional y Globalización*. México: UNAM, Editorial Porrúa.
- REYES, A. (2001). *Qué es la Transición Política*. México: Gobierno del Estado de Aguascalientes, Coordinación General de Asesores. (Colección Textos para la Transición, 4).
- RUBIO, F. (1985). El control parlamentario. *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, (1), 83-103.
- VALADÉS, D. (1998). El poder de controlar. En *Liber ad honorem: Sergio García Ramírez* (pp. 657-680). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- WEBER, M. (1964). *Economía y Sociedad*. (2a. ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

La seguridad jurídica frente a la justicia. El error judicial como causal de revisión de la cosa juzgada

Martha Susana Barragán Rangel*

SUMARIO: I. Introducción. II. Finalidad del proceso judicial en el Estado constitucional de derecho. III. La cosa juzgada frente a la justicia. IV. El error judicial como causa de revisión de la cosa juzgada. V. Error manifiesto y notoria injusticia. VI. Un caso de revisión de la cosa juzgada. VII. Conclusión. VIII. Fuentes.

I. Introducción

El presente trabajo tiene la finalidad de tratar como tema sustancial la revisión de la cosa juzgada en materia civil en casos de injusticia extrema. Sin desconocer la relevancia y utilidad que tiene la institución jurídica de la cosa juzgada, dado que protege la seguridad jurídica como un valor inmerso en la sentencia emanada de un proceso formalmente válido, en este trabajo se analiza si excepcionalmente, cuando esta es contraria a otro valor tan importante como el de justicia, es posible someterla a revisión.

Para ello, en primer lugar, se aborda la finalidad que tiene el proceso judicial en un Estado de derecho constitucional, y se destaca que la justicia es el fin último del derecho. Posteriormente se analiza la tensión que en ocasiones se presenta entre la seguridad jurídica que protege la cosa juzgada y la justicia, supuesto en el cual expongo las razones por las cuales considero se debe desplazar la primera para privilegiar la justicia en la solución de un conflicto. Como una causa de injusticia extrema analizo el error judicial que, considero, debe dar lugar a la revisabilidad de la cosa juzgada, error que ha de ser manifiesto. Finalmente,

* Magistrada Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato.

se expone un caso en el que se evidencia la utilidad de la revisión de la cosa juzgada, para resolver en justicia un conflicto jurídico.

Es importante precisar que, en este ensayo, queda excluido el estudio de la nulidad de juicio concluido con base en un proceso fraudulento dado que, al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicana, han establecido los requisitos necesarios para nulificar la cosa juzgada derivada de un proceso que presente esa característica. Del mismo modo no es objeto de este estudio el aspecto instrumental, es decir, el medio idóneo para proceder a la revisión de la cosa juzgada que aquí se propone.

II. Finalidad del proceso judicial en el Estado constitucional de derecho

En el Estado constitucional de derecho se cuestiona la idea de que la labor del juez consiste en subsumir un caso concreto dentro de un supuesto normativo, para, en su lugar, dar paso a la resolución de los litigios judiciales con base en valores y principios constitucionales¹. Ese cambio respecto al Estado legal de derecho coloca al proceso jurisdiccional como un verdadero instrumento de garantía de los derechos humanos, y abre la posibilidad de que normas e instituciones procesales tradicionales puedan ser objeto de escrutinio, cuando constituyan un obstáculo a la efectiva realización de los derechos fundamentales de las personas. En el sistema jurídico mexicano, el Estado de derecho constitucional ha adquirido una carta de naturalización, en mérito de que la protección y garantía de los derechos humanos fue elevada a rango constitucional a partir de la reforma al artículo 1o. de la Constitución, lo cual ha venido a permear en el quehacer jurisdiccional, dado que, a la luz de un constitucionalismo interpretativo abierto, se impregna y dirige todo el ordenamiento jurídico con la finalidad de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales².

Mucho se ha escrito sobre el tránsito del Estado legal al Estado constitucional como paradigma vigente en las modernas democracias occidentales. Para un teórico como Robert Alexy (2003), por ejemplo, el Estado constitucional encarna «una teoría y una *praxis* constitucio-

¹ Sobre las transformaciones que el Estado constitucional supone para nuestra comprensión del fenómeno jurídico, V. Zagrebelsky (2011) y García Figueroa (2009).

² En general, sobre la reforma constitucional mexicana de 2011, V. Carbonell y Salazar Ugarte (2011).

nales comunes, singularmente a lo que se refiere al control de constitucionalidad» que «ha emprendido una marcha triunfal sin parangón» (p. 31). Es un cambio de paradigma que se articula en la centralidad de los derechos fundamentales. Pues bien, tales derechos se caracterizan, a decir de Alexy, por: a) su *máximo rango*, pues están contenidos en la norma constitucional, en el nivel superior del ordenamiento constitucional; b) su *máxima fuerza jurídica*, al vincular como derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial, y al estar su observancia plenamente controlada por los tribunales hasta culminar en el Tribunal Constitucional de Karlsruhe; c) su *máxima importancia de objeto*, al decidir las cuestiones básicas de la sociedad-la libertad contractual; garantía de la libertad de opinión, prensa, radio, televisión, libertad religiosa, protección a la vida y a la integridad física, etcétera; y, finalmente, d) su *máximo grado de indeterminación*, que se advierte del carácter meramente sucinto, lapidario y vacío del texto constitucional (p. 33).

Dadas esas características que acompañan a los derechos (máximo grado de indeterminación con máxima fuerza jurídica, etcétera), aunado a su fuerza expansiva por virtud del «efecto de irradiación»³, en este modelo de Estado de derecho se impone al juez una mayor responsabilidad al momento de resolver las controversias jurídicas. Ya no es posible una simple aplicación mecánica de la norma, como en el Estado legislativo, pues las normas constitucionales mismas no parecen aptas para tal aplicación subsuntiva. Las soluciones a los casos van más allá de la que se obtiene de la literalidad de las normas contenidas en los códigos, recae en el juez la obligación de tutelar efectivamente los derechos fundamentales⁴. Rodolfo Luis Vigo (2015), como crítico de la interpretación jurídica que realizan los jueces, ha sostenido que, en el marco del Estado de derecho constitucional, el proceso ya no es visto «solo» como un instrumento para resolver una controversia, sino que importa el camino que condujo a ella y su calidad (p. 176).

Puede afirmarse, entonces, que el proceso civil tiene como pilares fundamentales la tutela de los derechos de las personas a través de un mecanismo que realce la decisión justa, dignifique a la persona

³ Sobre el efecto de irradiación y otros desarrollos vinculados a la dimensión valorativa de los derechos fundamentales, V. Mora-Sifuentes (2017, pp. 1222 y ss.).

⁴ «El derecho al proceso justo es un derecho de naturaleza procesal e impone deberes organizacionales al Estado en su función legislativa, judicial y ejecutiva. [...] La actuación de la administración judicial tiene que ser comprendida como una forma de concretización del derecho al proceso justo. El juez tiene el deber de interpretar y aplicar la legislación procesal, de conformidad con el derecho fundamental al proceso justo. El Estado constitucional tiene el deber de tutelar de forma efectiva los derechos» (Mitidiero, 2013, p. 125).

humana⁵ y, al mismo tiempo, otorgue seguridad jurídica mediante una decisión argumentada y ponderada de los derechos en juego. Solo mediante la conjugación de ambos pilares podemos considerar al proceso civil como una vía idónea para la defensa de los derechos fundamentales que subyacen en los litigios. Sin embargo, cuando colisiona el pilar de la seguridad jurídica con el de la justicia, el proceso ya no cumple plenamente su función de garantizar la tutela de los derechos, sino que se constituye en un obstáculo para el cumplimiento de ese fin. Llegado a este punto mi pregunta central es: ¿puede justificarse que la cosa juzgada sea susceptible de ser revisada, solo de manera excepcional, cuando se trate de una sentencia ostensiblemente injusta? Para dar respuesta a esta interrogante es preciso tener claridad de lo que la cosa juzgada es, así como de los distintos valores jurídicos en juego. Comencemos por la institución de la cosa juzgada.

III. La cosa juzgada frente a la justicia

Desde el punto de vista procesal, la cosa juzgada se presenta cuando la sentencia judicial adquiere autoridad y eficacia jurídica. Sus atributos son la coercibilidad, la inmutabilidad y la irreversibilidad en otro proceso posterior (Couture, 2017, pp. 211-212). Contra ella no se admiten recursos ni pruebas de ninguna clase (CPCEG, 1934, artículo 363). Si bien la seguridad jurídica es uno de los valores primordiales inmerso en la cosa juzgada, la misma también obedece a un fin político, social, económico y jurisdiccional como lo es la estabilidad en las relaciones sociales. Es decir, más que a la justicia material, parece que la cosa juzgada tiende a favorecer un aspecto central de la dimensión institucional del derecho como lo es la determinación final y autoritativa de las controversias. Los procesos no pueden eternizarse. Es necesario poner un punto final al conflicto y dar paso a la materialización de lo decidido mediante la ejecución de las sentencias⁶.

⁵ «La dignidad de la persona humana impone la necesidad de considerar la tutela de los derechos como fin del proceso. La juridicidad por la cual se pauta el Estado constitucional —esto es, su parámetro jurídico de actuación y la efectiva actuabilidad de los derechos— asegura inmediatamente la necesidad de una decisión justa como medio particular para la obtención de la tutela de los derechos» (Mitidiero, 2013, p. 194).

⁶ Eduardo J. Couture (2005) ha sostenido que «la cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón natural, sino de exigencia práctica» (p. 332).

Lo anterior permite a las partes que participaron del proceso generar un ambiente de confianza en que lo sometido a decisión jurisdiccional llegará a una conclusión definitiva, y en el que, quien argumente de mejor manera su pretensión puede hacer tangible el derecho que la norma individualizada le ha conferido. La idea subyacente es que el vencedor en el proceso ha atendido a las pautas legales sustantivas y adjetivas establecidas en el pacto social. La cosa juzgada puede verse de esta manera como un elemento objetivo de que el ordenamiento jurídico —en forma de sentencia individualizada para el caso en concreto— sea cumplido a cabalidad. Esta determinación final ha generado que, en ciertos sectores de la doctrina, se considere que la cosa juzgada produce una presunción de que lo resuelto en una sentencia es lo justo y verdadero. Dicha presunción parte de la idea de que el juez, como la «voz de la ley»⁷, decide justamente; por lo que su decisión debe ser inmutable. Si se observa con atención, al trasladarse la voluntad legal al caso particular, se presume que este se ha resuelto sin ningún tipo de error o falsedad. Es decir, se considera que la cosa juzgada es infranqueable, en virtud de que el juez ha resuelto conforme a derecho.

Empero, atribuir a la cosa juzgada siempre e invariablemente una «presunción de verdad» viene a constituir un obstáculo para la definición de los derechos de las personas, cuando en un Estado constitucional de derecho lo que se pretende es que se privilegien los valores de justicia y equidad en la definición de los conflictos jurisdiccionales. En cambio, si se considera que los tribunales son administrados y dirigidos por seres humanos, cuya imperfección abre la posibilidad de que emitan decisiones equívocas que desemboquen en una sentencia «intolerablemente injusta», en palabras de Gustav Radbruch⁸ (1951). En este escenario, se abre la posibilidad de reexaminar la decisión asumida en un caso juzgado definitivamente, aun y cuando tenga ese carácter,

⁷ «La materia sobre la cual operaba el intérprete jurídico en el Estado de derecho legal era la ley, dado que era ella la fuente de las fuentes del derecho, a tal punto que si se llegaba a reconocer alguna otra fuente lo era como subordinada a la que ostentaba la máxima jerarquía. [...] En definitiva, el trabajo del jurista consistía en esa búsqueda de respuestas que estaban en la ley (más específicamente: en el Código), bajo la amenaza de que si se apartaba del “sentido de la ley” cometía el delito del prevaricato. [...] Conforme a lo que llevamos dicho queda claro que el intérprete se limita, al modo de un “ser inanimado” —según la exagerada fórmula de Montesquieu— a reproducir la ley en el caso sin aportar nada nuevo al derecho que ya estaba completamente contenido en las leyes. [...] La amenaza a los jueces de incurrir en el delito de prevaricato si se apartaban del “único” sentido o solución ya prevista en la ley, confirma la irrelevancia creativa del trabajo judicial, sin perjuicio de señalar que aquel delito supondría que cada vez que se producían disidencias habría prevaricato la mayoría o la minoría» (cfr. VIGO, 2015: 28-29 y 37).

⁸ Sobre la figura de Radbruch y su rehabilitación, V. Nava Tovar (2019, pp. 13-32).

pues la certeza jurídica que arroje tal decisión judicial sucumbe ante la justicia como fin último del derecho. Sobre el particular, Radbruch sostuvo que:

El conflicto más importante es el que media entre la justicia y seguridad. La seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique aun y cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme de un derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia, lo injusto se reparte justamente, y por igual a todos, por donde el restablecimiento de la justicia requiere, ahora, antes de nada, un trato desigual, es decir, una injusticia. Siendo, por tanto, la seguridad una forma de justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto con la justicia misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda que el derecho positivo injusto deberá ceder paso a la justicia⁹. (p. 44)

El conflicto entre justicia y cosa juzgada, en particular, o entre justicia y seguridad jurídica, en general, no es de manufactura reciente. Es cierto que la tensión entre ambas dimensiones del derecho a las que el proceso civil quiere servir —es decir, la garantía de los derechos acompañada de certeza y seguridad jurídica— se torna más patente en el marco del Estado constitucional de derecho aludido, pues los derechos humanos parecen abocarnos a criterios materiales de corrección, y no meramente formales. No obstante, la problematización del fenómeno desde esta óptica no ha sido la única. En la propia ciencia del derecho procesal podemos encontrar pronunciamientos similares a la fórmula de Radbruch que admiten la revisabilidad de la cosa juzgada. Hace mucho tiempo atrás que procesalistas de la talla de Giuseppe Chiovenda o Francesco Carnelutti se pronunciaron en tal sentido. Escribe el primero:

Nada ofende en sí a la razón, que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada; pues la autoridad misma de ella, no es absoluta y necesaria, sino que se establece por consideraciones de utilidad y oportunidad; de tal suerte que esas mismas consideraciones pueden a veces, aconsejar que sea sacrificada, para evitar la perturbación y el daño mayores que se producirían de conservarse una sentencia intolerablemente injusta (Chiovenda, 1931, p. 405).

⁹ Sobre la fórmula de Radbruch, V. Alexy (2001, pp. 75-96).

En un tenor similar, para Carnelutti (1944) tampoco es dable sostener un fallo intolerablemente injusto, aún y cuando constituya cosa juzgada, pues «cuando la materia de la decisión sea de tal índole que su injusticia aparezca como socialmente intolerable, la justicia puede prevalecer sobre la certeza, hasta el extremo de excluir en todo caso la inmutabilidad» (pp. 350 y 354). Lo anterior nos lleva a afirmar que, al menos desde el punto de vista de la función jurisdiccional de la labor de los jueces, el problema ha estado siempre presente¹⁰. Al respecto resulta oportuna también la postura de Rodolfo Luis Vigo (2015), quien sostiene:

La preocupación por la justicia, lo racional y la realidad que caracterizan al derecho del Estado de Derecho Constitucional, impactan en aquélla «ficción de verdad» (Savigny) que suponía la cosa juzgada y, consecuentemente, comienzan a reconocerse excepciones o vías de impugnación a ella. Es que, si la sentencia se ha tornado fraudulenta o resulta evidentemente absurda desde un punto de vista axiológico o racional, no puede pretender validez, por lo que cabe arbitrar medios que posibiliten su revisión. En perspectiva actual se destaca que la cosa juzgada ha dejado de lado aquella matriz esencialista que llevaba a la doble verdad, y es asumida en términos funcionales en tanto ella simplemente impide una decisión sobre lo que ya se ha decidido [...]. Recordemos que el proceso en el marco del Estado de Derecho Constitucional ya no es visto «solo» como instrumento para resolver una controversia, sino que importa el camino que condujo a ella y su calidad. (p. 175)

Son estas las razones que justifican, en mi opinión, que la seguridad jurídica que protege la cosa juzgada de las resoluciones judiciales puede desplazarse cuando atenta contra valores de justicia, racionalidad o las condiciones fácticas. Dicha revisión procede cuando la sentencia emanada de un proceso formalmente válido sea absurda o notoriamente injusta en detrimento de los derechos humanos de las personas que intervinieron en el proceso. Lo anterior se hace más patente cuando esa injusticia deriva de un yerro de la propia autoridad judicial. Obsérvese que la tesis que sostengo es que solo la injusticia extrema y no cualquier injusticia puede dar lugar a su revisión. Tampoco se trata de desconocer el valor de la seguridad jurídica emanada de la cosa juzgada. Simplemente, en consonancia con los desarrollos del moderno Estado constitucional de derecho, considero que resulta posible en casos extremos superar la seguridad jurídica en aras de la justicia. Con ello no se niega el lugar primordial de la cosa juzgada, aun siendo

¹⁰ En general, V. Maurino (2002, p. 7).

subsidiario o adjetivo, en el derecho. Lo decidido subsiste en tanto que este determine y procure lo justo, es decir, que no desemboque en una injusticia extrema, evidente o inequívoca (Vigo, 2016, p. 8). ¿Cuándo se puede considerar que se ha actualizado este supuesto?

IV. El error judicial como causa de revisión de la cosa juzgada

El error judicial que origina la injusticia extrema a la que me he venido refiriendo es, sin duda, una de las causas que puede dar lugar a la revisión de la cosa juzgada. En términos gramaticales, por *error* entendemos un «concepto equivocado»; un «juicio falso»; una «acción desacertada»; «equivocada»; «cosa hecha erradamente» (RAE). Se trata de una mala ejecución en cualquier actividad de las personas que se ha apartado del camino señalado y por el cual debe llevarse a cabo dicha actividad o función. Un juicio falso equivale a una reflexión o decisión tomada en franco desapego a la realidad. El error, como uno de los grados negativos del conocimiento, tiene dos especies: afirmar lo que no existe y negar lo que existe (Domínguez Prieto, 2010, p. 57). En el ámbito jurídico, lo anterior cobra relevancia pues las decisiones judiciales parten de aserciones que deben ser lo más apegadas posibles a la correcta aplicación o interpretación de las normas, su premisa normativa (*quaestio iuris*), así como a la verdad de los hechos, su premisa fáctica (*quaestio facti*); ambas premisas controvertidas por las partes y que exigen del juzgador un gran esfuerzo para estar en óptimas condiciones de tomar una decisión justa.

En efecto, la complejidad de la labor judicial radica precisamente en que el juzgador tiene que formarse un criterio o convicción entre dos posturas que presentan las «partes» antagónicas y «autointeresadas». Lo anterior se acentúa en los casos difíciles, en los que pueden presentarse problemas de interpretación o relevancia de las normas; o bien, problemas relativos a la prueba y su valoración referidas a unos hechos que, recordemos, el juez no conoció directamente. Todo ello dificulta sin duda la determinación de cuál entre las pretensiones en conflicto debe prevalecer. Es por estas circunstancias —que no es otra cosa sino el día a día de la labor jurisdiccional— que no puede ser eliminada la posibilidad de que se presenten yerros por parte del juzgador, ya sea en las fases que integran el proceso o en la etapa resolutoria, y por muy variadas causas, el juez puede apreciar incorrectamente los hechos o a aplicar incorrectamente el derecho. En definitiva, como

sostienen Berizonce y Fucito (2000), el juez no está exento de cometer un error judicial, es decir, no está exento del error que supone:

un resultado equivocado no ajustado a la ley, sea porque no se aplicó correctamente el derecho o porque se establecieron hechos que no se corresponden con la realidad. Paralelamente admitimos la existencia del error impropio, configurado cuando debido a contingencias posteriores no tenidas en cuenta al momento de sentenciar, es decir a nuevos elementos de convicción aportados, la solución jurídica otorgada en un primer momento deviene jurídicamente inadecuada. (p. 249)

De la anterior definición de error judicial, podemos inferir que, para que el mismo se actualice, se precisa la convergencia de dos elementos centrales: a) la indebida apreciación de los hechos, o b) la incorrecta aplicación de la norma jurídica al caso concreto. A esos casos, los autores citados añaden otro supuesto que actualiza el error judicial: c) cuando sobrevienen hechos posteriores a la sentencia, tornándola incongruente con la realidad (p. 249). En un tenor similar, para Mosset Iturraspe (1999) el error-vicio es aquel que influye sobre la formación de la voluntad del juez en el acto procesal y surgen dos especies de error: el error de derecho y el error de hecho; en la medida que «de derecho y de hechos están hechas las decisiones judiciales» (p.35). Este último autor, concibe al error de derecho como la deficiente aplicación del derecho al caso juzgado, y al error de hecho como la deficiencia en la interpretación de los hechos que conforman el caso.

Para intentar clarificar qué puede constituir el error judicial, también es dable apoyarse en las que Alvarado Velloso (2008) denomina «soluciones judiciales arbitrarias». Así, menciona que una solución judicial arbitraria es aquella en la se actualice:

- a) apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso;
- b) carencia de fundamentos en la motivación de la decisión;
- c) menoscabo importante del derecho de defensa en juicio;
- d) capricho judicial en la decisión, tomada con base en la simple voluntad del sentenciante;
- e) violación de la esencia del orden constitucional;
- f) ausencia de una razonable derivación del derecho vigente aplicable al caso, según lo debatido en él;
- g) exceso en los límites de la razonabilidad;
- h) contenido de omisiones, errores y graves desaciertos;
- i) contravención del adecuado servicio de justicia;

- j) exceso ritual manifiesto, con la consiguiente renuncia consciente a la búsqueda de la verdad materia u objetiva;
- k) violación del orden constitucional; o
- l) contravención de un adecuado o racional servicio de justicia, etcétera. (pp. 230-231)

Alvarado Velloso sostiene que cada una de las hipótesis enlistadas encierra una «injusticia notoria» y que, si la decisión judicial parte de un juicio incorrecto, se convierte en arbitraria al apartarse del fin del derecho que es aplicar la justicia con base en la realidad de los hechos. La arbitrariedad alude a la condición o comportamiento arbitrario (DRAE) y significa la sujeción a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón. En el ámbito del derecho se presenta cuando quien decide no se sujeta a la ley pero, sobre todo, a la razón, a la reflexión, y, por ende, puede traer consecuencias ominosas para el fin que se persigue con el sistema jurídico.

De esta forma, la arbitrariedad puede tener como su fuente, tanto el error de hecho como el de derecho. Adviértase también que en ocasiones dicho error puede derivar de la conducta de las partes quienes inducen al juez —consciente o inconscientemente— al error. Buscan que sus peticiones sean concedidas en la sentencia final. En ocasiones, lo hacen con base en falacias, esto es, con base en argumentos que parecen buenos o verdaderos pero que en realidad no lo son, y logran persuadir al juez de tomar la decisión que sea acorde con sus intereses, no obstante que no se ajuste a la realidad. En cambio, cuando los argumentos falsos se esgrimen de manera consciente con la intención de engañar, estamos frente a sofismas¹¹. En otras ocasiones, el error judicial tiene su origen en el material probatorio allegado al proceso con base en el cual se emite la sentencia, en cualquiera de los *tres momentos* sucesivos de la actividad probatoria. Siguiendo a Jordi Ferrer (2007) en este punto, esos tres momentos suelen ser: la conformación de los elementos de juicio; la valoración de estos; y lo que sería propiamente la decisión con la que se determina si están o no probados los hechos. En esta última fase del razonamiento probatorio, es en donde se incurre en el error judicial de forma agravada, pues

¹¹ Para referirse a las falacias, Aristóteles decía que eran como los metales que parecían preciosos sin serlo. Por otro lado, el que usa una falacia puede hacerlo a sabiendas de que es un mal argumento con el propósito de engañar, (cabría entonces hablar de sofisma), o bien, de buena fe, sin ser consciente del engaño que supone (paralogismo). Lo que genera las falacias es tanto lo que Bentham llamaba «intereses siniestros» (los intereses de la gente que no pueden ser declarados abiertamente) como las dificultades cognitivas de los seres humanos. V. Atienza (2013, p. 16).

en este momento de estudio, las pruebas desahogadas trascienden al resultado del fallo (pp. 41-49).

Por lo que hace al error de derecho en que puede incurrir el juez al fallar un caso si bien se le considera un experto en normas jurídicas, lo que conlleva la presunción de que resolverá acertadamente, no sucede así siempre y en todos los casos. Máxime que en materia civil¹² los jueces tienen el deber de resolver las controversias jurídicas no solo con base en el texto expreso de las leyes, códigos o reglamentos, sino que, ante la ausencia de norma, deben acudir a los principios generales del derecho¹³ y a las demás fuentes como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina como método hermenéutico para la solución de los conflictos jurídicos. Inclusive, cuando no sea suficiente el conocimiento del conjunto de normas, principios y demás fuentes del Derecho, el juez ha de resolver colmando las lagunas legislativas, como así se precisa en las normas secundarias, en particular los Códigos Civiles, conforme a los cuales los jueces no están exentos de resolver el litigio sometido a su conocimiento ante la falta o deficiencia de la ley¹⁴. Esto es un aspecto central que no debe perderse de vista.

En definitiva: el juez no puede dejar de resolver los litigios que le son sometidos a su jurisdicción, pues ni la existencia de lagunas ni la existencia de antinomias le exime de su deber de ofrecer una solución jurídica a los conflictos de su competencia. En dicha actividad bien puede darse el caso de que el aplicador de la norma cometa un error. Pues bien, son los errores judiciales serios candidatos para permitir la revisabilidad de la cosa juzgada. De manera enunciativa, hemos mencionado algunos supuestos del error judicial, tanto al apreciar los hechos como al seleccionar la norma jurídica, su método de interpretación o sus características propias. Pero es menester puntualizar que no cualquier error, ya sea de hecho o de derecho, acaecido durante el proceso o en la emisión de la sentencia con calidad de cosa juzgada, es suficiente para derrotar a la cosa juzgada. Lo que aquí se propone es que el error que pueda servir de asidero para que se reexamine la decisión tomada en una sentencia con calidad de cosa juzgada, sea de tal magnitud que permita desplazar dicho baluarte de la seguridad jurídica.

¹² Recuérdese el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Por principios generales del derecho, Ovalle Favela (1994) entiende «aquellas normas fundamentales o esenciales que inspiran y orientan al conjunto del ordenamiento jurídico, las cuales se encuentran explícita o implícitamente dentro de este, y tiene la función primordial de integrar el propio ordenamiento jurídico supliendo las omisiones de la ley» (pp. 106-107).

¹⁴ V. por ejemplo, el artículo 16 del Código Civil para el Estado de Guanajuato. Para abundar al respecto, Alchourrón (2000, pp. 11-33).

V. Error manifiesto y notoria injusticia

Únicamente aquel error que por su sola existencia denote una injusticia manifiesta, que se trate de un desacierto evidente a los ojos de cualquier observador razonable, y que, con esas características, de manera irremediable, afecte los derechos fundamentales de una o ambas partes, está en condiciones de constituir una arbitrariedad evidente. Con estos supuestos, con los que una decisión judicial se asuma en franco desapego a la realidad, por un yerro del juzgador, notorio, manifiesto e incuestionable, a través de la revisión de la cosa juzgada, en un Estado de derecho constitucional, los jueces adquieren el rol relevante de interpretar y ponderar, caso por caso, la trascendencia que puede tener la cosa juzgada. Precisamente porque existió un juicio previo, cuya sentencia adquirió definitividad, pero que del análisis de las constancias se desprende que la conclusión y decisión a la que se arribó en el primer juicio, se sustenta en una premisa falsa o aparente, que entra en colisión con los derechos fundamentales de quien ha de cumplir con esa sentencia, o bien de aquel que ha de ejecutarla, pues ante una falta de adecuación de lo decidido con la realidad, se hace necesario volver a analizar esa decisión con calidad de cosa juzgada.

La posibilidad de menguar los efectos de la cosa juzgada frente a una injusticia extrema derivada de un error craso y notorio tiene como antecedente, en el ámbito del derecho supranacional, el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó desplazar las sentencias con calidad de cosa juzgada, adoptadas en los procesos internos de ese país, y estableció que la institución de la cosa juzgada no podía fungir de sustento a las autoridades chilenas para dejar impunes los crímenes ocurridos durante el régimen militar dictatorial. Para el tópico que nos ocupa, cobra relevancia la reparación ordenada en el párrafo 154, donde se señala:

154. En lo que toca al principio *ne bis in idem*, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, *no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando*: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) *no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada «aparente» o «fraudulenta»*. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de

los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, *incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem.*

En dicha consideración se subsanaron las deficiencias de los procedimientos desahogados a la luz del decreto de amnistía que enturbiaba el debido proceso —aquél desahogado con las pautas mínimas para considerarse ajustado a la Convención Americana de Derechos Humanos—, y la seguridad jurídica que ostentaban las resoluciones de la Corte Militar; pues al desplazar la cosa juzgada, se permitió reactivar las investigaciones correspondientes a fin de hacer justicia a las víctimas de los hechos. Tales decisiones cobran relevancia, porque se empieza a dejar de lado la idea de que la cosa juzgada es una «muralla sacrosanta»¹⁵.

En México, también ha ido permeando en los tribunales de la Federación la doctrina de que el error judicial da causa a la revisión de la cosa juzgada cuando es un error craso, patente y manifiesto, que es producto de un razonamiento equivocado, que no corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error manifiesto en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión¹⁶. Asimismo, se ha suscrito la tesis de que la cosa juzgada, no puede considerarse *a priori* como inmutable dado que no se trata de un derecho humano absoluto, porque su estructura normativa típica no es propia de las reglas, sino de los principios, cuyas condiciones de aplicación son definidas de modo abierto, lo que permite efectuar un examen de equilibrio y proporcionalidad, frente a un valor de orden también constitucional como es la justicia¹⁷. En definitiva, el error judicial que en este trabajo se sostiene puede dar lugar a la revisión de la cosa juzgada es el que, en términos de Gonzáini (2015)

se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí solo, evidencia pura, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose *prima facie* por su sola contemplación (frente al carácter de calificación

¹⁵ Algunos autores, al referirse a la cosa juzgada, utilizan la expresión «muralla sacrosanta» para «hacer referencia al trasfondo metafísico o de razón natural que se le ha atribuido para estatuirlo como inamovible, razones científicamente insostenibles y que hoy día han sido dejadas de lado» (Berizonce y Fucito, 2000, p. 251).

¹⁶ Tesis I.3o.C.24 K (10a.).

¹⁷ Tesis. I.12o.C.66 C (10a.).

jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho) (p. 108).

VI. Un caso de revisión de la cosa juzgada

Finalmente, a efecto de evidenciar la utilidad de la revisión de la cosa juzgada, para resolver en justicia un conflicto jurídico, presento un caso que me tocó conocer en apelación como magistrada, el cual, por cierto, fue el que me inspiró a escribir estas líneas. Se trata de un juicio ordinario civil, en el que se analizó la apelación en contra de la sentencia definitiva emitida en un segundo juicio, en la cual se declaró procedente la excepción de cosa juzgada.

En un primer juicio, José demandó a una institución pública (cuyo objeto social es, entre otros, otorgar financiamiento a los trabajadores para la obtención de viviendas de interés social) la devolución de las cantidades que su patrón le había descontado de su salario para pagarle a dicha institución un crédito hipotecario, y sustentó su pretensión en que no había contratado crédito alguno que diera causa legal para ello, menos aún había adquirido la vivienda que incluso se encontraba al otro extremo del país.

Con anterioridad a la instauración del primer juicio, José acudió a las oficinas de la institución demandada, donde presentó sus documentos de identidad que revelaban que la persona que en realidad contrató el crédito fue homónima, dado que sus datos identificatorios no coincidían con los que aparecían en el crédito; y, además, tramitó el procedimiento administrativo que los reglamentos que rigen la actividad de dicha institución establecen, para la aclaración de datos encaminada a obtener la suspensión de los descuentos. El citado procedimiento administrativo nunca fue resuelto, por lo que José no logró que se suspendieran los descuentos a su salario. En el primer juicio, el actor aportó documentos suficientes que revelaban la existencia de la aludida homonimia, en concreto su Clave Única del Registro de Población (CURP) y su credencial de elector, por cuyo medio se acreditó que quien en realidad había solicitado el crédito era una persona con el mismo nombre y fecha de nacimiento, pero diversa identidad. Adicionalmente, exhibió el aviso de retención de descuentos respectivo, el documento de acreditación de derechohabiente del IMSS, la solicitud de inscripción del crédito, la cédula de identificación fiscal y las constancias del trámite administrativo de revisión de probable homonimia; así como un estado de cuenta histórico en el cual se aprecian las cantidades que le habían sido descontadas.

Como José no suscribió contrato alguno con la institución demandada, pidió al juez de la causa se le requiriera la presentación del contrato de apertura de crédito en que se basaron para ordenar los descuentos a su salario, por tratarse de un documento que se encontraba al alcance de la institución demandada, no así de la actora.

Al dar contestación a la demanda la institución advirtió que el error alegado podría obedecer a la homonimia, por lo que invitó a José a continuar el trámite administrativo que se prevé en su página de internet para solventar esos errores, y, por su parte, hizo valer como defensa que la accionante no precisó el monto de las cantidades cuya devolución reclamó. En la sentencia dictada en ese primer juicio, el juez determinó la improcedencia de la acción, con base en la defensa de la institución demandada. Decisión judicial que no fue impugnada, por lo que adquirió la calidad de cosa juzgada. La decisión judicial asumida en ese primer juicio resultó notoriamente injusta, pues, aunque José no precisó en su demanda el monto de las cantidades que le habían sido descontadas, del estado de cuenta histórico que exhibió se desprendía dicho monto, así como que la institución demandada había estado recibiendo las cantidades respectivas por parte del patrón de la actora.

Además, el hecho jurídicamente relevante para la resolución del caso era la inexistencia de un contrato que justificara el descuento que se había hecho al salario de la actora para pagar un crédito a la institución demandada, ya que, sobre la afectación al salario de José, las partes no suscitaron controversia alguna, pues incluso se reconoció la recepción de los pagos. Máxime que en ese primer proceso se hicieron múltiples requerimientos a la institución demandada para que exhibiera el contrato de crédito con base en el cual se hacían los descuentos al salario de José, los cuales no cumplieron, sin que esta conducta procesal de la parte demandada fuera considerada en la sentencia, la cual se basó únicamente en un aspecto irrelevante como lo es la falta de señalamiento en la demanda de las cantidades que le habían sido descontadas al actor.

Posteriormente, en un segundo proceso, José hizo valer la misma acción contra idéntica institución, iguales proposiciones fácticas y pruebas aportadas al primer proceso; sin embargo, la postura procesal de la institución demandada cambió, ya que, al dar contestación a la demanda, se limitó a hacer valer la excepción de cosa juzgada. Tramitado el proceso en todas sus etapas, la sentencia emitida en ese segundo juicio declaró la improcedencia de la acción, ante la existencia de la cosa juzgada, por lo que ni siquiera se hizo el análisis de la pretensión de fondo. Contra esa decisión, José interpuso el recurso de apelación. La pretensión recursiva se centró en la violación al derecho fundamental de José al patrimonio y al salario íntegro, dada la injusticia que implicaba para él pagar a

la institución demandada un crédito que no contrató, durante un plazo de treinta años, destinado a pagar un inmueble ubicado al otro extremo del país del que una persona diferente era propietaria.

El recurso de apelación se resolvió revocándose la sentencia, con base en la premisa de que la cosa juzgada es una institución procesal imperfecta, que excepcionalmente puede ser revisada, como sucede cuando acarrea una notoria injusticia, como aconteció en el caso, ya que implicaba que José continuara pagando un crédito que no había contratado por un plazo de treinta años, para la adquisición de un inmueble del que otra persona era propietaria; lo que a la vista de cualquier observador razonable resultaba notoriamente injusto. Fundamentalmente porque dicha injusticia fue ocasionada por un error judicial, dado que la improcedencia de la acción decretada por el juez no podía tener como sustento la falta del señalamiento en la demanda de las cantidades que le habían sido descontadas a José, en principio porque las mismas se desprendían del estado de cuenta anexo a la demanda y, además, porque no era un hecho jurídicamente relevante para la resolución del caso, como sí lo era la inexistencia de un contrato celebrado entre las partes que justificara el descuento al salario de José.

La decisión asumida en la segunda instancia no solamente dio prevalencia al valor constitucional de justicia, soslayando la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino que también resultó satisfactoria para las partes, porque no hicieron valer algún medio extraordinario de impugnación contra la misma, como sería el juicio de amparo.

VII. Conclusión

A modo de conclusión del presente trabajo, propongo que la cosa juzgada no sea vista como una institución procesal perfecta que no admite excepciones, porque en un Estado constitucional de derecho —el cual ha adquirido carta de naturalización en el sistema jurídico mexicano, a diferencia del Estado legal de derecho— el proceso jurisdiccional se erige como un verdadero instrumento de garantía de los derechos humanos. Bajo esta perspectiva, cuando una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada acarrea una notoria injusticia, ha de ser susceptible de ser revisada, en aras de privilegiar el valor de la justicia sobre el de la seguridad jurídica. Como una causa que, sin duda, da lugar a una injusticia extrema, considero al error judicial craso, notorio y manifiesto que afecta de manera irremediable los derechos fundamentales de una o ambas partes y que, entonces, cuando se presente, habrá lugar a la revisión de la cosa juzgada.

VIII. Fuentes

1. Bibliografía

- ALCHOURRÓN, C. (2000). Sobre derecho y lógica. Trad. J. Rodríguez. *Isonomía*, (13), 11-33.
- ALEXY, R. (2003). Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático. García, A. (trad.). En Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31-48). Madrid: Trotta.
- (2001). Una defensa de la fórmula de Radbruch. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, (5), 75-96.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2008). *Introducción al estudio del derecho procesal, tercera parte*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni- Editores.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- BERIZONCE, R. y FUCITO, F. (dir.). (2000). *Los recursos humanos en el Poder Judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- CARBONELL, M. y SALAZAR UGARTE, P. (coords.). (2012). *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: Editorial Porrúa, UNAM-IIIJ.
- CARNELUTTI, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Uteha.
- CHIOVENDA, G. (1931). *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III*. Madrid: Editorial Reus.
- COUTURE, E. (2005). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial B. de F. Montevideo.
- (2017). *Vocabulario Jurídico*. (4ta. edición actualizada y ampliada por Á. Landoni). Buenos Aires: Editorial B. de F. Montevideo.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- GONZAÍNI, O. (2015). *Revisión de la Cosa Juzgada (irrita y fraudulenta)*, Buenos Aires: Editorial Ediar.
- MAURINO, A. (2002). *Revisión de la cosa juzgada. Acción Autónoma de nulidad*, Buenos Aires: Editorial Astrea. Recuperado el 25 de junio de 2020, de <https://www.astrea.com.-ar/resources/-doctrina/doctrina0068.pdf>
- MITIDIERO, D. (2013). *La justicia civil en el Estado constitucional. Diálogos para un diagnóstico*. Cavani, R. y Delgado, C. (trads.). Lima: Editorial Palestra.

- MORA-SIFUENTES, F. (2017). La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento. Su dimensión objetiva. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 50 (150), 1215-1258.
- MOSSET ITURRASPE, J. (1999). *El error judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- NAVA TOVAR, A. (2019). El regreso de Gustav Radbruch. Introducción crítica. En Paulson, S., *La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*. Madrid: Marcial Pons.
- OVALLE FAVELA, J. (1994). Comentarios al artículo 14. En *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. Tomo III*. (4ta. ed.). México: Cámara de Diputados, Miguel Ángel Porrúa.
- RADBRUCH, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2019). Error. *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/error?m=form>
- VIGO, R. (2015) *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- (2016) *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional*. México: Porrúa.
- ZAGREBELSKY, G. (2011). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, M. (trad.). Madrid: Editorial Trotta.

2. Legislación

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato. (1934). Guanajuato.

3. Jurisprudencia

- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. En Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*.
- Tesis. I.12o.C.66 C (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, septiembre de 2018, Civil, p. 2414.
- Tesis I.3o.C.24 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, marzo de 2013, t. III, Constitucional, Común, p. 2001. (Registro: 2003039).

El estándar de distribución de competencias entre el ámbito federal y el local

Sergio Charbel Olvera Rangel*

SUMARIO: I. Introducción. II. La distribución de competencias en el sistema federal mexicano. III. La regla residual de distribución de competencias prevista en el artículo 124. IV. La regla de coincidencia para la distribución de competencias. V. El estándar de distribución de competencias en el sistema federal mexicano y la propuesta de su regulación. VI. Conclusiones. VII. Fuentes.

I. Introducción

Los estados complejos se conforman por entidades con autonomía, la cual se genera debido a la descentralización de la función legislativa (Ferrando, 1986, p. 53). La característica distintiva entre un estado unitario y uno complejo es la descentralización de la función legislativa de estos últimos, en los primeros está unificada¹. La descentralización legislativa permite la creación de sistemas jurídicos parciales dentro de un sistema jurídico general estatal, esto es lo que caracteriza a un estado complejo. Hay dos especies de estados complejos: el estado regional y el estado federal.

En los estados regionales solo se descentraliza la función legislativa ordinaria, no la constitucional; los entes que lo conforman pueden crear normatividad secundaria local con base en la constitución general, pero no pueden darse constituciones locales. Los entes que com-

* Abogado constitucionalista, Maestro en Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario y en Derechos Humanos y Democracia, profesor titular y doctorando en la Escuela Libre de Derecho.

¹ En los estados unitarios la función legislativa unificada no impide que las funciones administrativa o jurisdiccional puedan descentralizarse.

ponen el estado regional se denominan estados autónomos, la creación de estos responde a conjuntar similitudes etnográficas, económicas, culturales e históricas. Los estados autónomos se pueden definir como unidades de vida comunitaria, no autosuficientes; son áreas homogéneas que poseen características físicas y culturales. La legislación ordinaria que pueden expedir, por lo general, contiene disposiciones relativas a la existencia, organización y funciones de la región. Los ejemplos son: Italia y España.

En el estado federal, la descentralización de la función legislativa es ordinaria y constitucional; en los entes que componen al estado federal, comúnmente denominados entidades federativas, pueden darse una constitución local. Esa descentralización corresponde a una división vertical del poder, porque se crean poderes y órganos no centrales, los cuales tienen su fundamento directo en una constitución local.

Debido a la descentralización legislativa constitucional que permite la existencia de dos ámbitos de autoridad, es necesario el reparto de competencias entre los poderes federales y locales. La constitución general es el ordenamiento en el que se prevé el reparto de competencias, en normas que forman parte del denominado pacto federal.

Para comprender íntegramente la distribución de competencias entre el ámbito federal y el local en el federalismo mexicano, se debe responder la siguiente pregunta: desde la perspectiva del modelo federal mexicano ¿cuál es el estándar de distribución de competencias entre el ámbito federal y el local? Para contestar a esta pregunta se desarrolla lo siguiente:

1. La distribución de competencias en el modelo de federalismo mexicano;
2. el contenido normativo de la disposición del artículo 124 (regla residual);
3. la regla complementaria a la residual para la distribución de competencias, conforme al modelo de federalismo cooperativo; y
4. una síntesis del estándar de distribución de competencias así como una propuesta de regulación de las reglas de distribución de competencias en nuestra Constitución general.

Los puntos anteriores corresponden a cada uno de los siguientes apartados.

II. La distribución de competencias en el sistema federal mexicano

La distribución de competencias en el federalismo mexicano parte de la premisa de que en México se adoptó el modelo del federalismo norteamericano (el dual), sin tomar en cuenta el contexto del que surgió en Estados Unidos.

La Federación norteamericana es el resultado de la evolución de una confederación. En el pacto internacional que lo constituyó, los estados soberanos cedieron a las autoridades centrales facultades de interés común para los estados parte, como la defensa de los estados en el exterior y la resolución de controversias entre los miembros (Kelsen, 1993, pp. 272-273). Este principio se reflejó en el artículo 2o. de los Artículos de Confederación: «Cada estado conserva su soberanía, libertad e independencia, así como todo su poder, jurisdicción y derecho no delegados expresamente por esta Confederación a los Estados Unidos cuando actúen por medio de su Congreso».

En la Confederación de las Trece Colonias, la creación de autoridades centrales fue concomitante con la necesidad de repartir competencias. En este sentido, para Alexis de Tocqueville (2012) la unión de estados norteamericanos constituyó una forma de sociedad en la cual varios pueblos se fundieron en uno solo en relación con ciertos intereses comunes, permanecieron separados y confederados solamente para todo lo demás (pp. 152 y 153).

El federalismo norteamericano fue la evolución de la Confederación de las Trece Colonias que decidieron unirse en un pacto constitucional del que surgió la Constitución de 1787, en el que se continuó con el carácter dual de la Confederación, se conservó la esencia de esta porque las facultades concedidas a las autoridades centrales se dirigían a la conservación del pacto federal², y las facultades que se reservaban los estados miembros eran las más. Al tener la Federación norteamericana como antecedente a una confederación, se entendió aquella como un pacto en la que los estados miembros conservaron la soberanía que tenían y que no delegaron de forma exclusiva a los Estados Unidos³.

² Las materias del Gobierno de la Unión eran las de interés general: seguridad contra el peligro extranjero; relaciones con países extranjeros; armonía y relaciones adecuadas entre los estados; diversos objetos de utilidad general; prohibición a los estados de ciertos actos perjudiciales; y medidas para dar a todos estos poderes la eficacia debida (Madison, 2012, p. 170).

³ Al respecto, Alexis de Tocqueville afirmó: «Se definieron, pues, cuidadosamente las atribuciones del gobierno federal y se declaró que todo lo que estaba comprendido en la definición caía en las atribuciones del gobierno de los Estados. Así, el gobierno

Por lo anterior, el reparto de competencias en Estados Unidos de América partió de la base de la renuncia que los estados partes hicieron de algunas de sus facultades para cederlas a las autoridades centrales. El reparto de competencias en la Constitución Norteamericana de 1787 lo explica Madison en *El Federalista* (2012) de la siguiente manera:

Los poderes delegados al gobierno federal por la Constitución propuesta son pocos y definidos. Los que han de quedar en manos de los gobiernos de los Estados son numerosos e indefinidos. Los primeros se emplearán principalmente con relación a objetos externos, como la guerra, la paz, las negociaciones y el comercio extranjero; y es con este último con el que el poder tributario se relacionará principalmente. Los poderes reservados a los Estados se extenderán a todos los objetos que en el curso normal de las cosas interesan a las vidas, libertades y propiedades del pueblo, y al orden interno, al progreso y a la prosperidad de los Estados. (p. 198)

La lógica de la distribución descrita por Madison deriva de que, en los estados federales que nacen de la unión de estados soberanos, se otorga a los poderes centrales únicamente las facultades indispensables para la protección y resguardo de los estados parte. Lo anterior no es del todo aplicable en los estados que surgen de la transformación de un estado unitario a uno federal, en donde la competencia de los estados miembros, por lo general, es limitada a lo necesario para mantener un grado de autonomía (Mouskheli, 2011, pp. 235-236); esta es la realidad del federalismo mexicano.

Pierre Joseph (2008) señala que el principio característico del pacto federal es su carácter sinalagmático y conmutativo en que las partes cedentes (estados miembros) conservan más derechos, libertades, autoridad y propiedad de lo que ceden (pp. 63, 66). Hans Kelsen (1973) sostiene la idea contraria, al distinguir un estado confederado de un federal afirma que la competencia de la unión está limitada en la confederación a una esfera reducida, mientras que en el estado federal existe la tendencia contraria, es decir, a ampliar en todos los sentidos la competencia de la unión (pp. 272-273). Para el caso norteamericano, la opinión de Pierre Joseph es la más adecuada porque la lógica de distribución de competencias del federalismo norteamericano deriva de su antecedente como confederación. En México, sin que existiera ese antecedente, se adoptó esa lógica residual de distribución de competencias;

de los Estados siguió siendo el derecho común y el gobierno federal fue la excepción» (2012, p. 119).

el antecedente del que deriva el federalismo mexicano genera una diferencia relevante.

La opinión de Hans Kelsen es aplicable al contexto histórico del federalismo mexicano, porque en este se dio la descentralización de un estado unitario, lo que genera que las competencias de las autoridades centrales sean más amplias que la de los estados miembros; esta es una característica que lo distingue del caso norteamericano, al respecto, Alexis de Tocqueville (2012) señaló:

La forma de gobierno federal en los Estados Unidos apareció en último lugar. No ha sido sino una modificación de la república, un compendio de los principios políticos esparcidos en la sociedad entera antes de ella, que subsisten independientemente dentro de la misma. El gobierno federal [...] no es más que una excepción y el gobierno de los Estados es la regla común. (p. 77)

El origen del federalismo mexicano es distinto al norteamericano, no es la evolución de una confederación a una federación sino el de un estado unitario a una federación; en este fue necesario reconocer la existencia y pluralidad de las partes que lo integraban. Esto implicó que la Federación mexicana no se formó por el pacto de entes soberanos, razón por la cual no existieron estados partes que renunciaran a su soberanía y cedieran facultades a autoridades centrales para conservar las no cedidas. En México se les otorgaron facultades a las provincias que conformaban la Nueva España con el fin de reconocerles un mínimo de autonomía que contrarrestara sus intentos separatistas. La adopción del federalismo era una exigencia de las provincias que pretendían escindirse del Estado mexicano una vez que este se independizó de España, ya que así lograrían tener un control efectivo sobre los habitantes de su territorio y se evitaría la concentración del poder en las autoridades del centro. Así Tocqueville (2012), al explicar la adopción del modelo federal norteamericano en la Constitución mexicana de 1824, opinó lo siguiente:

Los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federativo, tomaron por modelo y copiaron casi íntegramente la constitución de los angloamericanos, sus vecinos. Pero al trasladar la letra de la ley, no pudieron trasponer al mismo tiempo el espíritu que la vivificaba. Se vio cómo se estorbaban sin cesar entre los engranajes de su doble gobierno. La soberanía de los Estados y la de la Unión, al salir del círculo que la constitución había trazado, se ve arrastrado sin cesar de la anarquía al despotismo militar y del despotismo militar a la anarquía. (p. 159)

Para este autor la clave del éxito del federalismo norteamericano fue que, a pesar de la competencia restringida del gobierno federal, se le dio la apariencia y la fuerza de un gobierno nacional, lo que les permitió dar directamente sus órdenes a los ciudadanos (p. 159). Esta apariencia no se logró en el caso mexicano, porque se mantuvo el rezaigo de un gobierno centralista; al lograrse la Independencia de México, se dotó a las provincias que conformaban la Nueva España de las facultades necesarias para evitar sus intentos separatistas, y las autoridades centrales conservaron un cúmulo importante de competencias; se dio la apariencia de un federalismo al dotar de autonomía a las entidades federativas, y las autoridades del centro conservaron la fuerza de un gobierno central que les permitió imponer directamente sus órdenes. Esto generó el fracaso del modelo federal en México⁴.

El modelo del federalismo norteamericano lo adoptó México sin tener en cuenta la principal característica de los sistemas federales: la singularidad. Se vio al federalismo norteamericano como la solución ante dos necesidades: una, impedir la segregación de las provincias —por ello se les dotó de facultades a cambio de que permanecieran unidas—; y otra, descentralizar el poder para evitar el autoritarismo del imperio de Iturbide y, con ello, dar paso a la anhelada emancipación monárquica.

Lo anterior permite concluir que la distribución de competencias en el federalismo mexicano tiene otro sentido en comparación al norteamericano: competencias federales amplias y mínimas competencias locales.

Desde su origen, el federalismo mexicano conserva la esencia de un estado unitario, en donde las autoridades centrales tienen un amplio campo competencial que les asegura un control sobre las entidades federativas. El sistema presidencialista y el enaltecimiento del Poder Ejecutivo contribuyeron a que se conservara la concentración de facultades en las autoridades federales. El cúmulo amplio de facultades de las autoridades federales, en comparación con las de las entidades federativas, es una distribución ajena a la concepción clásica del federalismo de ser un contrapeso del poder. Para evitar el fracaso del federalismo, el modelo ha evolucionado a uno cooperativo, en donde se incluyen aspectos de coordinación entre los ámbitos federal y local.

⁴ Las diversas comunidades indígenas y mestizas, que constituían una pluralidad de espacios políticos en el régimen colonial, permitieron que al constituirse la Federación se reivindicara su mayor autonomía local, pero esto fue solo una apariencia porque el control del poder se tenía en el centro.

La distribución de competencias en México evoluciona a un sistema caracterizado por la poca tensión competencial. Lo anterior es resultado, entre otras razones, de múltiples materias coincidentes entre la Federación y las entidades federativas.

III. La regla residual de distribución de competencias prevista en el artículo 124

La disposición normativa del artículo 124 es la siguiente: «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias».

Para poder desentrañar la o las normas que contiene la disposición citada, se requiere superar la indeterminación semántica de tres términos: «facultades», «funcionarios» y «competencias»⁵.

Para dar significado a los términos «facultades» y «competencias» utilizados en la disposición normativa antes citada, es necesario realizar una interpretación histórica, la cual se desarrolla a continuación.

El primer ordenamiento que prevé la disposición normativa de distribución de competencias es el tratado internacional denominado Artículos de Confederación y Unión Perpetua, aprobados por el segundo Congreso Continental el 15 de noviembre de 1777. Su artículo 2o., antes citado, fue el antecedente de la cláusula de distribución de competencias en el pacto federal de Estados Unidos de América, la cual quedó plasmada en la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787, el precepto es el siguiente: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente y al pueblo».

El análisis comparativo de los preceptos del sistema jurídico norteamericano antes citados es el siguiente:

1. Prevén la regla residual de distribución de competencias: lo no delegado a las autoridades centrales se considera reservado para los estados parte (en la confederación) o para los estados miembros (en la federación).
2. Utilizan el verbo «delegar» para referirse a la «cesión» de competencias a las autoridades centrales. En el artículo 2o. de los Ar-

⁵ Para la interpretación que se desarrolla en este capítulo se sigue la teoría interpretativa de Ricardo Guastini (2007), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México: UNAM-III/Minima Trotta.

títulos de Confederación se menciona que la delegación debe ser expresa; esto también se infiere de la redacción de la décima enmienda.

3. Utilizan el término «poder» para referirse al objeto de la delegación.

Como ya se mencionó la disposición normativa que prevé la distribución de competencias fue adoptada por el Estado mexicano, los antecedentes de esa adopción se explican a continuación.

Ni en el Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, ni en la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, se previó una disposición que regulara la distribución de competencias entre el ámbito federal y el local. Después de esos ordenamientos fundamentales, las Leyes Constitucionales de 1836 cambiaron la forma de Estado federal por la centralista.

El régimen centralista generó múltiples rebeliones, como la encabezada por Valentín Gómez Farías en 1840 para restablecer el federalismo, o la del general Mariano Paredes para derrocar al presidente Bustamante, esta última permitió convocar a un Congreso Constituyente conforme a las Bases de Tacubaya, el cual comenzó a sesionar el 10 de junio de 1842; en él se volvió a discutir la forma de Estado, las posiciones estaban entre la unitaria y central. En la comisión de Constitución se debatió ampliamente sobre la palabra «federal», si esta debía o no incluirse dentro de las características del Estado. Las ideas liberales del Congreso orillaron a que lo disolvieran y se designó a una junta de notables que expidió las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843, de carácter centralista.

En los proyectos de la comisión de ese Congreso surgió el primer antecedente de la actual cláusula de distribución de competencias, fue el artículo 80 del Primer Proyecto de Constitución del 25 de agosto de 1842⁶, el cual establecía lo siguiente: «Todas las atribuciones y facultades que no se otorguen específicamente⁷ al Congreso Nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia, se entenderán que quedan reservadas a los departamentos».

En la misma comisión se presentó el Proyecto Constitucional de la Minoría (como voto particular), el 26 de agosto de 1842, el cual establecía

⁶ Las constituciones anteriores no tenían ningún artículo equivalente al actual 124, la cláusula competencial se desprendía de la interpretación armónica de los textos.

⁷ El adjetivo «específicamente» se sustituyó en la Constitución de 1857 por el de «expresamente», lo que ha originado discusiones doctrinales y resoluciones jurisdiccionales.

en su artículo 24: «La administración interior de los Estados, será enteramente libre e independiente de los Poderes supremos, en todo aquello que no estén obligados por esta Constitución para la conservación de la unión federal».

La fórmula del Primer Proyecto se repitió en el artículo 71 del Segundo Proyecto de Constitución del 2 de noviembre de 1842. Estos dos proyectos preveían como forma de Estado a la centralista, que fue la que finalmente se planteó en las Bases Orgánicas de la República Mexicana del 12 de junio de 1843. Es interesante la intención de prever en la estructura de un Estado centralista una disposición de distribución de competencias propia de un modelo de federalismo dual. El Proyecto Constitucional de la Minoría no prosperó, contenía una propuesta de Estado federal, por eso en su redacción están las palabras «Estados» (los cuales serían libres e independientes en el ámbito de su competencia) y «unión federal», a diferencia de los proyectos de la mayoría en cuyas redacciones está la palabra «departamentos» para referirse a las unidades administrativas del Estado central. En las Bases Orgánicas de la República Mexicana no se plasmó ninguna de las disposiciones antes citadas, por lo que no llegaron a ser disposiciones vigentes.

Con la firma del Tratado de Guadalupe y la eminente invasión norteamericana, se restableció el federalismo por el temor a la desintegración del Estado mexicano. La opción liberal y federal fue necesaria ante las amenazas externas, consecuencia de la guerra contra Estados Unidos.

Por decreto del 22 de agosto de 1846, el general Mariano Salas decretó la vigencia de la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, y se formó un Congreso Constituyente que ratificó dicho decreto el 10 de febrero de 1847; ese Congreso, ante la imposibilidad de emitir una nueva constitución, solo elaboró el Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847, la cual reformaba la Constitución de 1824 que retomó su vigencia, de ahí el nombre de este instrumento. Esta acta tuvo como base un proyecto de veintidós artículos, elaborado por Mariano Otero el 5 de abril de 1847, el cual preveía la fórmula de distribución de competencias en los siguientes artículos⁸:

⁸ En la vigencia del Acta de Reformas, se presentaron numerosos casos de inconstitucionalidad de leyes relacionadas con invasión de competencias entre la Federación y los estados, según datos de Santiago Oñate (1994, pp. 133-144).

Artículo 14. Los Poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan solo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.

Artículo 15. Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución solo reconoce como legítima, entre todos o entre algunos de los estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su federación.

En relación con el artículo 14 del citado proyecto, Mariano Otero afirmó:

El artículo 14 del Proyecto de Reformas, estableciendo la máxima de que los Poderes de la Unión son poderes excepcionales y limitados solo a los objetos expresamente designados en la Constitución, da a la soberanía de los estados toda la amplitud y seguridad que fuera de desearse. Mas por esto mismo, y por la teoría fundamental que ya indiqué al expresar las razones por las cuales tocaba al Poder general arreglar los derechos del ciudadano, es necesario declarar también que ninguno de los estados tiene poder sobre los objetos acordados por todos a la Unión, y que no siendo bajo este aspecto más que partes de un todo compuesto, miembros de una gran República, en ningún caso pueden por sí mismos, en uso de su soberanía individual, tomar resolución alguna acerca de aquellos objetos, ni proveer a su arreglo, más que por medio de los poderes federales, ni reclamar más que el cumplimiento de las franquicias que la Constitución les reconoce.

La explicación del precepto que proporciona Mariano Otero del artículo 14 es de los pocos materiales que consignan una exposición de motivos sobre la cláusula de distribución de competencias en el federalismo mexicano. De ella se puede concluir lo siguiente:

1. Se precisa la regla residual en el sentido de que el ámbito federal tendrá competencias «expresas».
2. La competencia residual de los estados miembros les da autonomía dentro de su ámbito.
3. El respeto de las competencias es patente, los estados miembros no pueden transgredir la competencia federal ni viceversa.

En el Acta Constitutiva y de Reformas se reguló la cláusula de distribución de competencias en similares términos que los del proyecto, por lo que merecen el mismo análisis; los preceptos son los siguientes:

Artículo 20. Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos, que el de los poderes generales que la misma establece.

Artículo 21. Los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan solo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.

En 1852, Santa Anna, se levantó en armas con el Plan del Hospicio y de facto impuso un régimen centralista. Con ello se dieron intentos por restablecer una monarquía, fue una época de inestabilidad política que concluyó con la Revolución de Ayutla, la cual culminaría con la expedición de la Constitución Política de la República Mexicana, el 5 de febrero de 1857.

El antecedente directo de la Constitución de 1857 fue el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856, que establecía: «Todas las facultades que por este estatuto no se señalen expresamente a los gobiernos de los estados y territorios, serán ejercidas por el presidente de la República, conforme al artículo 3o. del Plan de Ayutla, reformado en Acapulco». Esta disposición normativa contiene una regla residual inversa a la que se plasmaría en dicha Constitución.

Con la Constitución de 1857 se logró establecer nuevamente el régimen federal sin el bicameralismo, porque el senado se consideró como un obstáculo para la democracia, a pesar de ser uno de los elementos del federalismo dual norteamericano; el 13 de noviembre de 1874 se reincorporó el Senado al Congreso de la Unión, con lo cual los estados miembros adquirieron mayor representación⁹.

⁹ Por desgracia, el libro *El Federalista* de Hamilton, Madison y Jay no fue conocido por los congresos constituyentes del siglo XIX, lo cual hubiera facilitado la organización del federalismo mexicano. Así lo afirma Gustavo R. Velasco, en el prólogo que forma parte de la edición en español de la citada obra, la cual también tradujo: «[...] En México, por ejemplo, es posible que el estudio de *El Federalista* hubiera abreviado el lento progreso hacia el concepto de nuestro juicio constitucional, así como que habría frenado un tanto el espíritu teorizante y simplista que presidió en la confección de nuestros códigos fundamentales». (2012, p. xvii).

La obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, cuya primera edición en español fue traducida por D.A. Sánchez de Bustamante, y publicada en París en 1836, se conoció en México en el año siguiente, y se hizo una reimpresión de la misma en 1855, año de la convocatoria del Congreso Constituyente del cual emanó la carta federal de 1857. V. Fix-Zamudio (2003, p. 7).

El Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 16 de junio de 1856, en su artículo 48, similar a la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, establecía: «Las facultades o poderes que no están expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados o al pueblo respectivamente».

En la discusión del proyecto, la palabra «poderes» fue suprimida por ser redundante; la palabra «pueblo» se suprimió porque otros artículos preveían que el pueblo ejercía su soberanía por medio de los poderes de la unión y por los de los estados (Cámara de Diputados, 1994, p.7). Por ello, la regla de distribución de competencias se reguló en el artículo 117 de la Constitución de 1857, con la siguiente redacción: «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados».

La disposición citada en el párrafo anterior es exactamente la misma fórmula que previó el texto original del artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La Constitución de 1917 tuvo por objeto reformar a la de 1857, por ello en el Congreso Constituyente de Querétaro no se discutió sobre el federalismo, y se conservó la redacción de los principales artículos que establecían el pacto federal.

El artículo 124 de la Constitución de 1917 solo se ha reformado una vez, esto fue a través del decreto de reformas constitucionales en materia política de la Ciudad de México, publicada el 29 de enero de 2016. El precepto vigente es el siguiente: «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias».

Del análisis de los antecedentes que van desde los trabajos legislativos de la Constitución de 1857 hasta el precepto actual del artículo 124, se puede concluir lo siguiente:

1. Desde las discusiones del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana del 16 de junio de 1856, se consideró que el término «facultades» era sinónimo de «poderes», razón por la cual se decidió dejar el primero de ellos y suprimir el segundo. Desde el Primer Proyecto de Constitución del 25 de agosto de 1842 se utilizó el término «facultades» probablemente por una traducción poco precisa de la décima enmienda de la Constitución norteamericana.
2. Desde el artículo 48 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana se incluyó la disposición el término «funcio-

- narios» (las disposiciones que le antecedieron no utilizaron esta palabra) que se plasmó en la Constitución de 1857 y en la de 1917.
3. No hay una equivalencia lógica para distribuir competencias entre «funcionarios federales» y los «Estados o la Ciudad de México». Lo lógico es que la distribución se dé entre funcionarios federales y funcionarios de las entidades federativas (estados y Ciudad de México), o entre la Federación y las entidades federativas.

De conformidad con el anterior análisis, y para poder dar significado a las indeterminaciones semánticas de los términos «facultades» y «funcionarios», damos algunas conclusiones a continuación.

El término «facultades» es utilizado como sinónimo de «poder», la utilización de esta palabra proviene del artículo 2o. de los Artículos de Confederación; después, fue retomada por la Constitución liberal norteamericana de 1787, en el sentido de poder público, que se divide, conforme a la teoría tripartita de la división del poder, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el pacto federal mexicano el término «facultades» se adoptó en el texto de la cláusula de distribución de competencias como sinónimo de «poderes», como se expresó en los trabajos legislativos del Congreso que expidió la Constitución de 1857. Esas palabras no son sinónimas.

El artículo 49 de la Constitución general prevé que el poder público se divide para su ejercicio, esto implica que una cosa es el poder y otra su ejercicio; esta distinción ha permitido establecer que el poder es único y no se divide, lo único que es susceptible de dividirse es su ejercicio. Lo que se ejerce respecto al poder son funciones estatales, estas son de tres tipos: legislativas, ejecutivas y judiciales, las cuales se ejercen a través de facultades. Así se complementa la tríada de términos:

1. Poder (público) que es único, dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este (artículo 39 constitucional).
2. Funciones (públicas) que son tres: legislativa, ejecutiva y judicial.
 - a) Legislativa: la creación de normas generales, obligatorias, abstractas e impersonales.
 - b) Ejecutiva: la aplicación de normas generales; busca la observación de las leyes a través su aplicación.
 - c) Judicial o jurisdiccional: resolución de conflictos respecto de la aplicación de normas.

La división de poderes no solo se entiende como una división funcional sino también como una división orgánica, en el ámbito federal los órganos que representan la división del poder son los siguientes: el Congreso de la Unión, a quien se le encomienda

principalmente la función legislativa; el presidente de la República (auxiliado de la administración pública federal), a quien se le encomienda principalmente la función ejecutiva; y los tribunales federales, a quienes se les encomienda principalmente la función judicial.

El ejercicio de las funciones se puede entender en un sentido formal o material. Es formal cuando lo realizan las autoridades que orgánicamente pertenecen a alguno de los poderes. Es material en virtud de las características de la función.

3. Facultades que precisan el ejercicio de la función estatal (en su sentido material). La facultad adquirirá la naturaleza de la función que se ejerza; por ejemplo, si se ejerce una función legislativa la facultad será legislativa.

Por último, se entiende por «funcionario» a la persona que ejerce una función estatal, y la «competencia» consiste en acotar los ámbitos de validez material, espacial, temporal y personal a través de un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dichos ámbitos¹⁰. Por eso hay competencia por razón de materia, tiempo, persona y espacio. Lo que interesa para efectos de desentrañar el significado de la disposición normativa en estudio es la competencia por razón de materia, a través de la cual se acota por medio de normas a determinado ámbito de validez material para la Federación y para las entidades federativas.

La actualización de las normas que han acotado ámbitos de validez, desde el punto de vista de la autoridad, tienen como consecuencias normativas a las facultades. Por lo tanto, las «facultades», en términos normativos, son las consecuencias de las normas que determinan la competencia de una autoridad.

Por todo lo anterior, se llega a las siguientes conclusiones generales:

1. El término «facultades» se refiere a las funciones que son ejercidas por los funcionarios (es válido utilizar el término autoridades como equivalente a funcionarios, ya que, conforme a la Constitución general, toda autoridad estatal ejerce funciones estatales).

¹⁰ Esta definición es elaborada a partir de la siguiente que proporciona Díez-Picazo (1995): «consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de norma no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia» (p. 1183). Esta definición es correcta pero no es del todo exacta, ya que también la competencia consiste en acotar el ámbito espacial, temporal y personal de validez a través de determinadas normas.

2. Como se mencionó, no hay una equivalencia lógica para distribuir competencias entre «funcionarios federales» y los «estados o la Ciudad de México». En virtud de que la disposición normativa, en su parte final, establece: «en los ámbitos de sus respectivas competencias», la distribución debe entenderse entre el ámbito federal y el ámbito local (este está compuesto por las entidades federativas).
3. Los ámbitos competenciales se conforman por un conjunto de normas que acotan los ámbitos de validez del sistema jurídico.
4. La distribución competencial es de facultades. Cada ámbito competencial se compone de normas que prevén las funciones estatales, y el ejercicio de estas (o, en otras palabras: la actualización de esas normas) es lo que se denomina facultades. Es correcto referirse a las facultades porque la concesión o prohibición de estas amplía o restringe el ámbito competencial de la Federación o de las entidades federativas.

Una vez que se ha precisado el significado de los términos de la disposición normativa del artículo 124 que tienen una indeterminación semántica, es preciso desentrañar la norma o las normas que se derivan de la disposición normativa prevista en el mismo.

De la disposición normativa se derivan diversas reglas (tipos de normas con supuestos y consecuencias jurídicas determinadas) de distribución de competencias entre el ámbito federal y el local. Esas reglas se dividen en aquellas que derivan de la concesión de facultades y las que derivan de la prohibición de ejercer facultades. Son las siguientes:

1. Reglas que atribuyen facultades derivadas de la concesión:
 - a) Las facultades que se concedan expresa y exclusivamente por la Constitución general a las autoridades federales son del ámbito competencial federal.
 - b) Las facultades que no se concedan expresamente por la Constitución general a las autoridades federales ni se prohíban a las entidades federativas, se reservan a estas, son del ámbito competencial local¹¹. Esta es la regla primaria que deriva de la disposición del artículo 124, denominada regla residual.

¹¹ La precisión de la regla de que, además de concederse expresamente a las autoridades federales, no se prohíba para las de las entidades federativas deriva de la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el precepto es el siguiente: «The powers not delegated to the United States by the Constitution, *nor prohibited by it to the States*, are reserved to the States respectively, or to the people» (Énfasis añadido).

- c) Las facultades que en la Constitución general no se concedan expresamente a las autoridades federales y se conceden expresamente a las autoridades de las entidades federativas son del ámbito competencial local. Esta es una regla que confirma la enunciada en el numeral anterior, la residual.
 - d) Las facultades que se conceden expresamente por la Constitución general a las autoridades federales y a las de las entidades federativas corresponden a ambas; las facultades, en estos casos, pertenecen a ambos ámbitos.
 - e) Las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución general a las autoridades federales y a las de las entidades federativas ¿a qué ámbito competencial corresponden esas facultades? Esta interrogante y la dificultad de su respuesta son muestra de la necesidad de reglas complementarias.
2. Reglas que atribuyen facultades derivadas de la prohibición:
- a) Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades federales, aun cuando no se conceden expresamente a las autoridades de las entidades federativas, se reservan a estas, son del ámbito competencial local. Esto es así porque al no estar concedidas expresamente a la Federación quedan reservadas a las entidades federativas, conforme a la regla primaria que deriva de la disposición del artículo 124.
 - b) Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades de las entidades federativas y no se conceden expresamente a las autoridades federales no corresponden a ninguna, están fuera el ámbito competencial de ambas. Esto es así porque conforme al principio de legalidad lo que no está concedido expresamente a una autoridad lo tiene prohibido, por lo tanto, al no concederse la facultad expresamente a las autoridades federales la tienen prohibida (es una prohibición implícita), y como las entidades federativas la tienen prohibida expresamente, entonces, ambas la tienen prohibida.
 - c) Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades federales y a las de las entidades federativas no corresponden a ninguna, están fuera del ámbito competencial de ambas.

Como se puede apreciar, existe una regla primaria que es la residual, y derivaciones lógicas de esta, a excepción de la listada en el número 5 de las reglas que derivan de la concesión, en este caso se podría pensar en que es aplicable la regla residual, y en efecto podría aplicarse, pero su

aplicación sería incorrecta ya que llevaría a un resultado erróneo porque esa regla deriva de un modelo cooperativo y no de uno dual.

Por lo tanto, el artículo 124, más que establecer reglas rígidas, establece un principio: «en un estado federal, en el que existen dos ámbitos competenciales, la distribución de competencias pretende evitar duplicidad en el ejercicio de facultades, para lo cual, cada autoridad debe ejercer estas en el ámbito de su respectiva competencia.» Este es un subprincipio del principio federal. Este subprincipio se denomina de distribución de competencias. De estos se informan las reglas ya enumeradas, las derivaciones de la regla residual y la regla de coincidencia.

Para resolver la pregunta «¿a qué ámbito competencial corresponden las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución general a las autoridades federales y a las de las entidades federativas?» es necesario atender el subprincipio de distribución de competencias y al modelo de federalismo mexicano, para esto se realizan los siguientes análisis.

En la disposición normativa del artículo 124: «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias», no hay una afirmación categórica, porque se señala que las facultades «se entienden», pero no «son» o «están reservadas» al ámbito local, esto implica que habrá casos en que la reserva no es clara y será necesario interpretar.

Con el adjetivo «expresamente» se reconoce que hay casos de distribución tácita. Por ello, para la aplicación de esta regla, es preciso una interpretación armónica de las normas constitucionales; hay casos en donde se conceden facultades al ámbito competencial federal y, no obstante que son expresas, pueden ser casos de facultades coincidentes porque no le son exclusivas a uno de los ámbitos. La exclusividad de la facultad es un elemento determinante para la aplicación de esta regla.

El estándar mínimo de revisión competencial entre las autoridades federales y locales es la regla residual primaria de distribución de competencias que deriva del artículo 124, la cual se desarrolla en dos sentidos: primero, si una facultad es confiada exclusivamente a las autoridades federales se considera prohibida para las entidades federativas; segundo, las facultades no concedidas a las autoridades centrales se entienden reservadas para las entidades federativas, salvo las prohibiciones que la propia Constitución general les establece.

La regla residual es la principal norma de distribución de facultades entre las autoridades centrales y las locales en el federalismo norteamericano, a través de la cual cada ámbito tiene definidas sus

competencias¹². Es una regla pensada para un sistema de competencias claras y definidas de cada ámbito. La fórmula en su origen era funcional, su simplicidad solucionaba los complejos problemas de invasión de competencias. En México, Mariano Otero (citado por Cámara..., 1994, tomo XII), al justificar la redacción de los artículos 14 y 15 del voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, expresó lo siguiente (por su importancia, se reitera la transcripción):

En un tiempo vimos al Congreso General convertido en árbitro de los partidos de los estados al decidir las cuestiones más importantes de su administración interior; y ahora apenas restablecida la Federación, vemos ya síntomas de la disolución, por el extremo contrario. Algunas legislaturas han suspendido las leyes de este Congreso; otra ha declarado expresamente que no se obedecerá en su territorio ninguna general que tenga por objeto alterar el estado actual de cierto bienes; un estado anunció que iba a reasumir la soberanía de que se había desprendido; con las mejores intenciones se está formando una coalición que establecerá una Federación dentro de otra; se nos acaba de dar cuenta con la ley por la cual un estado durante ciertas circunstancias confería el Poder de toda la Unión a los diputados de esa coalición, y quizá se meditan ensayos todavía más desorganizadores y atentatorios. Con tales principios, la Federación es irrealizable, es un absurdo, y por eso los que le hemos sostenido constantemente, los que vemos cifradas en ella las esperanzas de nuestro país, levantamos la voz para advertir el peligro. (pp. 960-961)

Gracias a esa argumentación se logró introducir la fórmula residual en el pacto federal mexicano. El comentario de Mariano Otero da cuenta de que la razón para introducir la fórmula fue la intromisión de la Federación en los asuntos internos de los estados miembros, y de estos en la competencia federal.

Por lo anterior, la regla residual es propia de un sistema dualista. México la adoptó del sistema norteamericano, con ella se pretende definir con precisión la competencia de los ámbitos federal y local, estos actúan en sus campos de acción, sin invadirse o afectarse; por ello, el rebase de los límites competenciales se repudia. La fórmula residual es

¹² En Alemania, hay una presunción de competencias a favor de los *Länder* y las competencias federales son catalogadas de forma enumerada (artículos 30, 70, 83, 92, 104a, entre otros, de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana); el artículo 30 dispone: «El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los *Länder* siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario».

la principal, pero no la única. La respuesta a la pregunta planteada no se encuentra en el modelo de federalismo dual sino en el cooperativo.

VI. La regla de coincidencia para la distribución de competencias

La evolución a un federalismo cooperativo requiere concebir reglas nuevas que se ajusten a este modelo, una de ellas es la regla residual de distribución de competencias. La regla residual debe entenderse en función de su razón histórica y de forma armónica con el resto de las normas fundamentales, pero es insuficiente para atender la complejidad de las facultades comunes, que se ejercen por las autoridades federales y las locales.

La aplicación de la regla residual para el caso de las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución general a las autoridades federales y a las de las entidades federativas excluiría la competencia del ámbito federal, lo cual sería incorrecto para casos en los que la facultad se conceda respecto de una materia común. Para dar una correcta solución a la cuestión planteada se tendría que determinar si la materia es común o exclusiva y qué tipo de facultades la Constitución autoriza que se ejerzan respecto de ella, si es el caso de facultades coincidentes o concurrentes.

El que existan materias comunes respecto de las cuales se ejerzan facultades coincidentes y concurrentes son propias de un modelo cooperativo. En el federalismo cooperativo las autoridades locales y las centrales o federales realizan tareas comunes a fin de proporcionar un buen gobierno a la población; el ejemplo más representativo es Alemania¹³, regida por la solidaridad entre las autoridades centrales y los *Länder* (Häberle, 2006, p. 84).

Por lo anterior, la regla residual y las reglas que derivan de esta son insuficientes para resolver la distribución de competencias entre las autoridades federales y las de las entidades federativas cuando una facultad no se concede expresamente a alguna de estas, por ejemplo, el artículo 19, párrafo 3, de la Constitución general que no prevé a quién concede la facultad legislativa para determinar los casos en los que los jueces podrán revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso, la disposición normativa es la siguiente: «La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos

¹³ Cfr. artículos 91a y 91b de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana. Recuperada el 15 de octubre de 2019, en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

vinculados a proceso». Para resolver estos casos es necesario identificar la materia respecto de la cual se concede la facultad, una vez que se identifica esa materia son aplicables las siguientes reglas:

1. Si una facultad se concede respecto de materias que, conforme a la Constitución general, pertenecen al ámbito de competencias federal, la facultad es de este ámbito competencial. Por ejemplo, el artículo 28, párrafo 1, establece: «En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes», de aplicarse la fórmula residual la facultad legislativa sería de las entidades federativas porque no se le atribuye expresamente a la Federación; lo cual es incorrecto porque la facultad tácita que se atribuye es respecto de materias federales, por lo tanto, la facultad también es federal. Otro ejemplo es el siguiente: el Congreso de la Unión es competente para conocer de la materia de comercio (artículo 73, fracción 10) y otras relacionadas (artículo 73, fracciones 9, 29-E y 29-F), por ello, también es competente para impedir que, mediante monopolios, prácticas monopólicas, estancos y exenciones de impuestos, se obstaculice el comercio.
2. Si una facultad se concede respecto de materias que, conforme a la Constitución general pertenecen al ámbito de competencias local, la facultad es de este ámbito competencial.
3. Si una facultad se concede respecto de materias que conforme a la Constitución general pertenecen al ámbito federal y al local (a esto se le denomina materias comunes) la facultad será del ámbito competencial al que expresamente se conceda. Si se concede a ambos ámbitos las facultades que se ejerzan respecto de la materia común podrán ser coincidentes o concurrentes. No por concederse una facultad respecto de materias comunes la facultad tendrá el mismo carácter.
4. Si una facultad se concede respecto de una materia común sin preverse el ámbito competencial al que pertenece, la facultad será coincidente, salvo que alguno de los ámbitos la tenga prohibida.

Las anteriores reglas se denominan de coincidencia (en contraposición a la residual) y de ellas se deduce el siguiente estándar de revisión competencial: primero, si una facultad se concede respecto de una materia que corresponde exclusivamente a un ámbito, la facultad será del mismo ámbito; si expresamente la Constitución concede la facultad simultáneamente a las autoridades federales y locales, esta será coincidente.

Segundo, si una facultad se concede respecto de una materia común sin preverse el ámbito competencial al que pertenece, la facultad será coincidente, salvo que alguno de los ámbitos la tenga prohibida.

Las reglas de coincidencia son reglas complementarias a la residual, y derivan del contexto de federalismo cooperativo mexicano. Son complementarias a la residual porque esta no es aplicable en todos los casos ya que, del contexto constitucional, puede deducirse que una facultad se concede a un ámbito distinto al que resultaría de la aplicación de aquella regla. Carlos F. Matute González (2007) llama neofederalismo a la técnica constitucional que flexibiliza la distribución de facultades, favorece la cooperación entre los dos ámbitos y acerca las instancias de decisión gubernamental al ciudadano (p. 167).

El adjetivo «expresamente» de la regla residual del artículo 124, ante las anteriores cuestiones, debe entenderse que aplicará en los casos en que la facultad sea atribuida de forma «exclusiva» y «expresa» a la Federación, porque de concederse simultáneamente en otras normas fundamentales a las entidades federativas no rige la regla residual sino la coincidente.

Para comprender la regla ya anunciada, la de coincidencia (y sus derivaciones), que pretende resolver la pregunta «¿a qué ámbito competencial corresponden las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución general a las autoridades federales y a las de las entidades federativas?» se requiere comprender cuáles son las materias comunes y las exclusivas, así como qué son las facultades coincidentes y concurrentes.

El ideal teórico de un sistema federal dual es que la distribución entre el ámbito central y local sea por materias, lo que implica que a uno de los ámbitos se le autorice para que sus normas regulen exclusivamente a una determinada materia¹⁴.

En la Constitución general se distingue entre materias y facultades. Ejemplo de ello es el artículo 73 el cual enumera, en su mayor parte, las materias respecto de las cuales el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar.

En la distribución de materias rige un principio general: «la competencia federal se compone por los asuntos que son de interés de toda la unión». Por el contrario, todas las materias que no interesan más que a los estados miembros les pertenecen a estos. Esta es la lógica que rige al modelo del federalismo dual.

¹⁴ Esto corresponde al ámbito material de validez. El ámbito material de validez del sistema jurídico mexicano se identifica con las materias que una norma puede regular a través de sus supuestos jurídicos.

En el pacto federal mexicano, una materia es federal cuando:

1. La facultad legislativa es exclusiva del Congreso de la Unión. Las leyes son las normas secundarias que, junto con la Constitución general (norma primaria), delimitan las funciones ejecutivas y jurisdiccionales. A través de la facultad exclusiva de expedir leyes el Congreso acota una materia, de manera que las facultades legislativas y jurisdiccionales quedan determinadas por lo que en ellas se disponga. La característica de la norma legislativa para delimitar la competencia material implica que cuando la facultad legislativa es exclusiva de uno de los ámbitos, la materia será de ese ámbito.

Esta regla puede ser reforzada cuando, en relación con la materia, se atribuyen facultades legislativas exclusivas a la Federación y se las prohíben de forma expresa o tácita a las entidades federativas. Es el caso de la materia monetaria. La acuñación de moneda, área estratégica del Estado, está a cargo del Banco de México (artículo 28, párrafo 7). El Congreso de la Unión tiene la facultad exclusiva para fijar casas de moneda y las condiciones que estas deben tener, y dictar reglas para determinar el valor relativo a la moneda extranjera (artículo 73, fracción 18); adicionalmente, los estados tienen la prohibición absoluta de acuñar moneda y emitir papel moneda (artículo 118, fracción 3), por lo tanto, para legislar sobre estas actividades.

2. Si en la Constitución general se especifica su carácter nacional o federal.

Las materias coincidentes se prevén en los supuestos jurídicos de las normas generales de los ámbitos federal y local. El fundamento de validez material de esos dos tipos de normas es la Constitución general, esta determina el contenido de aquellas, es la única que puede prever esa coincidencia. Para evitar conflictos competenciales por la actualización de los supuestos jurídicos de normas de diversos ámbitos, las normas constitucionales pueden acotar la regulación que cada una tendrá sobre la materia o autorizar al Congreso para que lo haga, esto es la distribución de facultades¹⁵.

Una materia es coincidente si, en relación con ella, la Constitución general concede facultades legislativas a la Federación y a las entidades

¹⁵ En México, el reparto de materias entre la Federación y los estados es rígido, solo puede ser modificado por reformas constitucionales; la distribución de facultades no siempre lo es, se realiza directamente en la Constitución o por su mandato expreso (cuando se faculta al Congreso de la Unión).

federativas (en otras palabras: es una materia coincidente aquella que puede ser regulada en los supuestos jurídicos de las normas generales expedidas por las autoridades federales y locales); esto genera una competencia común para los ámbitos de autoridad sobre la materia. Respecto de materias coincidentes, se pueden ejercer dos tipos de facultades: las concurrentes y las coincidentes.

Las facultades concurrentes surgen como un método para coordinar las competencias materiales de los distintos ámbitos de autoridad en un estado complejo (es propio de los sistemas federales de cooperación), que consiste en facultar a las autoridades federales para dar bases generales o criterios de distribución o coordinación de competencias entre los ámbitos federal y local. Con ello se flexibiliza la rigidez de la distribución de competencias que se realiza en los modelos duales.

En el sistema federal mexicano las facultades concurrentes son las que se ejercen por la Federación, las entidades federativas o los municipios, en relación con una misma materia, pero respecto de competencias delimitadas por el Congreso de la Unión a través de leyes, principalmente, generales. La Constitución general habilita al Legislativo federal para definir el marco competencial de los ámbitos federal y local (Serna, 2009, p. 25), con lo cual crea un sistema de cooperación funcional en relación con una materia prioritaria y de interés general.

Las facultades coincidentes son de dos tipos: las que ejercen simultáneamente las autoridades federales y locales respecto de una misma materia común, en el ámbito de sus respectivas competencias; y las que ejercen simultáneamente sin invasión de competencias las autoridades federales y locales, respecto de una misma materia que es exclusiva de uno de los ámbitos. Un ejemplo es la denominada jurisdiccional dual, prevista en el artículo 104, fracción 2 de la Constitución general. Para distinguirlas, a las del primer tipo se les denomina relativas, porque no convergen, sino que se ejercen dentro de cada ámbito; las segundas son absolutas porque convergen sin invadir competencias.

V. El estándar de distribución de competencias en el sistema federal mexicano y la propuesta de su regulación

El estándar de distribución de competencias que aquí se propone se construye conforme al principio de federalismo, en específico, en la distribución de competencias, que es un subprincipio de aquel. Este subprincipio se encuentra previsto en el artículo 124, del cual se deriva una regla de distribución de competencias (esta es la principal, pero no la única). El modelo de federalismo cooperativo que se establece en el

sistema jurídico mexicano requiere de la existencia de una regla complementaria a la residual, la denominada regla de coincidencia.

Cuando las facultades se conceden de forma expresa en la Constitución General, es aplicable el estándar mínimo de distribución de competencias que deriva de la regla residual y sus derivaciones. Cuando las facultades no se conceden de forma expresa para ninguno de los dos ámbitos es necesario acudir al estándar de distribución de competencias que deriva del modelo federal cooperativo, para lo cual se deben seguir los siguientes pasos:

1. Identificar a cuál autoridad pertenece la facultad legislativa sobre la materia: si la facultad es exclusiva de uno de los ámbitos, la materia será del mismo ámbito; si la facultad la ejercen ambos ámbitos, la materia será común. Para esto se requiere una interpretación sistemática de la Constitución; la interpretación aislada de las disposiciones normativas puede generar resultados erróneos.
2. Una vez que se ha identificado si la materia es exclusiva de alguno de los ámbitos o es común, la facultad que se concede respecto de esa materia tendrá la misma calidad que la materia.

Con los estándares planteados es posible desentrañar cuáles son las facultades jurisdiccionales en materia constitucional de las entidades federativas en el modelo federal mexicano; para cumplir este objetivo es necesario precisar qué es la «facultad jurisdiccional» y la «materia constitucional».

Lo anterior atiende a las necesidades actuales de interpretación, conforme a la redacción vigente del artículo 124, sin embargo, a fin de proponer un texto que contenga las reglas de distribución de competencias que corrijan y subsanen las deficiencias advertidas en este capítulo, se propone la siguiente redacción del citado precepto:

Artículo 124. La distribución de competencias entre las autoridades federales y las locales se rige por lo siguiente:

- I. Las materias o facultades no concedidas de forma expresa y exclusiva por esta Constitución a las autoridades federales se entienden reservadas a las autoridades locales.
- II. Las facultades que esta Constitución concede simultáneamente a las autoridades federales y locales respecto de una misma materia se ejercerán de forma coincidente por ellas, en los ámbitos de sus respectivas competencias. La delimitación específica de esas competencias y las bases de coordinación entre las autoridades federales y locales para ejercer las citadas

facultades podrán establecerse en leyes generales expedidas por el Congreso de la Unión, en los supuestos previstos por esta Constitución.

- III. Las facultades que esta Constitución concede respecto de una materia exclusiva para uno de los ámbitos se ejercerán por las autoridades competentes del mismo ámbito, salvo las excepciones expresamente previstas por esta Constitución.

VI. Conclusiones

La Constitución mexicana regula materias que son comunes a los ámbitos federal y de las entidades federativas, esto ocasiona que las reglas de distribución de facultades sean insuficientes para determinar las competencias cuando las facultades no se conceden expresamente a alguno de los ámbitos en una disposición normativa de la Constitución general.

El actual federalismo mexicano surge de la necesidad de formular nuevas relaciones de cooperación entre los diversos ámbitos de autoridad. De este sistema emana una regla complementaria de distribución de facultades sobre materias coincidentes que da flexibilidad al sistema rígido dual¹⁶; esta es la de mayor complejidad y se deduce del texto constitucional.

La regla de coincidencia es el resultado de la adopción progresiva de un modelo de federalismo cooperativo. La regla complementaria tiene aplicación en las facultades concurrentes, coincidentes y de coordinación, así como en los convenios entre autoridades locales y federales; estas dan el carácter de un sistema cooperativo a la cláusula de distribución de competencias.

Para lograr un equilibrio del poder a través de su división vertical no se dotó de mayores competencias a las entidades federativas, sino que se elaboró un sistema de tareas en común, por ello, ante esta nueva realidad del federalismo, es aplicable el estándar de distribución de competencias que aquí se propone.

¹⁶ «El federalismo cooperativo entra en conflicto con la exigencia de crear ámbitos de decisión y responsabilidad, claramente delimitados y transparentes» (Zippelius, 1985, p. 398).

VII. Fuentes

1. Bibliografía

- CÁMARA DE DIPUTADOS. (1994). *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. México. Tomos II, III y XII*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Enciclopedia Jurídica Básica*. México: Civitas.
- FERRANDO BADÍA, J. (1986). *El estado unitario, el federal y el estado autonómico*. (2a. ed.). Madrid: Tecnos.
- FIX-ZAMUDIO, H. (2003). *Ensayos sobre el derecho de amparo*. (3a. ed.). México: Porrúa, UNAM.
- GUASTINI, R. (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: IJ-UNAM, Mínima Trotta.
- HÄBERLE, P. (2006). *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del estado constitucional*. México: IJ-UNAM.
- KELSEN, H. (1973). *Teoría General del Estado*. México: Editora Nacional.
- MADISON, J. (2012). *El Federalista*. (2a. ed.). México: Fondo de Cultura Económica, México.
- MATUTE GONZÁLEZ, C. (2007). *Reparto de facultades en el federalismo mexicano*. México: Porrúa.
- MOUSKHELI, M. (2011). *Teoría Jurídica del Estado Federal*. México: Ediciones Coyoacán.
- OÑATE, S. (1994). El Acta de Reformas de 1847. En *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones. Tomo II* (pp. 133-144). México: Miguel Ángel Porrúa.
- SERNA DE LA GARZA, J. (2009). *El sistema federal mexicano un análisis jurídico*. (2a. ed.) México: Porrúa, UNAM.
- TOCQUEVILLE, A. (2012). *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ZIPPELIUS, R. (1985). *Teoría General del Estado. Ciencia de la política*. México: UNAM.

2. Legislación

- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. (2019). García Macho, R. y Sommermann, K. (trads.). Berlín: Deutscher Bundestag. Recuperado de <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Comentarios de la controversia constitucional 56/2017 (Impuestos ecológicos de Zacatecas). Análisis de las controversias constitucionales en materia ambiental y la construcción de un sistema de responsabilidades (federalismo ambiental), a partir del principio de la sustentabilidad

Francisco Javier Camarena Juárez*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las controversias constitucionales en materia ambiental en México. III. Los impuestos ecológicos en la Legislación fiscal de Zacatecas. IV. El análisis y la discusión en el pleno de la SCJN (CC 56/2017). V. El análisis y la discusión en el pleno de la SCJN (CC 223/2016). VI. Conclusiones. VII. Fuentes.

I. Introducción

Las entidades federativas enfrentan cada vez más requerimientos en el diseño y aplicación de la política y regulación ambiental¹. Esto

* Profesor de Derecho Ambiental y Administrativo de la Universidad De La Salle Bajío. Abogado administrativo, especialista en litigio estratégico. Titular del Área Ambiental del despacho López Velarde, Wilson, Abogados (www.lvwhb.com).

¹ En el Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) 2012 (Anexo 36) se programaron 1,510 millones de pesos (mdp) como recursos en materia ambiental para las entidades federativas. En el PEF 2013 (Anexo 37) ya no se destinaron recursos para las entidades, salvo las asignadas a la Unidad Coordinadora de Participación Social y Transparencia de la Semarnat. En el PEF 2014 (Anexo 30) se volvieron a programar 1,570 mdp. Para el PEF 2015 (Anexo 31) se destinaron 1,624 mdp. Mientras que en el PEF 2016 (Anexo 38) no se programaron recursos para los estados; y lo mismo sucedió tanto en el PEF 2017 (Anexo 40), como en el PEF 2018 (Anexo 44).

incluye funciones de regulación, supervisión y vigilancia ambiental (Martínez, 2017).

La distribución de facultades ambientales, a partir de la interpretación del artículo 73, fracción 29-G, que hace referencia al equilibrio ecológico y protección al ambiente, ha sido rebasado. Tampoco el artículo 4o., que estipula el derecho a un medio ambiente sano, es suficiente. La interpretación constitucional requiere acudir a otros artículos como el artículo 2o. (comunidades indígenas); el artículo 25 (principio de sustentabilidad); el artículo 27 (recursos naturales); e inclusive el artículo 17 (acceso a la justicia) o el artículo 133 (supremacía constitucional).

El Estado de Zacatecas, al proponer contribuciones o impuestos ecológicos², busca mecanismos para obtener recursos (Rodríguez, 2019) y atender las cada vez mayores demandas a favor del medio ambiente. En el caso de Michoacán, también se propuso un impuesto ecológico (Ayala, 2019).

La propuesta de analizar las controversias constitucionales (CC), a diferencia de los juicios de amparo indirecto o directo, pretende examinar la distribución de facultades desde la perspectiva del federalismo ambiental. La posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha variado desde la formalidad y distribución de competencias tributarias (previstas en el artículo 31, fracción 4, constitucional), hasta las facultades concurrentes entre el Gobierno federal y las entidades federativas. En otras ocasiones, el análisis del pleno de la SCJN reside en identificar dónde existe una reserva o prohibición hacia los estados, o determinar si existe una facultad exclusiva hacia la Federación.

El consenso en el caso de los impuestos ecológicos es que existe una facultad concurrente y no hay impedimento para que los estados establezcan contribuciones de este tipo. Sin embargo, en cada contribución estatal (Zacatecas, Michoacán, o algún otro) habrá que revisar los elementos de legalidad tributaria (hecho generador; sujeto obligado; tasa; etcétera).

Los cuestionamientos ambientales sobre la eficacia de las dependencias y procuradurías estatales³ sin duda requieren una actualización

² Actualmente se encuentra en trámite una controversia constitucional ante la SCJN por el manejo del Fondo Minero. V. Mejía, I. (2019) y Reyes, J. (2019).

³ Entre algunos retos de la legislación ambiental, señalados por Hans Christian Bugge (2013) se encuentran: a) los problemas ambientales son invisibles, y no se perciben hasta que sus efectos se vuelven evidentes; b) la regulación ambiental, incluyendo las decisiones jurisdiccionales, deben resolver problemas de incertidumbres (principio precautorio); c) en los bienes y servicios ambientales es difícil fijar un precio o valor económico. Es complejo resolver temas de responsabilidad ambiental.

en el diseño institucional, pero también requieren flexibilidad en la gestión de recursos financieros y operativos.

En el litigio estratégico ambiental, las instancias jurisdiccionales han reconocido el carácter de autoridad responsable, en forma simultánea, a los tres niveles de gobierno —la Federación, las entidades federativas y los municipios— al tratarse de atender casos de contaminación de ríos⁴ y rellenos sanitarios⁵. Por otra parte, las instancias no jurisdiccionales de protección de derechos humanos han señalado la responsabilidad concurrente en garantizar el derecho a un medio ambiente sano⁶.

II. Las controversias constitucionales en materia ambiental en México

La mayoría de las controversias constitucionales⁷ entre el Gobierno federal y las entidades federativas (o con los municipios) en materia ambiental, se han resuelto a favor del primero. Principalmente, por la distribución de competencias que existen en materia de aguas superficiales o subterráneas (como en el caso de las controversias entre Semarnat y el Estado de México).

Del análisis de las controversias constitucionales revisadas para este estudio, se identificó que los criterios que prevalecen corresponden a una distribución de competencias (la función jurisdiccional determina qué instancia tiene la facultad o atribución, desde una perspectiva constitucional o legal). Pero también se identificó la necesidad de incorporar criterios jurisprudenciales de otros países —diálogo jurisprudencial— o de cortes internacionales, como la Corte Internacional

⁴ Caso de contaminación de los ríos Atoyac y Salado que atraviesan la ciudad de Oaxaca (Amparo indirecto 621/2016-Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Oaxaca).

⁵ Caso del relleno sanitario de Xonacatlán (Estado de México). (Recurso de Revisión 95/2018. 1TCC-2C).

⁶ CNDH. Recomendación general 032/2018 sobre calidad del aire. (Recomendación No. 82/2018 Semarnat- Sagarpa-Cofepris).

⁷ En las controversias constitucionales, de acuerdo con el artículo 105 constitucional, se resuelven los conflictos que se susciten entre: a) la Federación y una entidad federativa; b) la Federación y un municipio; c) el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de las Cámaras de este o en su caso, la Comisión Permanente; d) una entidad federativa y otra; g) dos municipios de diversos estados; h) dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; i) un estado y uno de sus municipios; j) una entidad federativa y un municipio de otra; l) dos órganos constitucionales autónomos y entre uno de estos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión.

de Justicia⁸. Incorporar nuevos mecanismos en el análisis de los conflictos ambientales incrementará las alternativas en la justicia procedimental.

En el caso de la extracción y conducción de aguas subterráneas del Alto Lerma y Chiconaultla (cc 6/2004), la controversia se centró en las limitaciones para la zona industrial del Valle de Toluca. La SCJN declaró que subsisten las necesidades de provisión de agua en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) y, por lo tanto, también es válido el título de concesión otorgado al gobierno del Distrito Federal.

En el caso del Bordo Poniente (cc 95/2004), la controversia se resolvió a través de la determinación de tres aspectos: a) la determinación de la zona federal —en este caso el vaso del lago de Texcoco—; b) ser este un asunto que afecta el equilibrio ecológico de dos entidades federativas; y c) de los residuos (lixiviados) considerados como peligrosos. La posición de la Semarnat correspondía a supervisar el impacto ambiental por la clausura y cierre del relleno sanitario-bordo poniente. El caso se resolvió a favor del Gobierno federal.

En el caso de la impugnación a la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM) y al acuerdo por el que se establecen disposiciones de bioseguridad respecto del régimen especial de protección al maíz (cc 60/2008), el pleno de la SCJN estimó que no existía interés legítimo por parte del municipio. Entre los principales argumentos, la SCJN valoró que el municipio de Tepoztlán, Morelos, no estaba constitucionalmente facultado para constituirse como defensor de los intereses de las comunidades indígenas; además de que el tema de bioseguridad es regulado a nivel federal. En el voto de minoría, presentado por la ministra Olga Sánchez Cordero, se consideró que era un caso de facultades concurrentes en materia de protección al medio ambiente. El caso se resolvió a favor del Gobierno federal.

En la controversia constitucional 72/2008 se impugnó el acuerdo de cabildo del municipio de Solidaridad del Estado de Quintana Roo, en el cual se actualizó el Programa de Desarrollo Urbano del Centro de Población de Tulum 2006-2030, y se incorporó el Parque Nacional Tulum y la zona de monumentos arqueológicos Tulum-Tancah. En el análisis de la SCJN, se determinó que el Parque Nacional Tulum era un parque nacional conforme con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA). Mientras que los municipios en materia de zonificación no tenían facultades absolutas sobre los planes

⁸ Uno de los casos más citados, es el conflicto entre Hungría y Eslovaquia por la construcción de una presa en el Río Danubio (Caso Gabcikovo-Nagymaros), que se resolvió mediante una sentencia del 25 de septiembre de 1997.

de desarrollo urbano y utilización del suelo. El caso se resolvió a favor del Gobierno federal.

En la controversia constitucional 109/2012 se impugnó la autorización y el procedimiento de impacto ambiental por parte del municipio de Cajeme, en contra de Semarnat y del Gobierno del Estado de Sinaloa. En la controversia, se declaró la invalidez del procedimiento de impacto ambiental y se ordenó otorgar la garantía de audiencia a favor del municipio. El caso se resolvió en contra del Gobierno federal.

En el caso sobre la impugnación del decreto 418/2016 por el que se declara al Estado de Yucatán como zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados (cc 223/2016), en las sesiones del pleno del 12 y 13 de agosto de 2019, se decidió por declarar la invalidez del decreto. El ministro ponente, Franco González Salas, consideró que la materia se basa en medio ambiente y biodiversidad y que, por lo tanto, existe una competencia a favor de la Semarnat, Sagarpa y la Secretaría de Salud. En el proyecto se interpretó que el artículo 73 de la Constitución establece un reparto de competencias entre la Federación, estados y municipios.

En la posición minoritaria, la ministra Norma Lucía Piña Hernández se pronunció por reconocer la validez del decreto impugnado, al considerar que no invade competencias en términos de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y considerar que la regulación busca transversar a la protección al medio ambiente y la salubridad general. En su argumentación, la ministra Piña Hernández señaló que, en atención al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, los estados están obligados a adoptar un enfoque de precaución. El caso se resolvió a favor del Gobierno federal.

En la argumentación utilizada en la discusión sobre el impuesto ecológico de Zacatecas (cc 56/2017), durante las discusiones del pleno del 31 de enero y 7 de febrero de 2019, la ministra ponente Norma Lucía Piña Hernández logró superar los criterios formales de la distribución de competencias en materia tributaria, y centró su argumentación en la necesidad de la prevención y control de la contaminación ambiental.

Un análisis que podría resultar útil es construir diferentes escenarios e identificar dónde funcionan mejor valores constitucionales tales como el principio de sustentabilidad⁹.

⁹ En el ámbito internacional, se propone un constitucionalismo ambiental global.

Cuadro 1. Relación de CC en materia ambiental

Expediente	Materia	Ponente	Resultado	F/E/M
cc 6/2004	Validez de oficio de Semarnat sobre los sistemas de extracción y conducción de aguas subterráneas del Alto Lerma y Chiconaultla (parte actora: Estado de México, por conducto del Poder Legislativo de la entidad)	Min. Mariano Azuela Guitrón	Se reconoce la validez del Oficio de Semarnat (titular)	F
cc 95/2004	Validez del oficio de Semarnat sobre las obras y actividades al promovente en materia de impacto ambiental para llevar a cabo el cierre de la IV del relleno sanitario Bordo Poniente (parte actora: Estado de México, por conducto del gobernador, del Congreso del Estado, y del Tribunal Superior de Justicia)	Min. José de Jesús Gudiño Pelayo	Se reconoce la validez del oficio de Semarnat (DGIRA)	F
cc 60/2008	Reglamento de la LBOGM y el acuerdo mediante el cual se emite el régimen especial de protección del maíz (parte actora: municipio de Tepoztlán, Estado de Morelos)	Min. Sergio A. Valls Hernández	Se desecha por falta de interés jurídico del municipio	F
cc 72/2008	Acuerdo de cabildo (aprobación del Programa de Desarrollo Urbano del Centro de Población de Tulum) (parte actora: Semarnat)	Min. Sergio A. Valls Hernández	Es procedente, se declara la invalidez del acuerdo de cabildo	F
cc 109/2012	Proyecto de construcción y operación del acueducto Independencia (parte actora: municipio de Cajeme vs. Semarnat)	Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo	Es procedente, se declara la invalidez del procedimiento de impacto ambiental (proyecto acueducto Independencia)	M
cc 93/2016	Conflicto por normas ambientales/impacto ambiental-desarrollo habitacional-parques El Triunfo (parte actora: municipio de El Salto)	Min. José Fernando Franco González Salas	En trámite	
cc 223/2016	Declaratoria de zona libre de cultivos agrícolas con OGM (parte actora: Consejero Jurídico del Poder Ejecutivo federal, en representación del presidente de la República)	Min. José Fernando Franco González Salas	Se declara la invalidez del decreto del Estado de Yucatán (pendiente el engrose)	F
cc 56/2017	Impuestos ecológicos en la legislación fiscal de Zacatecas (parte actora: Poder Ejecutivo federal)	Min. Norma Lucía Piña Hernández	No se excedieron las facultades del artículo 73, fracción 29-G constitucional (el Estado de Zacatecas puede establecer contribuciones en materia ecológica) (pendiente el engrose)	E

III. Los impuestos ecológicos en la legislación fiscal de Zacatecas

El gobierno de Zacatecas efectúa una interesante propuesta al establecer contribuciones, es decir, impuestos ecológicos, que permiten atender los temas de remediación por contaminación, o la contaminación generada por las emisiones o descargas al aire, agua, suelo y subsuelo (LHEZ, artículo 60.-35). Esta decisión pretende reforzar las políticas públicas y mecanismos que incrementen la recaudación ambiental, como pueden ser la eficiencia en el monitoreo, capacidades en la supervisión y vigilancia ambiental, e inclusive en la educación ambiental.

La propuesta tributaria del Estado de Zacatecas, para el ejercicio fiscal 2017, partió de dos premisas:

- Existe concurrencia impositiva entre la Federación y las entidades federativas y, al mismo tiempo, no existe exclusividad de la Federación (ni en la Constitución ni en la Ley de Coordinación Fiscal); y
- existe concurrencia en salud, protección al ambiente, educación y contribuciones.

La propuesta, inicialmente, se construye a partir de la cláusula residual del pacto federal (artículo 124 constitucional) pero, también, a partir de la obligación de prevención y control de la contaminación generada por el aprovechamiento de sustancias no reservadas a la Federación.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), en los artículos 5o., 6o., 7o. y 8o., efectúa una distribución de las facultades que corresponden a la Federación, a los estados y a los municipios.

Cuadro 2. Atribuciones LGEEPA
(contaminación atmosférica)

Federación	Estado	Municipio
Art. 5o. XII. Regulación de la contaminación de la atmósfera, proveniente de todo tipo de fuentes emisoras, prevención y control de fuentes fijas y móviles de jurisdicción federal	Art. 7o. III. Prevención y control de la contaminación atmosférica generada por fuentes fijas que funcionen como establecimientos industriales, así como fuentes móviles (que no sean de competencia federal)	Art. 8o. III. Aplicación de disposiciones jurídicas en materia de prevención y control de la contaminación atmosférica generada por fuentes fijas que funcionen como establecimientos mercantiles o de servicios, así como emisiones de contaminantes provenientes de fuentes móviles que no sean consideradas de jurisdicción federal

La definición y establecimiento de los elementos esenciales de las contribuciones o impuestos ecológicos en materia ambiental por el Estado de Zacatecas efectúa una interesante redacción. Las contribuciones estatales evitan totalmente las materias que son de jurisdicción federal; se puede revisar en forma detallada el catálogo estatal de materiales de extracción¹⁰, y se encontrará que no existe una inclusión de sustancias que son propias de la minería. Por lo que corresponde a los gases, también considera las facultades concurrentes de la entidad federativa y de los municipios para regular y gravar las emisiones de bióxido de carbono o sus equivalentes.

El diseño de las cuotas corresponde a una contribución por la afectación al suelo, subsuelo y agua. Este diseño asume *a priori* que existe un daño y, por lo tanto, debe resultar en una consecuencia económica¹¹. En lo que corresponde al almacenamiento de residuos, se pretende constituir como un incentivo para la valorización y minimización de estos.

Cuadro 3. Impuestos ecológicos (2017) Zacatecas

Impuesto	Materia	Sujeto pasivo	Cuota
Remediación en la extracción de materiales (art. 8o.)	Sustancias no reservadas a la Federación (no metálicos)	Personas físicas, morales o unidades económicas que realicen la extracción	11.25 pesos por cada metro cúbico (piedras y sustrato o capa fértil). 456.01 pesos (caolín)
Emisión de gases a la atmósfera (art. 14)	RETC (emisiones de bióxido de carbono y metano). Bienes y zonas de jurisdicción local	Personas físicas, morales o unidades económicas que realicen los hechos generadores de la contribución	250 pesos por tonelada emitida de CO ² o la conversión al mismo
Emisión de contaminantes al suelo, subsuelo y agua (art. 20)	Sustancias contaminantes que se depositen, desechen o descarguen al suelo, subsuelo o agua en el territorio del estado (suelos contaminados por hidrocarburos, arsénico, grasas y aceites, etc.)	Personas físicas, morales o unidades económicas que, en el territorio del estado, realicen los actos o actividades	25 pesos por cada 100 m ² afectados (suelo y subsuelo). 100 pesos por cada metro cúbico afectado (agua)

¹⁰ Los materiales señalados son: agregados pétreos, andesita, arcillas, arena, caliza, cantera, caolín, grava, riolita, rocas y piedras, y sustrato o capa fértil.

¹¹ Es congruente con el artículo 15, fracción 4, de la LGEEPA: «Quien realice obras o actividades que afecten o puedan afectar el ambiente, está obligado a prevenir, minimizar o reparar los daños que cause, así como a asumir los costos que dicha afectación implique».

Cuadro 3. Impuestos ecológicos (2017) Zacatecas
(continuación)

Impuesto	Materia	Sujeto pasivo	Cuota
Impuesto al depósito o almacenamiento de residuos	Residuos (materiales generados en los procesos de extracción, beneficio, transformación, producción, consumo, utilización, control o tratamiento cuya calidad no permita usarlo nuevamente en el proceso que lo generó)	Personas físicas, morales o unidades económicas generadoras del residuo (que por sí o a través de intermediarios depositen o almacenen residuos en vertederos públicos o privados)	100 pesos por tonelada de residuos depositados o almacenados en vertederos públicos o privados

IV. El análisis y la discusión en el pleno de la SCJN (CC 56/2017)

La controversia fue planteada por el Ejecutivo federal, quien sostuvo que los artículos 6o. al 36 de la Ley de Hacienda del Estado de Zacatecas (LHEZ) son inconstitucionales, toda vez que vulneran las facultades de la Federación en materia de minería, equilibrio ecológico, contaminación de la atmósfera, preservación de aguas nacionales, y tratamiento y disposición de residuos peligrosos¹².

De acuerdo con la versión taquigráfica de la sesión del pleno de la SCJN del 31 de enero de 2019, la ministra Norma Lucía Piña Hernández planteó el sobreseimiento de la controversia constitucional. En su proyecto, consideró que era parcialmente procedente e infundada la controversia, por lo que propuso sobreseer respecto de la ley de ingresos y del decreto gubernativo mediante el cual se otorgan estímulos fiscales y reglas de facilidades administrativas de 2017, y se reconoce la validez de los artículos 6o. al 26 de la Ley de Hacienda.

La ministra añadió que no se formuló concepto de invalidez por parte del Ejecutivo federal y las «normas controvertidas han cesado sus efectos, al estar referidas al ejercicio fiscal de 2017» (cc 56/2017). Posteriormente se ha utilizado el juicio de amparo para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones normativas¹³.

Durante la discusión, la ministra ponente planteó la validez de los impuestos ecológicos aprobados por Zacatecas¹⁴, a partir de que el

¹² Foja 14 de la versión taquigráfica de la sesión del 31 de enero de 2019.

¹³ Entre los juicios de amparo indirecto interpuestos se encuentran: JA 145/2017 (Juzgado primero de distrito en Zacatecas), se otorgó el amparo; JA 233/2019 (Juzgado tercero de distrito en Zacatecas), se sobreseyó.

¹⁴ Ley de Hacienda. P.O. del Gobierno del Estado de Zacatecas, 31 de diciembre de 2016.

constituyente no estableció una prohibición expresa a cargo de las entidades federativas, y que tampoco se desprende que las contribuciones ambientales sean una atribución exclusiva a la Federación.

En la posición contraria, el ministro Eduardo Medina Mora argumentó que la competencia debía sustentarse en materia tributaria y no en materia ambiental. En su intervención, consideró que la concurrencia no puede fundamentarse en el artículo 73, fracción 29-G de la Constitución y en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA). Una posición similar compartió el ministro Aguilar Morales.

Cuadro 4. Análisis votación CC 56/2017 (Zacatecas)

Ministro	Argumento	Posición
1 Min. Piña Hernández	Facultades a partir del art. 73 fracción 29-G constitucional	A favor (ponente)
2 Min. Gutiérrez Ortiz Mena	Solicitó modificaciones al proyecto (estándar de escrutinio)	A favor (con voto concurrente)
3 Min. Medina Mora	La competencia debe sustentarse en materia tributaria y no en materia ambiental	En contra (no comparte metodología ni conclusiones)
4 Min. Laynez Potisek	Constitucionalidad de impuestos locales	A favor
5 Min. Pérez Dayán	Existe competencia para establecer el gravamen a cargo de las entidades federativas	A favor
6 Min. González Alcántara Carrancá	El examen sobre la validez debió partir de las bases del sistema concurrente en materia tributaria (art. 73, 117, 118 y 124 de la Constitución general)	A favor (con voto concurrente)
7 Min. Luna Ramos	Propone un cambio en la mentalidad (última sesión en la que participó la ministra). Principios fundamentales: obligación de prevenir, minimizar o reparar los daños que se causen; e incentivar a quien proteja el ambiente	-
8 Min. Franco González Salas	Considera que el punto central es si los estados pueden tener la facultad para legislar en materia de contribuciones	A favor (con voto concurrente)
9 Min. Aguilar Morales	Considera que el Estado de Zacatecas no tiene facultades (a partir del análisis del artículo 73 fracción 29-G en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente), sino que el análisis debe realizarse a partir del sistema de distribución de competencias en materia fiscal	En contra (señala que se le pretende dar a estas contribuciones un fin extrafiscal consistente en la preservación y protección del medio ambiente. Estas sanciones no superarían los estándares del debido proceso ni del derecho administrativo sancionador (principios de taxatividad, proporcionalidad o garantía de audiencia)

Cuadro 4. Análisis votación CC 56/2017 (Zacatecas)
(continuación)

Ministro	Argumento	Posición
10 Min. Zaldívar Lelo de Larrea	No comparte la metodología (el análisis tiene que hacerse desde el derecho constitucional tributario). Mecanismos: 1) limitación tributaria a los estados mediante reserva expresa; 2) prohibición expresa a la potestad tributaria de los estados; artículos 115 y 122 (municipios y Cd. Mx.); la concurrencia tributaria de acuerdo al art. 73 fracción 8 y 124 constitucionales. Considera válido que la Federación y los estados establezcan contribuciones con fines extrafiscales	A favor (del proyecto modificado y voto concurrente)
11 Min. Pardo Rebolledo	Coincide que el Estado de Zacatecas cuenta con facultades para establecer impuestos en materia ambiental (sistema complejo, con una concurrencia impositiva, no existe prohibición expresa para las entidades federativas). También considera que las contribuciones no solo pueden establecer fines exclusivamente recaudatorios, sino que pueden contribuir a mejorar el medio ambiente y su conservación	A favor (del proyecto modificado y voto concurrente)
Resultado de la votación		8 votos a favor, 2 votos en contra

V. El análisis y la discusión en el Pleno de la SCJN (CC 223/2016)

En el proyecto del ministro José Fernando Franco González Salas, se plantea la declaratoria de invalidez del decreto 418/2016 «por el que se declara al Estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados» (*Diario Oficial del Gobierno de Yucatán*, 26 de octubre de 2016).

- Durante la discusión del pleno, el ministro ponente centró la controversia constitucional en un problema de competencias —la distribución de una competencia exclusiva a favor de la entonces Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa), a partir del artículo 90¹⁵ de la LBOGM—. Desde su perspectiva, el tema se enfocaba en que «un gobernador

¹⁵ Capítulo III. Zonas Libres de OGM. Artículo 90. Se podrán establecer zonas libres de OGM para la protección de productos agrícolas orgánicos y otros de interés de la comunidad solicitante, conforme a los siguientes lineamientos generales:

I. Las zonas libres se establecerán cuando se trate de OGM de la misma especie a las que se produzcan mediante procesos de producción de productos agrícolas orgánicos, y se demuestre científica y técnicamente que no es viable

emitió un decreto en que determinó que era zona libre de organismos genéticamente modificados su estado» (cc 223/2016).

- El ministro Zaldívar, en su exposición, consideró que el artículo 124 es una regla general que tiene excepciones. En primer lugar, el Congreso de la Unión es quien distribuye las competencias entre la Federación y los estados. «La Constitución no se interpreta a través de las leyes generales, las leyes generales se interpretan a partir de la Constitución» (cc 223/2016). En segundo lugar, existen varias excepciones: a) prohibiciones absolutas a los estados (artículo 117 constitucional); b) prohibiciones relativas a los estados (artículo 118 constitucional); c) las inhibiciones constitucionales —no las pueden realizar los estados—; y d) las facultades concurrentes (con distintas vertientes o clasificaciones). En el último punto de su exposición, el ministro Zaldívar señaló que en el caso bajo análisis de la LBOGM, no existe una norma que faculte al gobernador para emitir el decreto 418/2016.
- En la posición minoritaria, la ministra Piña Hernández se pronunció por reconocer la validez del decreto impugnado al considerar que no invade competencias en términos de la LBOGM, y al valorar que la regulación de OGM tiene como fin transversar la protección al medio ambiente y la salubridad general. En su argumentación, la ministra Piña Hernández señaló que, en atención

su coexistencia o que no cumplirían con los requisitos normativos para su certificación.

- II. Dichas zonas serán determinadas por la Sagarpa mediante acuerdos que se publicarán en el *Diario Oficial de la Federación*, previo dictamen de la Cibogem, con la opinión de la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, tomando en cuenta lo establecido en las normas oficiales mexicanas relativas a los productos agrícolas orgánicos.
- III. La determinación de las zonas libres se realizará con base en los siguientes requisitos:
 - A. Se hará a solicitud escrita de las comunidades interesadas, por conducto de su representante legal.
 - B. Dicha solicitud deberá acompañarse de la opinión favorable de los gobiernos de las entidades federativas y los gobiernos municipales de los lugares o regiones que se determinarán como zonas libres.
 - C. Se realizarán las evaluaciones de los efectos que los OGM pudieran ocasionar a los procesos de producción de productos agrícolas orgánicos o a la biodiversidad, mediante las cuales quede demostrado, científica y técnicamente, que no es viable su coexistencia o no cumplan con los requisitos normativos para su certificación, de acuerdo con las normas oficiales mexicanas que expida la Sagarpa. Las evaluaciones mencionadas se realizarán conforme lo establezca dicha secretaría en normas oficiales mexicanas.
- IV. La Sagarpa establecerá en los acuerdos las medidas de seguridad que se podrán adoptar en las zonas libres de OGM, a fin de garantizar la adecuada protección de los productos agrícolas orgánicos.

al Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, los estados están obligados a adoptar un enfoque de precaución.

Cuadro 5. Análisis de votación CC 223/2016 (Yucatán)

Ministro	Argumento	Posición
1 Min. Piña Hernández	Enfoque de precaución en la utilización de OGM	En contra (con voto particular)
2 Min. Gutiérrez Ortiz Mena	Concurrencia en materia de medio ambiente (el artículo 90 constitucional no deja posibilidad para legislar en materia de bioseguridad)	A favor (con reserva de voto concurrente)
3 Min. Medina Mora	Facultades exclusivas de la Federación en materia de salud y fitosanitario	A favor
4 Min. Laynez Potisek	Distribución de facultades del artículo 73 fracción 29-G (bioseguridad). Inicialmente observó que había que acreditar fehacientemente que la atribución es federal, de lo contrario es válido el decreto. El artículo 90 de la LBOGM otorga facultad exclusiva a Sagarpa	A favor (con reserva de voto concurrente)
5 Min. Pérez Dayán	Aplicación del sistema federal a partir del contexto establecido en el artículo 124 constitucional (legislación homogénea)	A favor
6 Min. González Alcántara Carrancá	No encuentra una facultad exclusiva para la Federación	En contra (con voto particular)
7 Min. Esquivel Mossa	Señala que no existe evidencia del riesgo a la afectación de la actividad apícola. La LBOGM establece un marco regulatorio que desarrolla los compromisos internacionales (TLCAN y Protocolo de Cartagena). Considera que se generaría un estado de incertidumbre en materia de salubridad, comercio y protección al ambiente ante la falta de criterios uniformes (descentralización de la facultad)	A favor
8 Min. Franco González Salas	Declara la invalidez del decreto 418/2016 (Zona Libre de Cultivos Agrícolas con OGM)	A favor (ponente)
9 Min. Aguilar Morales	Es una facultad que le corresponde a la Federación (no se pronuncia si la medida fue adecuada o no)	A favor
10 Min. Zaldívar Lelo de Larrea	Considera que es un tema de competencia (si el gobernador tiene una facultad expresa para hacer lo que está haciendo)	A favor (con reserva de voto concurrente)
11 Min. Pardo Rebolledo	Considera que la materia es de protección al ambiente y equilibrio ecológico y por lo tanto se trata de una facultad federal	A favor
Resultado de la votación		9 votos a favor, 2 votos en contra

VI. Conclusiones

La evolución de las disposiciones constitucionales y legales en materia ambiental ha representado una oportunidad y reto para las entidades federativas. La calidad del aire, la adecuada gestión de los residuos y la

remediación de los pasivos ambientales, son reclamos continuos. Un sistema de facultades exclusivas no provee la solución para hacer frente a las nuevas circunstancias de las ciudades del futuro.

El mecanismo de las controversias constitucionales en materia ambiental ha resultado complejo para los estados y los municipios. En algunos casos, el argumento inicial conduce al análisis de la controversia, bajo los parámetros tradicionales de atribuciones expresas (artículo 4o.; artículo 73 fracción 29-G constitucionales). Cuando el análisis de la controversia constitucional es en materia ambiental, deberá comenzar a enfocarse en los principios y valores tutelados en la Constitución: sustentabilidad, reparación del daño ambiental, corrección de las conductas dañinas al medio ambiente. Un cambio de los parámetros formales a parámetros de justicia de fondo.

Las disposiciones constitucionales, en otros casos, presentan límites como ha sido la implementación de las disposiciones del Convenio sobre Diversidad Biológica y alguno de sus protocolos (Protocolo de Cartagena, Protocolo de Nagoya y Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur). No existe una regulación constitucional expresa sobre los recursos biológicos o genéticos. Esto no significa que el pleno de la SCJN, o alguna de sus salas, no pueda tomar una decisión sobre la distribución de competencias en nuevas materias como la biodiversidad.

En un comparativo de la votación de las controversias constitucionales 56/2017 y 223/2016, se puede observar cómo existe una votación «dura» que promueve las facultades a favor de las entidades federativas y otra en contra de las entidades federativas (restrictiva sobre el artículo 124 constitucional). Las decisiones que adopte el pleno de la SCJN no solo deben asumirse con base en una distribución de competencias formal, también deben considerar criterios de justicia ambiental como la sustentabilidad, la justicia intergeneracional, la eficacia en la atención de las causas, y los efectos de los problemas ambientales.

Cuadro 6. Análisis comparativo
(Evolución de la votación de los ministros)

	Ministro	Posición (CC 56/2017)	Posición (CC 223/2016)	Comentario
		Validez-Impuestos ecológicos (Zac.)	Invalidez de la declaratoria (Yuc.) como zona libre de cultivos agrícolas con OGM	
1	Min. Piña Hernández	A favor (ponente)	En contra	Posición congruente (promueve las facultades a favor de las entidades federativas)
2	Min. Gutiérrez Ortiz Mena	A favor	A favor	
3	Min. Medina Mora	En contra	A favor	Posición congruente (limita las facultades de las entidades federativas)
4	Min. Laynez Potisek	A favor	A favor	
5	Min. Pérez Dayán	A favor	A favor	
6	Min. González Alcántara Carrancá	A favor	En contra	
7	Min. Luna Ramos / Min. Esquivel Mossa	—	A favor	N/A
8	Min. Franco González Salas	A favor	A favor (ponente)	
9	Min. Aguilar Morales	En contra	A favor	Posición congruente (limita las facultades de las entidades federativas)
10	Min. Zaldívar Lelo de Larrea	A favor	A favor	
11	Min. Pardo Rebolledo	A favor	A favor	

VII. Fuentes

1. Bibliografía

- BOSSELMANN, K. (2015). Global environmental constitutionalism: mapping the terrain. En *Widener Law Review*, 21(171), pp. 171-185.
- BUGGE, H. (2013). Twelve fundamental challenges in environmental law: an introduction to the concept of rule of law for nature. En VOIGT, C. (ed.). *Rule of law for nature. New dimensions and ideas in environmental law* (pp. 3-26). Cambridge: Cambridge University Press.
- CHAMBERLAIN, L. (2019). Beyond litigation: the need for creativity in working to realise environmental rights. En VOIGT, C. (ed.). *International judicial practice on the environment: questions of legitimacy (studies on international courts and tribunals)* (pp. 443-458). Cambridge: Cambridge University Press.
- DE LA GARZA, S. (1982). *Derecho Financiero Mexicano*. México: Editorial Porrúa.
- FLORES TREJO, F. (2017). Derecho procesal constitucional. Las controversias constitucionales en materia de asentamientos humanos y protección al medio ambiente. En SOTO, A. (coord.). *Derecho procesal constitucional* (pp. 209-250). México: UNAM, IJ, Senado de la República.
- HAGIWARA, K. (2019). Sustainable development before international courts and tribunals: Duty to Cooperate and States' Good Faith. En VOIGT, C. (ed.). *International judicial practice on the environment (Studies on International Courts and Tribunals)* (pp. 167-187). Cambridge: Cambridge University Press.
- MAY, J. (2014). *Global Environmental Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MEJÍA, I. (2019). Zacatecas prepara controversia constitucional por Fondo Minero [en línea]. *El Universal*. Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/estados/zacatecas-prepara-controversia-constitucional-por-fondo-minero>.
- REYES, J. (2019). Corte admite controversias por Fondo Minero [en línea]. *Excelsior*. Recuperado de <https://www.excelsior.com.mx/nacional/corte-admite-controversias-por-fondo-minero/1303687>
- SOTO FLORES, A. (2017). La controversia constitucional y la acción de constitucionalidad como medios de control de la Constitución. En SOTO, A. (coord.). *Derecho procesal constitucional* (pp. 153-169). México: UNAM, IJ, Senado de la República.

2. Legislación

Convenio sobre Diversidad Biológica. (1993). México.

Decreto 418 de 2016 (Gobierno del Estado de Yucatán). Por el que se declara al Estado de Yucatán zona libre de cultivos agrícolas con Organismos Genéticamente Modificados. 26 de octubre de 2016.

Decreto de 2016 (Gobierno del Estado de Zacatecas). Mediante el cual se otorgan estímulos fiscales y facilidades administrativas para el Ejercicio Fiscal 2017. (2016). 31 de diciembre de 2016.

Ley de Hacienda del Estado de Zacatecas. Ejercicio 2017. (2016). México.

Ley de Ingresos del Estado de Zacatecas. Ejercicio 2017. (2016). México.

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2003). México.

3. Jurisprudencia

cc 6/2004

cc 95/2004

cc 60/2008

cc 72/2008

cc 109/2012

cc 93/2016

cc 223/2016

cc 56/2017

Tesis xx.2o.61A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIV, julio de 2011, p. 2257.

El futuro constitucional de Guanajuato: Cómo Guanajuato puede impulsar reformas en materia de medios de protección constitucional local para hacer frente al contexto de un régimen populista

Stephanie Eugenia Calzada Miranda*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los augurios de un régimen populista. III. Las garantías institucionales de los estados. IV. Reformas en otros estados. V. El paradigma constitucional local actual. VI. El futuro constitucional de Guanajuato. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes.

I. Introducción

Las pasadas elecciones de 2018 han marcado una nueva alternancia política en México, con el partido Movimiento Regeneración Nacional al frente del Ejecutivo federal y una punteada mayoría en el Legislativo. Si bien es cierto que los espacios de gobierno de la oposición ya existían en nuestro país, nos situamos nuevamente ante un comienzo de transiciones políticas, económicas y estructurales al interior de la administración pública que dan pauta a gobiernos divididos en sus tres ámbitos de gobierno federal, estatal y municipal, dentro de los que deben coexistir políticamente diferentes partidos.

Fenómeno similar fue experimentado en el año 2000, cuando el Partido Acción Nacional se constituyó como la alternancia política para la presidencia de la República, el fin de la hegemonía del Partido Revolucionario Institucional y el cambio de poder de un partido político a otro provocó fuertes transiciones democráticas, tales como las que se

*Maestra en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato.

esbozan hoy día con el partido Movimiento Regeneración Nacional al frente del Ejecutivo federal. La anterior transición trajo consigo la introducción de mecanismos de resolución jurídica de conflictos políticos a nivel local y, como en una especie de efecto dominó, varios estados¹ comenzaron a reformar sus constituciones en materia de mecanismos de defensa procesal, con el objetivo de reforzar su soberanía y proteger su autonomía, es decir, se generaron las condiciones para que el centralismo político fuera cediendo a esferas de decisión en la periferia, como lo son las entidades federativas (Casarín León, 2011, p. 133).

Guanajuato fue uno de los estados pioneros en la materia, pues el 20 de marzo de 2001, el Poder Legislativo estatal reformó el artículo 89, ahora 88, de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato e introdujo dos procesos constitucionales para su defensa. Con la adición de la fracción 15 al ahora artículo 88, se facultó al pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato para «garantizar la observancia de la Constitución local», y conocer de las controversias legales y acciones de inconstitucionalidad que se pudieran suscitar en torno a esta. La controversia legal se estableció en el apartado A de la fracción 15 del citado artículo, mientras que la acción de inconstitucionalidad quedó regulada en el apartado B. Los apartados A y B de la fracción 15 del referido artículo 88 se limitan a enunciar la procedencia y señalar qué órganos tienen competencia para instaurar cada proceso, mientras que la sustanciación de los mismos quedó enunciada en una ley secundaria: la Ley Reglamentaria de la Fracción 15 del Artículo 88 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, publicada el 3 de agosto de 2001², en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato.

Es cierto que, desde hace casi veinte años, el Estado de Guanajuato cuenta con mecanismos de defensa procesal, medios de control constitucional local positivizados, pero resulta imperante preguntarse si se ha logrado su efectiva consolidación en el estado y si ante la eminente transición estructural propiciada por el posicionamiento en el poder de la nueva alternancia política, como lo es el partido Movimiento Regeneración Nacional, resultaría conveniente que Guanajuato impulsara nuevas reformas en materia de medios de protección constitucional

¹ En el año 2000 se reformó integralmente la Constitución del Estado de Veracruz, seguida de la de Tlaxcala, Coahuila, Chihuahua, Chiapas y Guanajuato, por mencionar algunas.

² Antes Ley Reglamentaria de la Fracción 15 del Artículo 89 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato.

local para hacer frente al contexto de un régimen populista como el que se presagia.

II. Los augurios de un régimen populista

Según la Real Academia de la Lengua Española, el populismo es una «tendencia política que pretende atraerse a las clases populares», dicha definición resulta oscura y poco clara pues, a lo largo de la historia de América Latina, diferentes gobiernos han sido tachados de populistas. Tenemos como ejemplos el régimen peronista en Argentina, el de Getulio Vargas en Brasil, o a los de Chávez y Maduro en Venezuela. Desde un punto de vista económico, Bazdresch y Levy (1992) definen al populismo como «el uso dispendioso de los gastos públicos, el uso intensivo de los controles de precios, la sobrevaluación sistemática del tipo de cambio y las señales inciertas de la política económica, que tienen efectos deprimentes en la inversión privada» (p. 256). Por su parte, los gobiernos de México no han estado exentos de episodios populistas; se han llamado populistas las presidencias de Cárdenas, Echeverría y López Portillo (p. 256).

Con el cambio político del gobierno federal derivado de las pasadas elecciones, algunas de las transiciones democráticas se han traducido en acciones que, día con día, se asemejan a las de aquel Estado promotor del desarrollo estabilizador de los años populistas de los gobiernos de Echeverría y López Portillo (p. 263), años en los que se creía que la inversión pública podía detonar el crecimiento de algunos sectores o regiones del país. Como ejemplo de dichas acciones tenemos, por un lado, los programas de inversiones públicas en el sureste de México³ y, por el otro, los denominados «programas clientelares», que no son más que auténticas políticas sociales con transferencias directas a los beneficiados, financiadas con los recortes al gasto público en los sectores de salud, educación, o a las propias participaciones de las entidades federativas⁴.

Ante tal circunstancia, es preciso recordar que el Estado de Guanajuato tiene derechos, o garantías institucionales, reconocidos desde la Constitución general y que, por ende, está dotado de autonomía

³ El proyecto de construcción del Tren Maya en la península de Yucatán, o el de la refinera en el puerto de Dos Bocas, en Tabasco.

⁴ En el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2019, al Estado de Guanajuato se le recortó un 70% en el denominado Ramo 23 en comparación con el Presupuesto de Egresos del año anterior.

y soberanía, pero que por ello mismo debe contar con los mecanismos de defensa constitucional suficientes para hacerlos efectivos. Los mismos autores sostienen que la historia ha logrado demostrar que las políticas populistas, aparte de sus obvias desventajas económicas, no fortalecen generalmente al gobierno (p. 292); de manera que existe una apremiante necesidad de crear en la entidad ambientes institucionales fuertes, donde los conflictos se resuelvan en términos de la ley —con reformas en la materia— para poder hacer frente a episodios populistas.

III. La garantía institucional de los estados

En los años veinte, el filósofo y jurídic alemán Carl Schmitt (1992) desarrolló la teoría de la garantía institucional, base fundamental del principio de la autonomía en la justicia constitucional local. Resulta pertinente desarrollar este concepto pues, mediante la regulación constitucional que aduce Schmitt, se puede garantizar una especial protección a ciertas instituciones.

La garantía institucional de los estados es aquella protección constitucional que preserva a una institución no solo de su destrucción, sino de su desnaturalización al prohibir vulnerar su imagen, y persigue la protección de determinadas instituciones frente al legislador. En términos llanos, la regulación constitucional tiene la finalidad de evitar una supresión en vía legislativa de alguna institución reconocida.

La garantía institucional es, por su esencia, limitada, pues existe solo dentro del estado y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, como lo es un estado.

Ahora bien, partiendo de la idea de que, dentro de una Federación, cada estado miembro tiene derecho a la existencia, y que este derecho pudiese equiparse a un derecho fundamental (Schmitt, 1992, p. 178) solo si se encuentra reconocido, primero tiene que estar positivizado su reconocimiento para que luego se positivicen los mecanismos necesarios para su tutela. Tenemos que la Constitución general reconoce la existencia de sus estados miembros, al enunciar en su artículo 40 su autonomía y soberanía.

Los estados tienen derechos —o garantías institucionales— que les reconocen atribuciones propias, les permite realizar actividades exclusivas y los dota de autonomía pero, también, estas garantías delimitan su actividad a una esfera de competencia, como lo establece el citado artículo 40 de la Constitución general, así como los similares artículos 28

y 29 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato. En consecuencia, un estado debe tener, también, dentro de su texto constitucional, instituciones de control, así como mecanismos de protección constitucional que velen por dicha autonomía local —entre otras garantías— por ser estos, como afirma Kelsen (2001), una condición de su existencia (p. 99).

Desde el año 2000, varios estados han adoptado ya este principio, y han introducido en sus textos constitucionales, en mayor o menor medida, diversos mecanismos de protección constitucional.

IV. Reformas en otros estados

Como se ha referido, el año 2000 representó un parteaguas en la historia constitucional de nuestro país, como lo señala Casarín (2011, p. 133). Fue el año en que surgió la justicia constitucional local.

En este año el Estado de Veracruz marcó una pauta al reformar integralmente su Constitución, e incluir en ella los mecanismos de protección constitucional y las instituciones dotadas de competencia para su conocimiento. La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave contempla seis mecanismos en materia de justicia constitucional, como lo son: las controversias constitucionales; las acciones de inconstitucionalidad; las acciones por omisión legislativa; el juicio para la protección de derechos humanos⁵; las controversias competenciales entre órganos y poderes locales; y las acciones por el no ejercicio de la acción penal (CPELSV, artículos 64 y 65). Para conocer dichos medios de control constitucional se estableció la creación de una Sala Constitucional, adscrita al Tribunal Superior de Justicia del Estado, integrada por tres magistrados.

El mismo año —y en algunos casos en los años inmediatamente posteriores—, otros estados siguieron la línea de Veracruz y reformaron sus constituciones en materia de justicia constitucional local y, en menor o mayor medida, incluyeron mecanismos e instituciones competentes similares.

Otro estado que contempla múltiples mecanismos de justicia constitucional local es de Chiapas. Su Constitución señala controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; controversias competenciales o de atribuciones entre órganos y poderes locales; acciones

⁵ El juicio para la protección de derechos humanos se conoce en la teoría como amparo local.

por omisión legislativa; y cuestiones de inconstitucionalidad (CPELSCH, artículo 78). Aunque en este estado el órgano o ente jurisdiccional facultado para el conocimiento de dichos mecanismos es un Tribunal de Justicia Constitucional, integrado por tres magistrados (CPELSCH, artículo 73).

Es de señalar, que el Estado de Guanajuato, junto con el Estado de Coahuila, son dos de las entidades federativas que, si bien contemplan mecanismos de control constitucional, estos se limitan solo a acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales —o legales en el caso de Guanajuato—, aunque también se debe precisar que, a diferencia de Guanajuato⁶, en Coahuila, el Tribunal Superior de Justicia del Estado conoce de dichos mecanismos en carácter de Tribunal Constitucional local (CPEC, artículo 158).

Lo anterior denota lo nuevo que todavía resulta el derecho constitucional local en materia de mecanismos o medios de protección constitucional, y lo mucho que le falta por desarrollar al no existir aún una homogeneidad en cuanto a los mecanismos e instituciones competentes positivizadas en las constituciones de las entidades federativas, o inclusive que algunos de esos mecanismos se encuentren si quiera en las constituciones de todos los treinta y dos estados integrantes de la Federación.

Es evidente que aún falta mucho camino por recorrer en la materia, sin embargo, como lo indica César Astudillo (2006), los primeros pasos conducen a luchar por la consolidación de estos mecanismos y sus instituciones en los estados en donde ya se encuentran positivizados.

V. El paradigma constitucional local actual

Como se ha anunciado, y derivado de la reforma constitucional del 2001, la justicia constitucional en Guanajuato está a cargo del órgano que se encuentra en la cúspide de la organización judicial del estado: el pleno del Supremo Tribunal de Justicia. No obstante, a pesar de que el pleno es el facultado para salvaguardar la Constitución del Estado, es importante señalar que la Constitución no refiere propiamente la integración del mismo⁷. Partiendo de que corresponde al pleno del Supre-

⁶ El pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado es el competente para conocer de dichos mecanismos.

⁷ El artículo 83 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato se limita a señalar que «[...] el Supremo Tribunal de Justicia se compondrá del número de magistrados propietarios o supernumerarios que determine el Consejo del Poder Judicial [...]», de manera que no queda establecido si todos los magistrados o solo algunos forman el pleno. La duda se despeja con la lectura del artículo 16 de la Ley

mo Tribunal de Justicia garantizar la observancia de la Constitución, es conveniente reiterar que los mecanismos de control constitucional contemplados en la fracción 15 del artículo 88 de la Constitución para el Estado de Guanajuato, son las controversias legales y las acciones de inconstitucionalidad.

Los dos procesos constitucionales anunciados constituyen mecanismos de control objetivo de una naturaleza abstracta, ya que los entes legitimados para promoverlos son, básicamente, órganos del Estado de Guanajuato⁸. En las controversias tiene el carácter de parte actora el poder o municipio que promueva la controversia, esto es, los municipios, el Poder Ejecutivo o el Legislativo; y como demandado, el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que es objeto de la controversia (CPEG, artículo 88, fracción 15). Por su parte, en las acciones de inconstitucionalidad, se admite como promovente solo a la tercera parte de los integrantes del Congreso del Estado, cabe señalar que en este proceso no existe una parte demandada.

Ahora bien, antes de reflexionar sobre el futuro constitucional en Guanajuato, resulta por demás importante determinar si los mecanismos de control constitucional antes señalados se encuentra consolidados.

Desde su incorporación en el texto constitucional y a la fecha, en Guanajuato no se ha interpuesto ante el pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado ninguna acción de inconstitucionalidad. Por lo que respecta a las controversias legales, es de precisar que únicamente se han interpuesto cinco (PJEG, f. 02601119), esto en un lapso de dieciocho años. Es evidente que los justiciables en el Estado de Guanajuato han hecho poco uso de dichos medios desde su formal incorporación en la Constitución estatal. Lo anterior, en palabras de Arenas Bátiz (2008), se debe a que existe una cultura jurídica marcada por la percepción de que no tiene ninguna utilidad práctica interponer un mecanismo de control constitucional local, dado que las sentencias que dicte el Poder Judicial local en esta materia, por regla general, se pueden impugnar ante el Poder Judicial federal, de manera que, para muchos, hacer uso de la jurisdicción estatal en este tema solo representa «una instancia más» que provoca un retraso en la decisión final (p. 39).

Orgánica del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. Esa norma determina que el pleno se compondrá de los magistrados propietarios que integren el Supremo Tribunal de Justicia, también es importante señalar que los magistrados supernumerarios formarán parte del pleno solo cuando sustituyan a los magistrados propietarios.

⁸ La Ley Reglamentaria de la Fracción 15 del Artículo 88 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato clarifica aún más la legitimación.

Esta idea de que la justicia constitucional estatal no tiene utilidad práctica deriva principalmente de que, en el derecho mexicano, el control de la constitucionalidad general y el control de la constitucionalidad local, así como la jurisdicción que en estas materias corresponden a los poderes judiciales federal y locales, indebidamente se sobreponen o traslapan, sin que entre ellos exista una clara y adecuada frontera, menos aún reglas que los distingan y articulen entre sí, como correspondería en una república federal (Arenas Bátiz, 2008, p. 40). De aquí la relevancia de implementar, como lo apunta Camacho Quiroz (2008), un sistema integral de medios de control constitucional local, que permita a cada estado contar con tribunales dotados de potestades constitucionales, que se erijan en órganos terminales en materia de interpretación y control de las decisiones fundamentales y las prescripciones jurídicas plasmadas en sus respectivas constituciones (p. 123), pues cada vez resulta más amplio el alcance que en materia legislativa se tiene en el ámbito federal, reduciendo con ello el estatal.

Si bien el artículo 124 constitucional establece que las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación se entienden reservadas a los estados, en la práctica esto se ha interpretado *a contrario sensu*, pues tan solo en el sexenio pasado hubo once reformas estructurales que se materializan con la promulgación de diversas leyes generales, a ello se le suma la expedición de otro instrumento jurídico de carácter general como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales, que vino a remplazar los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas recién reformados, con motivo de la implementación del sistema penal acusatorio.

Ante dicha intromisión, los estados con mayor razón deben rescatar su desatendido constitucionalismo local, para fortalecer así el ejercicio de su soberanía, garantizar su supremacía y el orden constitucional. Para Guanajuato esto es posible, primero, mediante la consolidación de los medios que ya tiene previstos a través de la cultura jurídica, es decir, incentivar el uso de dichos medios de defensa constitucional local y, segundo, mediante la incorporación de otros mecanismos de control que permitan tutelar lo dispuesto en las normas fundamentales estatales.

VI. El futuro constitucional de Guanajuato

Como ya ha sido declarado en los discursos políticos «Guanajuato ha sido una entidad respetuosa del régimen constitucional asumiendo con responsabilidad la división de poderes y promoviendo el ejercicio y el respeto de las garantías individuales como algo necesario para reafir-

mar los valores que hoy sustentan nuestro orden jurídico y social» (Comunicación..., 2017). Sin embargo, ante las actuales condiciones que se viven en el país, y ante una solicitud de declaración de desaparición de poderes para el Estado de Guanajuato, presentada por senadores del partido Movimiento Regeneración Nacional, con fecha del 24 de septiembre de 2019, resulta imperante que el Estado de Guanajuato cuente con los mecanismos de defensa de naturaleza procesal suficientes para que la Constitución local sea una verdadera norma fundamental de garantía exigible (Astudillo Reyes, 2006, p. 55).

La Constitución Política para el Estado de Guanajuato, promulgada el 3 de septiembre de 1917, ha tenido 112 reformas, dos de ellas integrales, una prevista en el decreto número 147 —aprobado por el quincuagésimo segundo Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, que modificó de manera substancial el texto de 1917—, y las reformas a la Constitución Política para el Estado de Guanajuato sucesivamente, hasta llegar a la reforma del 2001 en materia de mecanismos de defensa constitucional.

Una vez reiterado que la Constitución Política para el Estado de Guanajuato ya contempla dos mecanismos de defensa constitucional, los pasos a seguir ante la latente crisis populista —y a manera de fortalecer el régimen interno al que se refiere el artículo 41 de la Constitución federal⁹, así como para lograr la eficacia de la Constitución política estatal (Camacho Quiroz, 2008, pp. 123-124)— son: la introducción de figuras como «el juicio de protección de derechos fundamentales, las acciones por omisión legislativa y cuestiones de inconstitucionalidad»; así como la introducción de una institución autónoma del Supremo Tribunal de Justicia del Estado, dotada de competencia para su conocimiento, como un Tribunal Constitucional.

1. Juicios de protección de derechos fundamentales (amparo local)

Este mecanismo tiene como finalidad proteger derechos fundamentales establecidos en la Constitución local, así como en aquellos tratados internacionales que formen parte del bloque de derecho nacional, en materia de derechos humanos. Algunos estados que lo tutelan son Querétaro, Veracruz, Nayarit y Tlaxcala. Su regulación no es homogénea y varía de entidad federativa a entidad federativa. No obstante, coinciden

⁹ El citado artículo 41 señala: «El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de estos, y por los de los estados y la Ciudad de México, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución».

en que este mecanismo podrá promoverse por quien o quienes reciban un agravio personal y directo, derivado de un acto u omisión de la autoridad, que sea violatorio de los derechos fundamentales reconocidos en la respectiva constitución local.

Acerca de este mecanismo, es de destacar que el juicio de protección de derechos fundamentales, o juicio de protección constitucional (CPELST, artículo 81, fracción 1) previsto en la Constitución tlaxcalteca, ha sabido trascender la fórmula Otero y posee ya efectos generales que lo colocan, a decir de García Domínguez (2006), como un genuino instrumento de justicia constitucional (p. 879). Ante tales antecedentes de éxito en otras entidades, su incorporación en el texto constitucional del Estado de Guanajuato resultaría un avance más en materia de derechos humanos al existir un medio de defensa a nivel local que garantice su exigibilidad (Abramovich y Curtis, 2002, p. 19); por otro lado, su incorporación tendría la ventaja de evitar llegar al amparo federal y quedaría, este último, como un mecanismo de protección constitucional de excepción y no de excelencia.

2. Acciones por omisión legislativa

Báez Silva (2006) afirma que las acciones por omisión legislativa son aquellas que promueven ciertos órganos del Estado o determinado número de ciudadanos —según lo dispuesto por la constitución estatal que regula la figura— cuando el legislador, obligado por una norma de índole constitucional, omite legislar sobre una norma de la misma naturaleza pero de eficacia limitada (p. 39). Esto representa una innovación de las entidades federativas que la contemplan respecto a la Federación, al tratarse de un medio de control que no existe expresamente en la Constitución federal, pero que por interpretación se ha pretendido su procedencia mediante controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y amparos (García Huitrón, 2019, p. 111). El Estado de Guanajuato estaría nuevamente a la vanguardia ante la Federación al seguir la línea de las entidades federativas que ya han incorporado dicho mecanismo en sus constituciones locales.

3. Cuestiones de inconstitucionalidad

La figura de la cuestión de inconstitucionalidad se refiere a la petición o pretensión judicial que realiza un juzgador o tribunal local a un órgano judicial superior —el órgano de control de constitucionalidad— cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de la normatividad que debe o quiere aplicar en un proceso del que esté conociendo, con el fin de

que resuelva este último sobre el sentido en que dicha normatividad debe ser aplicada. Esto significa que dicho órgano constitucional, al momento de admitir la cuestión de inconstitucionalidad, se desvincula de la controversia concreta en la cual ha surgido y, si pronuncia una sentencia estimatoria, sus efectos son generales o *erga omnes*, lo que implica la invalidez de las normas respectivas, según Vado Grajales (2011, p. 424).

Si bien en la Constitución Política para el Estado de Guanajuato ya se aprecia una particularidad similar de control concentrado —en tanto el monopolio del rechazo de la ley inconstitucional es una facultad otorgada al pleno del Supremo Tribunal de Justicia— que impide que la totalidad de los jueces ejerzan de manera unitaria un control de la ley, resulta necesaria la creación de un auténtico órgano de control constitucional que pueda dirimir cuestiones de inconstitucionalidad propiamente planteadas, como lo pudiera ser un «Tribunal Constitucional».

4. Tribunal Constitucional

En apartados anteriores, se esbozó la ambigüedad que existe respecto a la integración del pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, por lo que resultaría conveniente la creación de un «Tribunal Constitucional», definido e integrado a nivel constitucional no solo para efecto de limitar ambigüedades actuales, sino para impedir que su actuación se vea limitada. Al crearse este órgano de control dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial local, —como actualmente está constituido en nuestro estado¹⁰—, o bien al erigirse en una Sala Constitucional como la que contempla el Estado de Veracruz, este se ve imposibilitado para resolver controversias suscitadas entre dos poderes de una misma entidad, en los casos en que el Poder Judicial sea una de las partes, cosa que no sucede si este órgano de control es autónomo.

Con el fin de garantizar una efectiva justicia constitucional local, así como la independencia judicial en el ejercicio de la función propia, se propone para el Estado de Guanajuato la creación de un «Tribunal Constitucional», dotado de plena autonomía e independencia frente a los poderes existentes.

¹⁰ El pleno del Supremo Tribunal de Justicia es quien tiene la facultad de conformidad con la fracción xv del artículo 88 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato.

VII. Conclusiones

Son evidentes los avances que ha tenido la justicia constitucional local en el transcurso de la última década, pues las entidades federativas han logrado encontrar esquemas que permiten la armonización de los diversos mecanismos de justicia constitucional que existen en los distintos órdenes de gobierno. Sin embargo, el Estado de Guanajuato se ha quedado atrás, pues desde la reforma constitucional de 2001 en materia de mecanismos de protección constitucional, no se han tenido avances; incluso el uso de los medios de protección constitucional actualmente previstos ha sido poco, por no decir que casi nulo.

Ante los augurios de un régimen populista, resulta necesario que el Estado de Guanajuato continúe avanzando en la materia, ya que los gobiernos fortalecidos no sienten la necesidad de aplicar políticas populistas e incluso son capaces de corregirlas antes de que provoquen daños a largo plazo (Bazdresch y Levy, 1992, p. 292). Por ello el Estado de Guanajuato no debe esperar de brazos cruzados a que cambien nuevamente las circunstancias del entorno político en el país, ni resignarse a dejar las regulaciones tal como están, hasta en tanto no surja una auténtica crisis populista que así lo amerite. Como un primer paso, el Estado de Guanajuato debe insistir en la consolidación de los mecanismos de protección constitucional local que en este momento regula, ello se lograría cambiando la cultura jurídica que actualmente percibe a los mecanismos de protección constitucional local como una instancia más, cuyo fin único es el retraso de una decisión final, pero para ello se quiere que a la par se dé un segundo paso. Este es impulsar la creación de un «Tribunal Constitucional» y la regulación de los otros mecanismos de justicia constitucional citados en el apartado anterior. El cambio de la cultura jurídica y las reformas deben ir de la mano. Crear un «Tribunal Constitucional» autónomo y apostar por la introducción de los instrumentos de justicia constitucional que le hacen falta, consecuentemente, conlleva mayor autonomía y soberanía para el estado, pues en palabras de Hans Kelsen (2001): «mientras más se democratizan, más fortalecido debe ser el control» (p. 99).

VIII. Fuentes

1. Bibliografía

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

- ARENAS BATIZ, C. (2008). La codificación de la justicia constitucional estatal. En Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (ed.). *La justicia constitucional en las entidades federativas. Memorias de la cuarta mesa redonda* (pp. 37-52). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- ASTUDILLO REYES, C. (2006). La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas. *Boletín mexicano de derecho comparado*, (115). Recuperado el 2 de octubre de 2019, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3867/4847>
- BÁEZ SILVA, C. (2006). Una definición del concepto inconstitucionalidad por omisión. En González, M. y Ferrer, E. (eds.). *La justicia constitucional en las entidades federativas* (pp. 381-439). México: Porrúa.
- BAZDRESCH, C. y LEVY, S. (1992). El populismo y la política económica de México 1970-1982. En Dornbush, R. y Edwards, S. (comps.) *Macroeconomía del populismo en América Latina* (pp. 255-296). México: FCE.
- CAMACHO QUIROZ, C. (2008). La justicia constitucional local. En Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (ed.). *La justicia constitucional en las entidades federativas. Memorias de la cuarta mesa redonda* (pp. 121-129). México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- CASARÍN LEÓN, M. (2011). El juicio de protección de derechos humanos en la Constitución Política del Estado de Veracruz. En Ferrer Mac-Gregor, E. y González Oropeza, M. (coords.). *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia* (pp. 133-159). México: UNAM-III.
- Comunicación Social de Gobierno. (9 de octubre de 2017) Memoria, historia, identidad y pertenencia, muestra la exposición «Constitución Política de Guanajuato 1917. Soberanía y Legalidad». *Noticias. Gobierno del Estado de Guanajuato*. Recuperado de <https://noticias.guanajuato.gob.mx/2017/10/memoria-historia-identidad-pertenencia-muestra-la-exposicion-constitucion-politica-guanajuato-1917-soberania-legalidad/>
- GARCÍA DOMÍNGUEZ, H. (2006). La protección integral de la Constitución del Estado de Tlaxcala. En Ferrer Mac-Gregor, E. y González Oropeza, M. (coords.). *La justicia constitucional en las entidades federativas*. México: Porrúa.
- GARCÍA HUITRÓN, N. (2019). El cumplimiento de las sentencias derivadas de las acciones contra la omisión legislativa previstas en la Constitución para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. En Olguín, A. y Rendón, T. (coords.). *Derecho constitucional local*. México: Ediciones La Biblioteca.

- KELSEN, H. (2016). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). México: UNAM-III. Recuperado el 5 de octubre de 2019, de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/31/tc.pdf>
- SCHMITT, C. (1992). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- VADO GRAJALES, L. (2011). Omisión legislativa y cuestión de constitucionalidad en el ámbito local. En Cienfuegos, D. y González, M. (coords.). *Estudios de derecho constitucional local* (pp. 415-434). México: Poder Judicial del Estado de Coahuila, Congreso del Estado de Coahuila.

2. Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.
- Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza. (1918). México.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas. (1921). México.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit. (1918). México.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave. (1917). México.
- Constitución Política para el Estado de Guanajuato. (1917). México.
- Constitución Política para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala. (1918). México.
- Ley Reglamentaria de la Fracción 15 del Artículo 88 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato. (2001). México.

| **Varios**

La ética: Su impacto y estratégico fortalecimiento en el sistema de responsabilidades administrativas en México

José Jafet Noriega Zamudio*
Gerardo Gabriel Martínez Fernández**
Jorge Alberto Ríos Rangel***

SUMARIO: I. Introducción. II. Ética e integridad: aproximación conceptual. III. Algunos rasgos del Sistema Nacional Anticorrupción. IV. El rol de la ética en el sistema de responsabilidades administrativas. V. El necesario fortalecimiento de la ética y de las políticas de integridad en las instituciones públicas. VI. La función preventiva de los Órganos Internos de Control: una política pública de trascendente impacto. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes.

I. Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como instrumento de mayor jerarquía normativa, con trascendencia en absolutamente todos los aspectos de la vida de los mexicanos, fue modificada para configurar las bases de lo que se anunció en la edición

* Profesor del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato. Es Maestro en Justicia Constitucional y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Cuenta con estudios de especialidad en Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación por el Instituto de la Judicatura Federal. Actualmente es alumno del Doctorado en Derecho Penal en el Centro de Estudios de Posgrado.

** Doctor en Derecho Penal por el Centro de Estudios de Posgrado; Maestro en Justicia constitucional y Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato.

*** Licenciado en Derecho por la Universidad de León. Actualmente cursa la Maestría en Derecho Procesal Penal en el Centro de Estudios de Posgrado.

vespertina del *Diario Oficial de la Federación*, el pasado 27 de mayo de 2015, como: «La reforma en materia del combate a la corrupción».

En este sentido, se generó la expectativa de que se diseñarían mecanismos eficaces para combatir la corrupción, a partir de la aproximación conceptual que la asume como una patología social que se ha hecho presente en todos los países del mundo; sin embargo, pese a encontrarnos a algunos años de distancia del inicio de la vigencia de la estrategia constitucional de su combate, aún no se puede dar cuenta de que se hayan logrado resultados satisfactorios.

Al respecto, sugerimos tomar como punto de partida que el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) revistió, desde su origen constitucional, una reingeniería, por lo que hace a la prevención de conductas que generan corrupción y a la fiscalización de recursos públicos, específicamente. Ahora bien, más allá de los mecanismos jurídicos que se han diseñado o reformado, es menester asumir como premisa fundamental que, desde nuestro punto de vista, es apremiante fortalecer aspectos éticos, pues esto podría lograr que se direccionen conductas hacia el bienestar público nacional por convicción y no solo por deber.

Ahora bien, como expondremos en este trabajo, es importante incentivar un eficiente servicio público por medio de la correcta actuación de los servidores públicos, a través de un enfoque preventivo, fundamentado en la ética, como parte de las políticas de integridad que deben construirse.

Por lo anterior, es preciso cuestionarnos ¿qué es lo que debemos realizar para obtener mejores resultados?, ¿combatir la corrupción? o ¿fortalecer la ética? En líneas posteriores, abordaremos de manera breve algunas reflexiones respecto a estas inquietudes formuladas, pues lo realmente cierto es que debemos trazar una ruta estratégica colectiva para acompañar al sistema constitucional creado, dado que las normas no son la panacea contra las complejidades que se suscitan a cada instante en nuestro contexto global.

II. Ética e integridad: aproximación conceptual

Todo servidor público está obligado a ser ético, de ahí que sea conveniente conocer cuál es el concepto de dicho adjetivo. Proviene del griego *Ethos*, que significa manera de hacer o adquirir las cosas, costumbre, hábito; y se complementa con el sufijo *Ico*, que quiere decir igual a, relativo. Al respecto, Góngora (2010) señala que la palabra ética hace referencia a dos aspectos, el primero de ellos el de una «teoría de la moral», y el segundo el de una «orientación práctica de los sujetos

a partir de la interiorización reflexiva del orden moral» (p. 25). En otra acepción, encontramos que la palabra proviene de *ethos*, que significa costumbre, hábito o carácter. En consecuencia, es la ciencia que tiene por objeto el estudio de los juicios de valor, aplicables al bien o al mal (Sanromán *et al.*, 2015).

La ética estudia las acciones humanas, específicamente aquellas que se relacionan con los fines que determinan su rectitud, y pretende fijar una conducta ideal (lo bueno) del humano, sin que sea importante si dicha ética se orienta bajo una concepción filosófica o religiosa determinada. Así pues, en términos muy generales, sin poder definir universalmente lo que es “bueno”, hay consenso en que este implica el respeto a la dignidad humana en cualquiera de sus expresiones. En México, este bien jurídico constituye el núcleo duro de los derechos humanos, pues no es solo una mera categoría axiológica aislada, como se advierte de la tesis jurisprudencial número 1a./J. 37/2016 (10a.), emitida en agosto de 2016 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En ella, el rubro dice: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

Por otro lado, el comportamiento ético ocasiona grandes expectativas cuando se practica o no, específicamente por aquellos que ostentan algún empleo, cargo o comisión públicos. Esto se debe, en gran parte, a que los ciudadanos esperan que las autoridades sean congruentes tanto en el cumplimiento de sus atribuciones, como en su conducta personal. Todo ello en aras de propiciar la confianza como parte del vínculo que une a los usuarios, precisamente con quienes prestan servicios públicos.

Lo anterior podríamos definirlo como integridad. Este concepto proviene del latín *integritas*, que significa totalidad, entereza o unidad intacta. Asimismo, es sinónimo de totalidad, robustez, salud y buen estado físico, también de honestidad y rectitud.

Luego, para que el servidor público sea ético, se espera como presupuesto necesario que sea íntegro, dado que es un atributo que requiere que las personas no solo cumplan con sus atribuciones encomendadas con apego a la normatividad aplicable, sino que también observen una conducta óptima. En otras palabras, no deben involucrarse en actos de corrupción y enriquecimiento ilícito, fundamentalmente para que no se vea demeritado su prestigio social, inclusive después de que culmine su rol público, y, sobre todo, para que sea digno depositario de la confianza ciudadana (Gómez, 2014).

Por otro lado, encontramos que desde hace algunos años, inclusive antes de la difusión oficial de la reforma constitucional señalada, algu-

nas instituciones ya habían realizado esfuerzos para normar la conducta de algunos servidores públicos. Por ejemplo, desde agosto de 2004 el Poder Judicial de la Federación aprobó, conjuntamente por los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Consejo de la Judicatura Federal y de la Sala Superior de su Tribunal Electoral, su Código de Ética. En él se destacó, en su parte considerativa, que:

Si bien la ética se traduce en un comportamiento humano que se caracteriza en ser unilateral, inherente a la conciencia del sujeto y solo imperativo para él, resulta vital para la sana convivencia dentro de una colectividad, y particularmente importante en la función judicial por la trascendencia social que adquiere, pues en este quehacer debe imperar en el juzgador un sentido ético que equilibre el poder que el Estado deposita en su persona, para que al conocer de los procedimientos emita sus resoluciones conforme a la técnica jurídica y los principios éticos, procurando ser justo desde el Derecho. (SCJN, 2004)

También encontramos esfuerzos similares en las Instituciones de Educación Superior (IES), verbigracia, en la Universidad de Guanajuato, donde se cuenta con el Código de Ética que fue aprobado por el Honorable Consejo General Universitario el 19 de noviembre de 2010. En él se reconocen los principios de verdad, libertad, respeto, responsabilidad y justicia.

Así, puede verse que desde hace tiempo las organizaciones han estado preocupadas por establecer el andamiaje necesario para fomentar la filosofía interna de cada uno de sus empleados, con la intención de fomentar valores que son inherentes al correcto desempeño de la función pública en cada dependencia o área del gobierno, en sentido amplio.

Por otra parte, hay entidades públicas que han desarrollado no solo su Código de Ética sino también una política de integridad, en donde se incluye aquel, con la finalidad de asegurar un control interno preventivo de cualquier irregularidad, basado en el diagnóstico de riesgos. Le han apostado a la transparencia y a la rendición de cuentas, así como a la capacitación y profesionalización del capital humano. De todo esto, encontramos como ejemplo la Política Institucional de Integridad de la Auditoría Superior de la Federación.

Otro referente de similar política de integridad, lo encontramos en la Auditoría Superior del Estado de Jalisco (ASEJ), la que es vinculante para toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la propia entidad fiscalizadora, sin excepción de nivel jerárquico.

Dicha política indica, a grandes rasgos, que:

El personal de la institución debe actuar con responsabilidad, consistencia, buena fe y de acuerdo con los principios y valores éticos de la ASEJ; debe conducirse de manera intachable, ajeno a toda sospecha y buscando el bien común; asimismo, es obligación llevar a cabo una correcta, eficiente y eficaz gestión pública. (ASEJ)

De lo apuntado, podemos constatar que, de manera inmediata, y a consecuencia natural de la amplia diversidad de maneras de pensar y de educarnos, es menester homologar criterios de conducta, a fin de que se identifique, de manera colectiva con rasgos de pertenencia, a una institución determinada y a quienes forman parte de ella, extendiendo en muchos casos la formación hacia el aspecto interno o núcleo familiar de los trabajadores, cuando estos se convencen de las ventajas e impacto de su conducta en el ecosistema¹ general.

Ahora, independientemente de lo anterior, podemos advertir la necesidad de producir instrumentos que sean útiles y, además, apegados a las directrices del SNA, dado que a la fecha se cuenta con el Acuerdo por el que se dieron a conocer los Lineamientos para la emisión del Código de Ética al que se refiere el Artículo 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), expedido por parte del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.

En tal virtud, el marco jurídico secundario, derivado de las enmiendas constitucionales a que nos hemos referido, específicamente a la LGRA, prescribe la obligación de que los entes públicos deben crear y mantener condiciones que permitan la actuación ética y responsable de cada persona servidora pública, en el entendido de que se encuentra sujeta a un régimen de responsabilidades que, según la doctrina, pueden ser de cinco tipos: política, penal, civil, laboral y administrativa (Arroyo, 1998). Por esta razón, el Estado —en abstracto— se encuentra emplazado a promover acciones positivas para fortalecer la transparencia, la rendición de cuentas, la legalidad y el combate a la corrupción —como se ha dado muestra en Guanajuato—; sin embargo, los verdaderos cambios habrán de notarse a partir de la observancia de las políticas de integridad o, cuando menos, de los Códigos de Ética que se emitan, sin soslayar los casos de corrupción que se han acentuado en el contexto vigente, sobre todo en el ámbito federal.

¹ Se utiliza esta expresión, en virtud de que, además del aspecto sociológico, al derecho le interesa también el cuidado y protección del medio ambiente, por lo que nos parece un término amplio pero oportuno por sus mismos alcances.

Regresando a la parte toral de este apartado, es conveniente destacar que la ética en el servicio público regula la conducta de todo servidor, con el objetivo de que actúe conforme a un patrón y no pierda de vista la orientación de la actividad gubernamental, la cual no puede ser otra que no sea la de sumar al fortalecimiento de las instituciones y a la mejora de los servicios públicos, en aras de generar una mejor calidad de vida de los administrados.

Respecto a lo comentado, coincidimos en que la ética pública es en sí misma una ciencia práctica; referida como ciencia debido a que el estudio de la ética, en el caso de la Administración Pública, incluye principios generales y universales, enfocados en la moralidad de los actos realizados por el funcionario público o del gestor público. Asimismo, se define como práctica en tanto se ocupa, fundamentalmente, de la conducta libre del hombre que desempeña una función pública, proporcionándole las normas y criterios necesarios para actuar bien (Campos, 2017).

Así pues, la ética pública se entiende, por su objeto de estudio, como la disciplina científica que trata de la moralidad de los actos humanos, en tanto son realizados por funcionarios públicos, *lato sensu*². Por tanto, la moralidad de la actuación del funcionario, la bondad o maldad de su conducta. Estos deben juzgarse en relación con la finalidad del servicio público que justifica la propia existencia de la administración y, en caso de irregularidad o deficiencia, representa materia para iniciar el procedimiento administrativo-sancionador.

En suma, invertir en el diseño, difusión y capacitación de directrices éticas, generará resultados positivos en beneficio de la integridad del servicio público, pero ¿a quién le corresponde generar estas políticas públicas?

² Es importante señalar que, ante la implementación del SNA, hay aún inquietudes acerca de conocer a qué personas o instituciones le son aplicables sus normas. Ante ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que dicho Sistema es vigente para todos los servidores públicos, con independencia de su nombramiento formal, así como para todas las instituciones, incluidas las de educación superior, al no vulnerarse su autonomía. Lo anterior, respectivamente, se encuentra resuelto en la tesis 2a. LXXXIX/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, libro 58, septiembre de 2018, p. 1213, de rubro DECLARACIONES DE SITUACIÓN PATRIMONIAL Y DE INTERESES. TODOS LOS SERVIDORES PÚBLICOS, POR MANDATO CONSTITUCIONAL, ESTÁN OBLIGADOS A PRESENTARLAS (CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 32 Y 46 DE LA LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS) y en la ejecutoria del amparo en revisión 311/2018, del índice de la Segunda Sala del alto Tribunal, que refiere: «la autonomía universitaria y la implementación de un Sistema Nacional Anticorrupción deben convivir armónicamente en el mismo espacio de atribuciones y facultades que a cada órgano correspondan, a fin de cumplir puntualmente con los mandatos constitucionales».

Nos parece que hay varios actores que tienen un papel importantísimo. Por una parte encontramos a las IES, con especial énfasis en las facultades, escuelas, departamentos e institutos de derecho, pues, al menos en el contexto que hemos delimitado nuestro trabajo, hay sesgos normativos que ahora manifiestan el vínculo entre infringir normas, inclusive las de gran contenido ético, y su sanción jurídica de reproche. Por ello, podríamos pensar en la «ética-reactiva», al menos en el terreno del derecho administrativo-sancionador, lo que trae consigo un área de oportunidad para la formación de los nuevos profesionales del derecho, ya que el operador de la norma no solo debe apegarse a las reglas de la metodología, sino también a las de la moral (Luna, 2004). Por otra parte, los Órganos Internos de Control, anteriormente conocidos como Contralorías Internas, tienen un papel fundamental para emitir, difundir, revisar y fiscalizar el cumplimiento de normas éticas, lo que se traduce en priorizar el enfoque preventivo sobre el correctivo, para aquellos casos en que, pese a darse a conocer las normas de comportamiento mínimas, los servidores públicos las infrinjan.

III. Algunos rasgos del Sistema Nacional Anticorrupción

Con el propósito de hilvanar las ideas que hemos compartido, es menester que ofrezcamos un contexto muy general del SNA. Este se define como un esfuerzo de coordinación entre distintos niveles de autoridades, y fue diseñado para promover la rendición de cuentas, así como generar y fortalecer mecanismos que favorezcan el combate efectivo y eficaz contra la corrupción.

Conviene destacar que la adecuación constitucional del 27 de mayo de 2015 encuentra apoyo en varios esfuerzos interinstitucionales. Asimismo, que se creó con el fin de cumplir con los compromisos internacionales que asumió México al signar:

1. La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD, por sus siglas en inglés);
2. la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y
3. la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Así pues, habrá que tener en cuenta estos antecedentes para evitar una visión sesgada del origen convencional del SNA, así como los planes y programas de gobierno que le precedieron, junto con diversas iniciativas que fueron impulsadas por las distintas fuerzas partidistas en el Congreso de la Unión.

De tal modo que, después de la aprobación por la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto de reforma constitucional en la materia, delimitando como objetivo primigenio la prevención, investigación y sanción de las faltas administrativas y hechos de corrupción, al igual que el fortalecimiento institucional de las instancias que lo componen.

Destaca entre su concepción funcional, el trabajo armónico entre diversos órganos colegiados, como el Comité Coordinador³, que es el encargado de establecer las bases para el efectivo engranaje de las acciones realizadas por las diversas instancias que, tanto en el ámbito federal como en el local, deben participar para atenuar o erradicar, en el mejor de los casos, a la corrupción que tanto afecta al régimen democrático y a la economía como bastión del progreso del Estado mexicano.

Asimismo, dicho Sistema ocasiona efectos reflejos en los estados y municipios, de acuerdo con la generación y diseño necesario de los Sistemas Estatales Anticorrupción —no municipales⁴—, lo que aglutinará los esfuerzos de todos los estados de la República, al menos en términos legales (Noriega, 2019). Sin embargo, subsiste la preocupación que, a manera de pregunta, formulamos en la parte introductoria de este trabajo, acerca de combatir la corrupción o fortalecer la ética, dado que, hasta lo ahora reseñado, no hay duda de que actualmente hay bastantes normas jurídicas, inclusive penales⁵ —con controvertidos matices⁶—, que sirven como instrumento para combatir la corrupción.

³ De acuerdo con el artículo 10 de la Ley General del SNA, se integrará por: I. Un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo presidirá; II. el titular de la Auditoría Superior de la Federación; III. el titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción; IV. el titular de la Secretaría de la Función Pública; V. un representante del Consejo de la Judicatura Federal; VI. el Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y VII. el Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

⁴ A nuestro criterio, la vaguedad legislativa de la implementación y consolidación de los sistemas municipales anticorrupción representa un vacío relevante en la integración cabal del Sistema Nacional, tomando en cuenta la envergadura del municipio, en términos de lo previsto en el artículo 115 constitucional.

⁵ Solo por citar un ejemplo, basta revisar los «delitos por hechos de corrupción», que se encuentran tipificados en el Código Penal del Estado de Guanajuato, en los artículos 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 253-a, 253-b y 253-c.

⁶ Hacemos especial referencia a la reciente ampliación de los delitos de corrupción al catálogo de los que ameritan prisión preventiva oficiosa, de acuerdo con lo dispuesto

En esa sintonía, nos decantamos por pensar que la apuesta debe consistir, con mucho énfasis, en impulsar y consolidar prácticas éticas y de integridad, no solo a través de textos normativos, sino también de incentivos, talleres, conferencias, cursos y, en general, de un modelo cultural intensivo que concientice de manera efectiva. Esto podría realizarse a través de la implementación de proyectos desde el ámbito universitario formativo o, incluso, en cooperación y coordinación con las dependencias y entidades gubernamentales, como actividades de extensión del quehacer de las instituciones educativas, así como a través de los Órganos Internos de Control, como entes cercanos a quienes colaboran en las instituciones gubernamentales.

IV. El rol de la ética en el sistema de responsabilidades administrativas

Entre otras, la LGRA, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2016, es un instrumento normativo que se emitió dentro de la miscelánea jurídica secundaria que era necesaria para la operación del Sistema Nacional que nos ocupa en este sucinto trabajo.

Debe tenerse en cuenta que esta ley es de orden público y de observancia general en toda la República, y que persigue por objeto la distribución de competencias entre los órdenes de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran, y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación. Asimismo, contempla el catálogo de conductas que clasifica en faltas graves y no graves.

Adicionalmente, en esta norma se detona la obligación, para los servidores públicos, de observar el Código de Ética que expidan las secretarías encargadas del control interno o los Órganos Internos de Control, conforme a los lineamientos que mencionamos en páginas previas, razón por la cual, aunado a que en la misma Ley General se pugna por el aseguramiento de una cultura ética organizacional que responda a las necesidades sociales y direcciona el desempeño de cada funcionario público (LGRA, artículos 21 y 22), es necesario reconocer e impulsar herramientas que apunten en esa dirección.

en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 2019.

En ese sentido, a la LGRA le atribuimos un doble propósito, por una parte, privilegiar la prevención a través de la creación de ordenamientos secundarios, como el Código de Ética y la conformación de los Comités de Ética que buscan prevenir la consumación de conductas reprochables que puedan ser susceptibles de responsabilidades administrativas, y, por otro lado, la función correctiva a través de la tipificación y sanción de aquellas conductas realizadas por servidores públicos, ex servidores públicos e inclusive por particulares que contravengan los principios legales y valores institucionales que rigen al servicio público.

Bajo esta óptica, hoy en día la ética adquiere mayúscula relevancia para normar el comportamiento de las personas que desempeñan algún cargo público, con independencia de su temporalidad, nombramiento, adscripción o cualquier otro factor, pues la sociedad reclama una administración que sea transparente y que rinda cuentas. No obstante, no debe soslayarse que quienes ostentan las atribuciones son personas y, por ello, más que invertir en socavar un fenómeno que difícilmente podrá extinguirse, como lo es la corrupción, debe razonarse la pertinencia e idoneidad de generar políticas públicas con cargadas dosis de lo que «es correcto», para hacer efectiva la gobernanza y la administración de recursos, bajo otras directrices más justas.

En consecuencia, la ética se vincula a la responsabilidad administrativa, particularmente en lo contemplado por el artículo 49, fracción I, de la LGRA, en donde se hace referencia expresa, sin demérito de que su contenido permee respecto del resto de conductas que son consideradas en esa legislación como faltas administrativas. Al respecto, nos permitimos transcribir el dispositivo en comentario:

Artículo 49. Incurrirá en Falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes:

- I. Cumplir con las funciones, atribuciones y comisiones encomendadas, observando en su desempeño disciplina y respeto, tanto a los demás Servidores Públicos como a los particulares con los que llegare a tratar, en los términos que se establezcan en el código de ética a que se refiere el artículo 16 de esta Ley.

Así, es factible que por la inobservancia de los Códigos de Ética se actualice alguna falta administrativa no grave, al ser un complemento normativo conectado por su teleología, con las citadas codificaciones. Lo que es contrario, desde nuestro punto de vista, a lo que diverso Tribunal Colegiado de Circuito resolvió (sin que pase inadvertido que se sentenció un asunto en relación con un funcionario judicial, puesto que

esta Ley General creó las bases para que todo ente público establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público [LGRA, artículo 2o., fracción VIII]):

Los códigos de ética judicial son cuerpos deónticos que buscan maximizar el servicio de la función jurisdiccional, es decir, aspiran a lograr el mejor desempeño posible de los distintos servidores públicos que integran la carrera judicial, a diferencia de las disposiciones legales en materia de responsabilidad administrativa, que prevén los aspectos mínimos que deben respetar todos los funcionarios para no incurrir en responsabilidad y evitar ser sancionados. (Tesis [I Región] 8o.44 A [10a.])⁷

Por lo anterior, nos parece muy importante cambiar la noción de que la ética era una cuestión netamente interna, ya que, si bien es cierto que lo deseable es que se asuma un compromiso interior y autónomo que guíe u oriente el comportamiento de cada persona, como una nota de lealtad⁸ que, además, propicie la reorganización del tejido social, también es verdad que su exteriorización ayuda al respeto integral de los derechos humanos de todas las personas.

No debe olvidarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone, en el tercer párrafo del artículo 1o., las obligaciones de promover, proteger, respetar y garantizar los Derechos Humanos. Como señala Rojas Caballero (2015) «la obligación de respetar se contrae a evitar las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho de que se trate. Principalmente, la obligación de respetar, significa no violar por acción o por omisión alguno de los derechos reconocidos en las convenciones de derechos humanos» (p. 72); por su parte garantizar «implica organizar todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos» (p. 74); finalmente, promover y proteger

contemplan el deber jurídico de los estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce y ejercicio de los derechos protegidos, lo que, en principio, implica aprobar disposiciones legislativas y administrativas internas para dar efectividad a las normas constitucionales y convencionales (p. 76).

⁷ Es importante destacar que no se conoce la ejecutoria al no encontrarse publicada.

⁸ V. al respecto la tesis XI.1o.A.T. J/16 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t., III, libro 60, noviembre de 2018, p. 2012, con el rubro: LEALTAD PROCESAL. ELEMENTOS QUE LA CONFORMAN.

V. El necesario fortalecimiento de la ética y de las políticas de integridad en las instituciones públicas

En términos amplios, la misión de las instituciones gubernamentales consiste en efectuar sus atribuciones con una perspectiva ética que, además, expanda conocimiento en la búsqueda de la generación de soluciones renovadas a problemas actuales y, de pronto, a diagnosticar y prever, oportunamente, remedios para que no ocurran determinados acontecimientos futuros.

Así, en nuestros tiempos es de relevancia singular que se fortalezcan en los planes de estudios de todas las licenciaturas, y con mayor auge en la de Derecho, programas académicos de ética, deontología y, por supuesto, del SNA, pues ninguna persona está exenta de cometer alguna falta administrativa por desconocimiento de la propia norma. Sin embargo, más allá de ese aspecto formal de control social, es necesario que se transite hacia una cultura ética, de vocación de servicio, extendiendo dicho comportamiento hacia cualquier ámbito de convivencia en nuestra, cada vez más lastimada, sociedad. Lo cual, cabe señalar, actualmente es una atribución de las Auditorías Superiores u Órganos de Fiscalización Superior, Órganos Estatales de Control y Órganos Internos de Control, por mencionar solo algunas piezas clave en el combate a la corrupción, a través de su dicotomía preventiva y fiscalizadora, sin demérito de otras instituciones que suman a este importante compromiso como los Tribunales Federales y Estatales de Justicia Administrativa, las Fiscalías General y Estatales de Justicia y, por supuesto, los Poderes Judiciales.

En este sentido, es conveniente preparar a la sociedad tanto en el aspecto formativo como en el técnico, a efecto de que se garantice su proactiva participación mediante la proyección y diseño de los elementos que, desde el punto de vista normativo (LGRA, artículo 25), componen las políticas de integridad a que se encuentran conminadas, inclusive las personas morales. Estos son:

- Manuales de organización y procedimientos⁹ en los que se contemplan las funciones y responsabilidades que a cada área le corresponden.

⁹ Recomendamos por su trascendencia y vinculatoriedad en términos de lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Amparo, la tesis 2a./J. 130/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, con el rubro: CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO. CUANDO SE ENCUENTRAN PUBLICADAS EN MEDIOS DE CONSULTA ELECTRÓNICA TIENEN EL CARÁCTER DE HECHOS NOTORIOS Y NO SON OBJETO DE PRUEBA.

- Códigos de conducta, los cuales deben ser difundidos y aplicados oportunamente.
- Sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría, que sean acordes con las funciones que despliega la organización.
- Sistemas adecuados de denuncia, tanto al interior como al exterior de la organización, a fin de allegarse de noticias sobre quienes actúen de forma ilícita.
- Entrenamiento y capacitación al personal respecto de las medidas de integridad, para consolidar la filosofía institucional, con la precisión de que en caso de inobservancia o contravención se aplicarán las sanciones procedentes.
- Políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la organización, en aras de optimizar un sistema objetivo de méritos.
- Mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de los intereses.

Dados los grandes desafíos que se avizoran en el régimen sancionatorio en materia disciplinaria, no tenemos duda de que en nuestros días la ética merece y necesita fortalecerse¹⁰ desde la academia y a través de los Órganos Internos de Control, para hacer posible la gestión pública. Régimen que, dicho sea de paso, puede llegar a ser —y es, desde nuestro punto de vista— más reactivo que el propio derecho penal. De esta manera, consideramos que no hay mejor área de oportunidad que generar paulatinamente el acompañamiento social, la asesoría y capacitación para los operadores del Sistema, el cual incluye a autoridades y a particulares.

Es por ello que, como refiere Guerrero (2019),

es urgente proceder a la construcción de una dogmática que permita la comunicación entre el derecho administrativo y el penal que auxilie a los operadores jurídicos en la aplicación consistente de la Ley General de Responsabilidades Administrativas con estricto apego a los principios constitucionales (p. 132).

¹⁰ Como esfuerzos en tal directriz, podemos mencionar la emisión de las Normas sobre la prohibición para aceptar obsequios ofrecidos a servidores públicos del Banco de México, del Código de Ética y Código de Conducta del Banco de México, del Acuerdo por el que se emite el Código de Ética para los servidores públicos del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y del Acuerdo por el que se emite el Código de Ética para las personas servidores públicos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el *Diario Oficial de la Federación*, de fecha 8 de febrero de 2019.

VI. La función preventiva de los Órganos Internos de Control: una política pública de trascendente impacto

Los Órganos Internos de Control potenciaron su importancia con la reforma constitucional contra la corrupción, dado que la esencia de estos se amplió para prevenir, detectar y abatir posibles actos de corrupción. Asimismo, se conciben como promotores de la transparencia y el apego a la legalidad de los servidores públicos, mediante la realización de auditorías y revisiones a los diferentes procesos de las instituciones gubernamentales; así como la atención, investigación y substanciación de quejas, denuncias y, en su caso, la emisión de resoluciones de procedimientos administrativos de responsabilidades. En resumen, tienen funciones detectivas, preventivas y sancionatorias, lo que amplió sus atribuciones en comparación con las otrora Contralorías Internas, que básicamente desempeñaban funciones revisoras y de auditorías.

En este orden de ideas, los nombrados Órganos subyacen de lo previsto en el artículo 109, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, desde nuestra perspectiva, encuentran asidero en la clamorosa demanda social de clarificar que el destino de los recursos públicos culmine, efectivamente, en la satisfacción de las necesidades comunes de la sociedad o, en caso contrario, que se investigue, se sustancie y se sancione a quienes utilicen de manera ilícita el erario público, mediante procedimientos apegados al respeto a los derechos humanos de todas las personas, a fin de preservar el correcto y eficiente servicio público.

Derivado de lo anterior, puede decirse que los Órganos Internos de Control son, cuando menos desde nuestra experiencia, entidades formalmente administrativas, pero materialmente llegan a desplegar actos jurisdiccionales, sobre todo cuando se trata de la resolución de faltas no graves y, por ende, deben cuidar que sus procesos de trabajo se apeguen al respeto irrestricto del acceso a la justicia, conforme a los cánones constitucionales contemplados en el artículo 17, párrafo segundo, en el que se refiere que: «Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales».

Sobre esta base se debe destacar que si bien los multicitados Órganos no son tribunales, sí dirimen controversias entre la administración pública y quienes infringen con sus acciones u omisiones la adecuada gestión de los recursos de la colectividad. En tal contexto, sugerimos

que, para que se pueda verificar la función preventiva se deben dimensionar dos escenarios:

- a) La prevención general, que para nosotros implica la generación de recomendaciones, capacitación y sensibilización en temas éticos, jurídicos y de fiscalización de recursos, dirigidos a toda la comunidad.
- b) La prevención especial, la cual se ocasiona a través de cada una de las resoluciones en donde hay un reproche particular para cada infractor del marco jurídico administrativo (Roxin, 2014).

Tras esta ambivalencia de prevenciones, es conveniente que se tomen algunas providencias, en aras de una impartición de justicia adecuada, ante el trascendente impacto del ejercicio de atribuciones públicas de los Órganos.

Para ello, consideramos que es necesario extremar cuidado en lo siguiente:

a) Defensa adecuada

Para hacer efectivo el derecho a una defensa adecuada, al presunto infractor debe garantizársele la asistencia de un defensor, ya sea público o particular, para que le asesore desde la audiencia inicial del procedimiento y hasta la terminación de la causa, inclusive en la fase de impugnación y, en su caso, de ejecución de la sanción. Empero, deberá buscarse que el defensor cuente objetivamente con conocimiento sobre la materia, pues, de lo contrario, dicha defensa no sería adecuada, pudiéndole deparar perjuicios procesales al presunto infractor.

Así, desde nuestro punto de vista, al garantizar este derecho humano se abona a procurar un procedimiento apegado a las formalidades esenciales del mismo que, en términos convencionales, se traduce centralmente en hacer patentes las garantías judiciales reconocidas en el artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), dado que esta norma de derecho internacional establece un sistema de prerrogativas que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el probable responsable no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar las garantías mínimas que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho fundamental del debido proceso (Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, párr. 152)¹¹.

¹¹ En el mismo sentido: *Cfr.* Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). OC-11/90

b) Independencia de las autoridades

Otro aspecto relevante y que, sin duda, ha requerido de grandes esfuerzos, inclusive de capacitación, financieros, materiales y, desde luego, humanos, ha sido garantizar la independencia (LGRA, artículo 115) e imparcialidad entre la autoridad investigadora y la sustanciadora y resolutora, lo cual genera un avance importante en cuanto al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, bajo la directriz de investigar, sustanciar y resolver los procedimientos de manera técnica y objetiva, soslayando cualquier tipo de presiones o intereses extraños a la norma jurídica aplicable y, sobre todo, permitiendo que la autoridad sustanciadora y resolutora, con una visión ajena a la investigación, pueda dilucidar de manera objetiva la causa que le es consignada, mediante el denominado informe de presunta responsabilidad administrativa.

c) Infraestructura y áreas de fácil acceso

Es menester establecer áreas de fácil acceso para incentivar la cultura de la denuncia de presuntas faltas administrativas (LGRA, artículo 92), pues de esta manera se pueden conocer las irregularidades y se puede actuar en consecuencia, con el rigor jurídico que mandata la propia norma, en beneficio de evitar la propagación de efectos adversos al interés general de la sociedad.

A este respecto, es conveniente que se presupuesten recursos financieros que hagan posible invertir en la adecuada consolidación de los Órganos, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de hacer nugatoria la impartición de justicia administrativa y, por ende, la efectividad del SNA, en perjuicio de la propia colectividad, aunado a que esta inversión prevé desplazar a servicios externos de auditorías, ajenos, además, a la realidad institucional del ente auditado.

d) Tecnologías de la información

Otro factor de importancia considerable se sitúa en el uso privilegiado de herramientas tecnológicas que permita agilizar el intercambio de información, y, al mismo tiempo, que se erogan menos recursos en cuanto a cotejos físicos y traslados para emprender revisiones y auditorías físicas. En este sentido, es necesario promover el uso de las tecnologías de la información y la creación y acceso a bases de datos estratégicas que coadyuven a la toma de determinaciones, por ejemplo, para la verificación de las declaraciones que haga cada servidor público.

e) Definición de criterios de interpretación

Compete a la sociedad y al gobierno atenuar los índices de impunidad. Para lograr tal cometido, es conveniente que se establezcan criterios de interpretación de las leyes¹², con el objetivo de que los operadores del sistema de justicia administrativa apelen con la emisión de resoluciones a la obtención de fallos asertivos y, con ello, disminuir la violación a derechos humanos pero, sobre todo, a relevar de responsabilidades a quienes infrinjan el marco normativo, puesto que actuar sin rumbo ocasiona pérdida de la confianza en las instituciones del Estado mexicano, así como incertidumbre e impunidad¹³.

f) Capacitación

Finalmente, para difundir y garantizar el enfoque preventivo de los Órganos Internos de Control, hace falta generar capacitación para sus integrantes y, a su vez, para el resto de los servidores públicos de la organización, puesto que hay que acercar los conocimientos de la norma a todas las personas y, sobre todo, hay que coadyuvar a inculcar los valores que deben distinguir a la dependencia o entidad gubernamental, modelando con pautas de respeto y ejemplo. Lo anterior debe ser un eje permanente para fortalecer la actuación de los Órganos y, sobre todo, para consolidar de manera firme y decidida el esquema que reprueba y sanciona la corrupción, como una contundente política pública respetuosa de los derechos humanos.

Al efecto, es menester generar diálogos, conversatorios y, en general, encuentros de trabajo, que produzcan cercanía y confianza para conocer y presentar quejas y denuncias ante las Unidades Internas de Control.

¹² Al respecto, es conveniente destacar que, si bien en términos de lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia solo es vinculante para los órganos jurisdiccionales, desde nuestra perspectiva, dado que las resoluciones que emiten los Órganos Internos de Control, son impugnables ante los citados órganos jurisdiccionales, es oportuno estar actualizados permanentemente para intentar la emisión de resoluciones con un mayor grado de asertividad, en caso de su impugnación.

¹³ Desde 2012, la lucha contra la corrupción en México ha experimentado un marcado retroceso. De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción 2018 de Transparencia Internacional, el país cuenta con una calificación de 28 sobre 100 en el nivel de corrupción percibido dentro del sector público, seis puntos por debajo que hace seis años (IMCO Staff, 2019).

VII. Conclusiones

La corrupción es una desviación auténticamente perniciosa, originada como producto de cuestiones culturales y sociológicas y, además, encubierta por los ineficientes resultados de políticas públicas que fracasan por causas imputables a diversos factores.

En tal sentido, si bien es cierto que se hizo el esfuerzo de enmendar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a fin de establecer las bases para la reconfiguración de mecanismos para el combate a la corrupción, también es verdad que aún existen múltiples desafíos y, a nuestro criterio, quizás el principal consiste en fomentar y asumir políticas de integridad permeadas por la ética en el servicio público.

En congruencia con lo anterior, en este sucinto documento intentamos, a partir de la aproximación conceptual de la ética y la integridad, enfatizar su importancia y la necesidad de su difusión y exigencia desde la función de los Órganos Internos de Control, de acuerdo con la naturaleza y los fines del SNA, dado que, desde recintos académicos debemos incorporar estrategias de enseñanza, tanto axiológicas como técnicas, para la preparación y aplicación de documentos que sirvan como artífices de una cultura basada en la ética del servicio público.

Bajo este contexto, estamos convencidos de que el rol que desempeñan los Órganos Internos de Control puede ser determinante en el rumbo de la administración pública, pues habrá que incentivar la ejecución estratégica, en los ámbitos federal, estatal y municipal, de auditorías gubernamentales y de evaluaciones periódicas de control interno, bajo el direccionamiento de la ética y del resto de políticas de integridad que se generen, y, en los casos procedentes, investigar, sustanciar y resolver los procedimientos de responsabilidad administrativa en la búsqueda de hacer efectivo el derecho al buen gobierno al que tenemos todas las personas.

Para finalizar, tenemos la convicción de que es más valioso invertir en la ética para prevenir e, incluso, combatir la corrupción, que seguir generando normas jurídicas que llegan a ocasionar conflictos hasta en su aplicación y, consecuente y paradójicamente, corrupción.

VIII. Fuentes

1. Bibliografía

- ARROYO HERRERA, J. F. (1998). *Régimen jurídico del servidor público*. México: Porrúa.
- CAMPOS ÁLVAREZ TOSTADO, R. (2017). Responsabilidad en la función pública. Responsabilidad conceptual: la ética. *Revista de Administración Pública, LII(144)*, 225-243.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, R. A. (2014). Integridad. *Cuadernos de Bioética, XXV(1)*, 123-128.
- GÓNGORA JARAMILLO, E. M. (2010). Dilemas éticos en la profesión académica contemporánea frente al marco dominante de reconocimientos a la productividad. *Reencuentro. Análisis de Problemas Universitarios, (57)*, 24-33.
- GUERRERO AGRIPINO, L. F. (2019). *Paradigma de los Derechos Humanos en el sistema punitivo mexicano. Realidades, riesgos y desafíos*. México: Grañén Porrúa.
- IMCO STAFF. (2019). Índice de Percepción de la Corrupción 2018 vía Transparencia Internacional (2018). *Instituto Mexicano para la Competitividad*. Recuperado el 10 de marzo de 2019, de https://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/indice-percepcion-la-corrupcion-2018-via-transparencia-internacional-2/
- LUNA HERNÁNDEZ, N. R. La ética y la investigación del Derecho. *Investigaciones jurídicas, XVIII-XIX(76-77)*, 15-20.
- NORIEGA ZAMUDIO, J. J. (2019). Los sistemas municipales anticorrupción: pendiente gubernamental, casos del Estado de México y de Jalisco. En Rendón, T. (coord.). *500 años del municipio en México. Perspectivas multidisciplinarias*. México: Universidad de Guanajuato.
- ROJAS CABALLERO, A. A. (2015). *Los Derechos Humanos en México. Análisis y comentarios a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*. México: Porrúa.
- ROXIN, C. (2014). *Derecho penal. Parte general*. España: Civitas.
- SANROMÁN, A., González, J. y Villa, C. (2015). Los principios éticos y las obligaciones civiles. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLVIII (142)*, 313-337.

2. Marco jurídico

- Código Penal del Estado de Guanajuato. (2001). México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.

Ley General de Responsabilidades Administrativas. (2016). México.
Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. (2016). México.

3. *Tratados internacionales*

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. (1996). Convención Interamericana contra la Corrupción.
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2003). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. (1997). Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

4. *Instrumentos normativos*

COMITÉ COORDINADOR DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN (2018). Acuerdo por el que se dan a conocer los Lineamientos para la emisión del Código de Ética a que se refiere el artículo 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. México.

5. *Normatividad institucional*

AUDITORÍA SUPERIOR DEL ESTADO DE JALISCO. (2019). Política Institucional de Integridad de la Auditoría Superior del Estado de Jalisco. México.
AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. (2013). Política Institucional de Integridad de la Auditoría Superior de la Federación. México.
GOBIERNO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. (2019). Código de Ética del Poder Ejecutivo del Estado de Guanajuato. México.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2004). Código de Ética del Poder Judicial de la Federación. México.
UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. (2010) Código de Ética de la Universidad de Guanajuato. México.

6. *Jurisprudencia*

Tesis 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 33, septiembre de 2011.
Tesis (I Región) 8o.44 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, libro 40, marzo de 2017, p. 2628.
Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf

La armonización contable en la clasificación de ingresos de la normatividad fiscal estatal

Roberto Martínez Valadez*

SUMARIO: I. Introducción. II. La armonización contable. III. La clasificación de los ingresos. IV. La legislación fiscal del Estado de Guanajuato y los ingresos del estado. V. Conclusiones. VI. Fuentes. VII. Anexo

I. Introducción

Hace más de diez años que se inició en nuestro país una cruzada nacional para regularizar la eficiencia y eficacia de los mecanismos de control de los recursos públicos, y englobó a todos los ámbitos del poder público del Estado. Esta pretende abarcar a todas las entidades federativas y a sus municipios, entre los cuales se encuentran los que pertenecen al territorio del Estado de Guanajuato.

Sin embargo, se enfrentó a diversos obstáculos de carácter práctico, institucional, estructural y normativo, en virtud de que cada uno de ellos ejerce cierta soberanía, por lo que se evidenciaron diferencias tanto generales como específicas en el tema de la conceptualización de los ingresos que percibe el estado.

Además de contar con diferentes instrumentos normativos y un sistema específico tributario que no es posible equiparar de forma idéntica a los de otras latitudes del territorio nacional, se puede identificar que la clasificación de los ingresos tanto de la hacienda pública estatal como municipal, es relativamente distante a los criterios establecidos para la generalización de la armonización contable.

* Analista jurídico.

Por lo anterior, en este trabajo se explicará en qué consisten esas divergencias y la importancia de actualizar la legislación fiscal para perfeccionar los esfuerzos que se han realizado para disminuir la contradicción de los postulados de la contabilidad gubernamental nacional.

La pertinencia del contenido que aquí se presenta radica en que, en la medida en que dicha clasificación de ingresos se encuentre alineada a los conceptos semánticos y de contenido de la armonización contable, permitirá una correcta clasificación que redundará, además, en la sincronización semántica de los registros y controles tanto presupuestales como de la hacienda pública, en beneficio de la expresión de una cuenta pública que permita su mejor revisión, vigilancia, fiscalización y debida publicidad al tratarse de datos abiertos, en beneficio de la transparencia y su rendición de cuentas.

Como objetivo general, se propone, en un primer momento, identificar los elementos normativos; posteriormente, a través de un análisis de contenido tributario, fiscal y contable, potenciar las áreas de oportunidad que permitan mejorar la actualización de la normatividad estatal, en beneficio de la armonización contable.

Los objetivos específicos de esta aportación, son los siguientes:

1. Capitalizar la conceptualización que se ha emitido, desde el ámbito estatal, en la clasificación de los ingresos, para incorporar sus correspondientes expresiones a la normatividad local
2. Identificar los instrumentos jurídicos de carácter fiscal en el Estado de Guanajuato, mismos que regulan la clasificación de los ingresos en el ámbito estatal y municipal
3. Evidenciar las diferencias entre los conceptos que corresponden a la armonización contable y los que rigen actualmente en el estado
4. Formular una propuesta de actualización de la normativa, con el fin de conciliar dichas diferencias y con ello poder resolver la problemática planteada

De forma específica, los alcances comprenden la clasificación de los ingresos desde la armonización contable, pues de esta manera puede ser reflejada, de forma consolidada, a la hacienda pública local en el Estado de Guanajuato, tanto en su ámbito estatal como municipal. Aun cuando existe una diversidad de temas y normas al respecto, es en este rubro en el que se precisa de forma integral su finalidad, la cual no es únicamente fiscal sino también financiera y contable, de manera primordial.

En la primera parte se realiza una descripción del concepto de armonización contable, las acciones que comprende y su impacto en el Estado de Guanajuato. En seguida, se describe la clasificación de los ingresos,

la cual se deriva de las reformas a la contabilidad gubernamental, como una tendencia para crear el sistema nacional. Posteriormente, se enfoca en la legislación fiscal del Estado de Guanajuato, misma que prevé la clasificación de ingresos y, con ello, destaca las diferencias que, a manera de conclusiones, se propone superar a través de la actualización de los ordenamientos relacionados con los mismos.

II. La armonización contable

Si nos remontamos al año 2007 y revisamos los esquemas generales que permeaban en el ejercicio del poder público, dentro del que se encontraba el ejercicio de los recursos públicos, se podrán advertir una serie de circunstancias y esquemas que, sin ser completamente discrecionales, permitían un gran margen de maniobra en la toma de decisiones. Estas, además, estaban ausentes del registro contable adecuado, pues no era óptimo y quedaba sujeto a instrumentos jurídicos que, al estar tan generalizados, su análisis era prácticamente inexistente, en tanto obedecía a características dispersas y sin una metodología financiera clara o estricta.

Así, a principios de 2008 comenzaron a desarrollarse en el país diversas iniciativas y esfuerzos que permitieran incorporar mejores controles para el ejercicio de esos recursos públicos, los cuales buscaban, además, agregar instrumentos para incorporar criterios relacionados a la contabilidad gubernamental.

Con la publicación de la Ley General de Contabilidad Gubernamental (LGCG), el 31 de diciembre del año 2008, comenzó la instauración de un Sistema Nacional de Armonización Contable. A partir de entonces, se crearon, de forma paulatina, mesas de trabajo y un Consejo Nacional, con sus respectivos similares, en las entidades federativas de toda la República mexicana, incluyendo Guanajuato.

En el Estado de Guanajuato, a raíz de la reforma constitucional al segundo párrafo de la fracción 8 del artículo 117 de nuestra Carta Magna¹, se llevó a cabo una reforma a la normatividad estatal, la cual, además, quedó cumplimentada y solventada de acuerdo con lo que se

¹ El 26 de mayo de 2015 se publicó el «Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de disciplina financiera de las entidades federativas y los municipios» y que dio pie a la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios (LDFEFM), publicada el 27 de abril de 2016.

desprende del Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 80 de la LGCG².

A finales del año 2019, y como parte también del paquete fiscal presentado ese año para el ejercicio fiscal del 2020, se realizó una amplia propuesta de actualización por la que se da la creación de tres instrumentos normativos: la Ley del Servicio de Administración Tributaria para el Estado de Guanajuato (LSATEG), que es totalmente nueva, el Código Fiscal para el Estado de Guanajuato (CFEG), así como la Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato (LHEG), estos últimos dos abrogan a sus anteriores. Por lo que se refiere a la Ley de Coordinación Fiscal del Estado (LCFE) y la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato (LHMEG), estas fueron reformadas.

Es notorio que solamente dos de las recientes iniciativas de reformas nutrieron sus exposiciones de motivos con la incorporación de alguna mención o justificación, a pesar de la importancia del tema de la armonización contable y su pertinencia. Una en la incipiente intención para expedir el nuevo CFEG, de fecha 25 de noviembre de 2019, y otra mucho más contundente para la LHMEG, del 28 de octubre de 2019 —publicada en el Periódico Oficial de Gobierno del Estado de Guanajuato, número 234, Tercera Parte de fecha 22 de noviembre de 2019—. Esto da como resultado ciertas falencias en los actuales instrumentos normativos, al no lograr capitalizar para trascender en el cumplimiento de los compromisos del estado en esta materia.

Por lo expuesto anteriormente, se advierte que no ha sido posible atender de forma plena las finalidades encomendadas en el segundo párrafo de su artículo 7o. de la LGCG, por lo que concierne *a las demás disposiciones que sean necesarias para el cumplimiento* de lo previsto en esta última.

III. La clasificación de los ingresos

A partir de la publicación de la LGCG se comenzaron a crear metodologías para impulsar la homologación contable y, de esta forma, facilitar la rendición de cuentas, la cual fue expresada en diversas normas para describir, desde el marco conceptual de los postulados básicos, los cla-

² Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 80 de la Ley general de Contabilidad Gubernamental. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 29 de abril de 2016. Recuperado de https://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/work/models/PTP/Entidades_Federativas/Diagnostico/pbr_sed_informe2016.pdf

sificadores presupuestarios, el plan de cuentas, las reglas de registro, los instructivos de cuentas, las guías contabilizadoras, los modelos de asientos de registros, estados financieros contables, estados e informes presupuestales, financieros y contables, criterios para la difusión de la cuenta pública, entre otros.

Una de ellas se refiere, específicamente, a la clasificación de los tipos de ingresos, y se le conoce como Clasificador por Rubros de Ingresos (CRI). En esta se contempla el orden, agrupamiento y presentación de los ingresos públicos en función de su naturaleza y el carácter de las transacciones que le dan origen, a través de las categorías de rubros y tipos.

IV. La legislación fiscal del Estado de Guanajuato y los ingresos del estado

Cada entidad federativa del país tiene un esquema propio de su sistema fiscal estatal y municipal, a través del cual expresa o refleja su hacienda pública. Por esto, no es posible realizar estudios comparativos igualitarios o paritarios entre ellos, en virtud de que adquieren ciertas particularidades que los hacen diferentes unos de otros; así, aun cuando sostienen ciertas similitudes, utilizan diferentes instrumentos jurídicos y mecanismos de operación para ellos.

El artículo 2o. del Código Fiscal para el Estado de Guanajuato (CFEG) especifica que, además del propio código, algunas de las leyes que integran la legislación fiscal son: la Ley de Ingresos, la Ley de Presupuesto General de Egresos, la Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato, la Ley de Bebidas Alcohólicas, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley para el Ejercicio y Control de los Recursos Públicos para el Estado y los Municipios de Guanajuato, la Ley del Servicio de Administración Tributaria del Estado de Guanajuato, la Ley que Regula las Bases del Permiso para el Establecimiento de las Casas de Empeño en el Estado de Guanajuato y sus Municipios, la Ley que Regula los Establecimientos dedicados a la Compraventa o Adquisición de Vehículos Automotores en Desuso y sus Autopartes, así como en los que se Comercializan, Manejan o Disponen de Metales para Reciclaje, para el Estado de Guanajuato; las leyes o decretos que autoricen ingresos extraordinarios; los convenios de coordinación y colaboración administrativa que celebre el Gobierno del Estado con sus municipios, con el Gobierno Federal y, en general, con cualquier otra entidad federativa, en materia fiscal; y las demás leyes, reglamentos y disposiciones de carácter administrativo y fiscal, o que establezcan atribuciones vinculadas a la determinación,

recaudación, administración y verificación de ingresos públicos. Así mismo, los artículos del 4o. al 5o. del CFEG regulan la clasificación de los ingresos del estado. La cual, además, se encuentra relacionada con lo establecido por los artículos del 79, 92, 108, 115 y 118 de la Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato (LHEG). En relación con los ingresos de los municipios, estos se encuentran descritos en los artículos 2o., 248 y 259 al 262 de la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato (LHMEG), cabe mencionar que, tras su reforma —el 22 de noviembre de 2019—, esta última adquirió una notable consonancia con la semántica más elemental del CRI.

Sin embargo, al analizar los contenidos de la normatividad federal que se han expedido para la clasificación de ingresos y la armonización contable, se advierte que existen diferencias de contenido en lo expresado por esta normatividad, lo que propicia que exista una inercia burocrática financiera que se resiste a conciliarlas. Esto, bajo el amparo de la legítima soberanía de sus haciendas públicas, tanto estatal como municipal, origina que la contabilidad gubernamental en materia de clasificación de ingresos se encuentre aún con cierta distancia del sistema nacional anhelado (ver anexo).

Esto impide que se lleve a cabo un correcto y puntual registro de algunos rubros de los recursos públicos; asimismo, permite la categorización discrecional fuera de norma, en el caso de aquellos asuntos que presentan diferencias a los criterios generales, pero que, al estar regulados de forma diversa o insuficiente en lo local, posibilitan un cierto margen de maniobra para quedar formal y legalmente registrados, de modo que no sean perceptibles ni observables de manera contable, en contravención del esfuerzo nacional. Además, debe tomarse en cuenta que se encuentran sujetos a criterios que son subjetivos, pues dependen de la apreciación personal de quien los valora y, pocas veces, la decisión queda documentada, de modo que quede ampliamente fundada y motivada como para ser publicada en el Periódico Oficial de Gobierno del Estado de Guanajuato. Así pues, esto puede obedecer, en algunos casos, a decisiones de carácter administrativo y político sin menoscabo del impacto operativo para generar los cambios necesarios, lo que la desliga del enfoque de transparencia y rendición de cuentas.

Esto se evidencia en las apreciaciones distintas que hay entre las áreas especializadas que se encargan de la recepción de los ingresos, en su parametrización con las áreas contables y, de forma casi imperceptible, en el campo presupuestal. Finalmente, ha de decirse que esto también se refleja en la cuenta pública, sin que pueda distinguirse en la expresión de las grandes cifras. Basta con identificar las comunicacio-

nes que se han producido a lo largo de estos años en el tema de análisis y estudio de la clasificación de los ingresos.

Es menester precisar que no se trata de aquellos ingresos que, de forma clara e indubitable, pertenecen o forman parte de un rubro tangible, como pueden ser los relativos a una determinada contribución, sea un derecho o un impuesto, sino de aquellos otros que se tienen como excepcionales o poco comunes, debido a que se trata de uno nuevo, de reciente creación o sin antecedente igual o paritario.

Mientras que las normas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* y expedidas en el Consejo Nacional de Armonización Contable (CONAC) evolucionan, se perfeccionan, mejoran y se actualizan, la regulación de este tema en Guanajuato había permanecido casi inamovible y aún adolece de no referir de forma expresa, como fuente de aplicatoriedad, esas normas contables del CONAC. Si bien se han incorporado en la práctica administrativa de la Contabilidad Gubernamental de forma asimilada, e inclusive son sujeto de publicación en el propio Periódico Oficial de Gobierno del Estado, aún encuentran ciertos límites que, como se ha señalado, están en omisión o contradicción, favorecidos por la normatividad estatal ya descrita. Tal y como lo manda la Ley General en el Estado de Guanajuato, se encuentra operando un Consejo Estatal de Armonización Contable del Estado de Guanajuato, el cual está sujeto a las Reglas de Operación que se han emitido para su funcionamiento³.

Al respecto, es importante señalar que existe otro ordenamiento al que le es aplicable la clasificación por rubro de ingresos, mismo que tiene una naturaleza fiscal, con un enfoque tarifario, de los derechos que se brindan por parte de los organismos públicos; nos referimos aquí a la Ley de Ingresos para el Estado de Guanajuato (LIEG), la cual se promulga para cada ejercicio fiscal.

A finales de cada año, esta LIEG se presenta, primero, como una iniciativa del Poder Ejecutivo del Estado⁴ para ser analizada y se formulen las adecuaciones que el Congreso del Estado de Guanajuato estime pertinentes. Una vez aprobadas por el órgano legislativo, son publicadas en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato antes de que inicie el año fiscal de aplicación.

³ Reglas de Operación de los Consejos de Armonización Contable de las Entidades Federativas. Documento recuperado de https://www.conac.gob.mx/work/models/CONAC/normatividad/NOR_01_01_003.doc.

⁴ Su formulación se encuentra a cargo de la Secretaría de Finanzas, Inversión y Administración, la cual la lleva a cabo bajo la tónica de paquete fiscal, pues comprende la Iniciativa del Presupuesto de Egresos.

En este orden de ideas, los ingresos que percibe cada Hacienda Pública de los municipios que comprenden el Estado de Guanajuato se encuentran expresados en la correspondiente Ley de Ingresos, cuya iniciativa presenta cada municipio, previa formulación por su tesorerías, para la revisión, análisis, formulación de modificaciones que se estimen necesarias, y aprobación del Congreso del Estado de Guanajuato. Al igual que las otras, una vez que ha sido aprobada es publicada para cada uno de los municipios, en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato.

Las LIEG y Leyes de Ingresos de cada municipio se distinguen, en lo sustantivo, en el cumplimiento de la armonización contable, pues expresan, en su artículo 1o., la conceptualización por rubro y, de forma técnica. Esto se considera, además, como un apartado del pronóstico de ingresos, cuya clasificación contable se puede apreciar con orden enunciativo para estimar en cifras, por cada uno de ellos, las expectativas de recaudación. Así pues, se encuentran acordes a lo establecido por la Norma para armonizar la presentación de la información adicional a la iniciativa de Ley de Ingresos. Cabe señalar que, de forma general, sigue la misma estructura conceptual que el Clasificador por Rubro de Ingresos (CRI).

Ahora bien, hasta aquí se ha expuesto la importancia de contar con una normatividad estatal que se encuentre en sintonía con los fines establecidos para la armonización contable; que uno de sus objetivos —sin que sea el único— es la adecuada clasificación de los ingresos; y que estos se conceptualizan en el CRI por rubro y por tipo.

Asimismo, se ha enunciado que tanto el CFEG como la LHEG (y en su momento la anterior LHMEG antes de la reforma implementada el 22 de noviembre de 2019), no tienen la suficiente concordancia en materia de clasificación de ingresos, aun cuando las Leyes de Ingresos se encuentran en cumplimiento de la norma establecida para las mismas. Las preguntas son: ¿Cómo es posible que ocurra esto? ¿Qué relevancia tiene para el control en el ejercicio de los recursos públicos en el Estado de Guanajuato?

De forma esencial, el problema radica en la definición conceptual de cada uno de los rubros de los ingresos, así como en las diferencias entre los propios cuerpos normativos. Así pues, aunque presuntamente son sutiles o imperceptibles, al momento de ponerlas en práctica en el registro contable, se encuentra que el CRI y el Plan de Cuentas están desglosados claramente y son muy descriptivos, lo suficiente como para superar casi cualquier obstáculo al respecto.

Por el contrario, las definiciones comprendidas en la normatividad estatal, ofrecen de forma escasa, y hasta cierto punto confusa, informa-

ción que complica el proceso al momento de invocarlas o de utilizarlas en el registro de algunos ingresos porque no encuentran una debida equivalencia con los criterios ya instituidos por la armonización contable o, en su defecto, porque se encuentran en oposición a los mismos. Además, en los apartados correspondientes a los aprovechamientos, estos aparecen categorizados en un solo rubro y descritos de manera simple, a la par de los accesorios, a diferencia del CRI, que distingue de forma expresa cuando se trata de accesorios de alguna contribución y, de forma separada y distinta, estima a los aprovechamientos.

Cabe señalar que no se pretende que la legislación fiscal se convierta en un catálogo amplísimo de conceptos, rubros y tipos —a manera de un Plan de Cuentas—, lo que se precisa es que las actuales definiciones tienen diferencias torales con la estructura conceptual del CRI, lo que impide su adecuada parametrización contable en beneficio de la transparencia y rendición de cuentas. Además, aparentemente, no tiene la obligación de que, en caso de dudas o contradicción por no estar previsto en el propio derecho positivo local, deban atenderse los criterios instituidos con la metodología del ámbito federal, misma que goza de una mayor plenitud y lógica contable, y cuya validez es de carácter nacional, no una visión incompleta y parcial de lo local.

IV. Conclusiones

El marco normativo estatal es perfectible y, bajo una óptica de mejora continua, es idóneo actualizarse, a fin de conciliar las diferencias conceptuales que se evidencian con la clasificación de ingresos por rubro y tipo del ámbito federal. Para ello, es importante el reconocimiento de la normatividad regulatoria en materia de armonización contable como fuente del derecho formal, que se considere como parte de la legislación fiscal del estado. Se propone, además, modificar las siguientes leyes para quedar como se describen a continuación:

1. Adicionar una fracción como 12, y recorrer la actual para que pase a ser fracción 13; y adicionar un último párrafo al artículo 2o. del actual CFEG, de manera que el resultado sea el siguiente:

Artículo 2o. Integran la legislación fiscal del Estado de Guanajuato, además del presente código:

“I al XI...

XII. Las normas y criterios emitidos por la autoridades reconocidas por la ley, para la armonización contable; y

XIII. Las demás leyes, reglamentos y disposiciones de carácter administrativo y fiscal, o que establezcan atribuciones vinculadas a la determinación, recaudación, administración y verificación de ingresos públicos.

La clasificación de los ingresos del estado deberán atender, además, lo dispuesto por las normas y criterios establecidos para la armonización contable que se desprendan de la aplicación de la Ley General de Contabilidad Gubernamental.

2. Se adiciona un último párrafo al artículo 2o. de la LHMEG, que resulte como se muestra a continuación:

Para el registro y control de los recursos públicos, deberá atenderse a lo dispuesto por las normas y criterios establecidos para la armonización contable que se desprendan de la aplicación de la Ley General de Contabilidad Gubernamental. A falta de disposición expresa en otras Leyes Fiscales, esta ley será aplicable, y podrán ser utilizadas como supletorias las normas de Derecho común vigente en el Estado de Guanajuato.

VI. Fuentes

- CLASIFICADOR POR RUBROS DE INGRESOS. (2009). México.
Código Fiscal para el Estado de Guanajuato. (2020). México.
CONSEJO DE ARMONIZACIÓN CONTABLE DEL ESTADO DE GUANAJUATO. Plan Anual de Trabajo. Recuperado de http://caceg.guanajuato.gob.mx/?q=plan_anual
Documento relativo al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 80 de la Ley general de Contabilidad Gubernamental. (2016). México. SHCP.
Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios. (2016). México.
Ley General de Contabilidad Gubernamental. (2008). México.
Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato. (2019). México.
Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato. (2019). México.
Manual de Compatibilidad Gubernamental (MCG). Capítulo III. Plan de Cuentas. Recuperado de https://www.conac.gob.mx/work/models/CONAC/normatividad/NOR_01_03_001.doc
Norma para armonizar la presentación de la información adicional de la iniciativa de la Ley de Ingresos. (2013). México.
Reglas de Operación de los Consejos de Armonización Contable de las Entidades Federativas. (2016). México.

VII. Anexo

El siguiente cuadro fue elaborado con el Código Fiscal para el Estado de Guanajuato vigente a partir del 1 de septiembre del 2020. Asimismo, con la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato cuya última reforma fue publicada el 22 de noviembre del 2019.

Concepto	Clasificador por Rubro de Ingresos	Código Fiscal para el Estado de Guanajuato
Impuestos	«Son las contribuciones establecidas en la Ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos». (CRI, rubro 1o.).	«Impuestos son las prestaciones económicas que establece la ley, con carácter general y obligatorio a cargo de las personas que se encuentren en la situación o hipótesis jurídica prevista por la misma, para cubrir el gasto público». (CFEG, art. 4, fracción 1).
Cuotas y Aportaciones de Seguridad Social	«Son las contribuciones establecidas en Ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la Ley en materia de seguridad social o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado». (CRI, rubro 2o.).	No contemplados.
Contribuciones de Mejoras	«Son las establecidas en Ley a cargo de las personas físicas y morales que se beneficien de manera directa por obras públicas». (CRI, rubro 3o.).	«... son las establecidas en Ley a cargo de las personas físicas y morales que se beneficien de manera directa por obras públicas». (CFEG, art. 4, fracción 2).
Derechos	«Son las contribuciones establecidas en Ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en las leyes correspondientes. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado». (CRI, rubro 4o.).	«... son las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público, así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en las leyes fiscales respectivas . También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Estado». (CFEG, art. 4, fracción 3). Lo resaltado en negritas es propio.

* Estos son los ingresos que se perciben por concepto de recargos, sanciones, gastos de ejecución, indemnizaciones, entre otros.

** Son los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de: las contribuciones, los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal y municipal.

Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato	Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato	Comentario
<p>Nota: Este ordenamiento comprende los impuestos como tales, pero no los define, por estar ya explicados en el Código Fiscal para el Estado de Guanajuato.</p> <p>La problemática se desprende de que más adelante se describe cómo este ordenamiento define aspectos ya contemplados por el propio Código Fiscal para el Estado de Guanajuato.</p>	<p>«Son impuestos, las prestaciones establecidas en ley que deben pagar las personas físicas y morales que se encuentran en la situación jurídica o de hecho prevista por la misma y que sean distintas de las contribuciones de mejora y derechos». (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso a numeral 1).</p> <p>Nota: El inciso a comprende las contribuciones.</p>	<p>En este rubro no se aprecia una diferencia conceptual notable o relevante. Sin embargo, es menester señalar que el CRI distingue los accesorios* que se desprenden de los impuestos, y evita con ello cualquier confusión con los aprovechamientos**, particularmente por lo que se refiera a los gastos de ejecución, pues la fracción VII del artículo 115 de la LHEG parece contradictoria.</p>
No contemplados.	No contemplados.	
<p>«Esta contribución es el pago obligatorio que deberán efectuar al Fisco Estatal, los propietarios o poseedores, en su caso, de bienes inmuebles que resulten beneficiados por una obra pública». (LHEG, art. 92).</p>	<p>«Son contribuciones de mejora las establecidas en ley a cargo de las personas físicas y morales que se beneficien de manera directa por obras públicas». (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso a numeral 3).</p> <p>Nota: El inciso a comprende las contribuciones.</p>	No presenta una diferencia relevante.
<p>«Los derechos por la prestación de servicios públicos que presten las diversas dependencias del Gobierno del Estado, se causarán en el momento en que las personas físicas o morales reciban la prestación del servicio o en el momento en que se provoque por parte del Estado el gasto que deba ser remunerado por aquellas, salvo el caso en que la disposición que fije el derecho, señale cosa distinta». (LHEG, art. 79).</p>	<p>«Son derechos las prestaciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público, así como por recibir servicios que presta el Municipio en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos descentralizados cuando en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se encuentren previstas en las leyes correspondientes. También son derechos las contribuciones a cargo de los organismos públicos descentralizados por prestar servicios exclusivos del Municipio». (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso a numeral 2).</p>	Un ejemplo notable de la necesidad de mejorar la redacción puede verse en los organismos descentralizados educativos, los cuales prestan servicios que, inclusive, se encuentran descritos de forma reciente en la LIEG, a partir del ejercicio fiscal del 2014.

Concepto	Clasificador por Rubro de Ingresos	Código Fiscal para el Estado de Guanajuato
Productos	«Son los ingresos por contraprestaciones por los servicios que preste el Estado en sus funciones de derecho privado». (CRI, rubro 5o.).	«... los ingresos que percibe el Estado por actividades que corresponden al desarrollo de funciones de derecho privado o por el uso, aprovechamiento y enajenación de sus bienes de dominio privado». (CFEG, art. 5o., tercer párrafo).
Aprovechamientos	«Son los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público distintos de: las contribuciones, los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal y municipal». (CRI, rubro 6o).	«... los ingresos que percibe el Estado por funciones de derecho público, distintos de las contribuciones, participaciones federales, aportaciones federales, convenios federales, incentivos derivados de la colaboración fiscal, ingresos derivados de financiamientos, y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal». (CFEG, art. 5o., primer párrafo).
Ingresos por venta de bienes, prestación de servicios y otros ingresos	«Son los ingresos propios obtenidos por las Instituciones Públicas de Seguridad Social, las Empresas Productivas del Estado, las entidades de la administración pública paraestatal y paramunicipal, los poderes Legislativo y Judicial, y los órganos autónomos federales y estatales, por sus actividades de producción, comercialización o prestación de servicios; así como otros ingresos por sus actividades diversas no inherentes a su operación, que generen recursos». (CRI, rubro 7o.).	No contemplados.

Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato	Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato	Comentario
<p>«Quedan comprendidos dentro de esta clasificación los ingresos que se obtengan por concepto de:</p> <p>I. Arrendamiento, explotación, uso o enajenación de bienes muebles o inmuebles;</p> <p>II. Bienes vacantes;</p> <p>III. Fianzas;</p> <p>IV. Tesoros;</p> <p>V. Capitales, valores y sus réditos;</p> <p>VI. Formas valoradas; y</p> <p>VII. Periódico Oficial del Gobierno del Estado». (LHEG, art. 108).</p>	<p>«Son productos los ingresos por contraprestaciones por los servicios que preste el Municipio en sus funciones de derecho privado». (LHMEG, artículo 2o., fracción 1, inciso b).</p>	<p>No presenta una diferencia relevante.</p>
<p>«Quedan comprendidos dentro de esta clasificación los ingresos que se obtengan por concepto de:</p> <p>I. Recargos derivados de aprovechamientos;</p> <p>II. Multas y sanciones económicas, excepto las derivadas por la omisión de pago de contribuciones;</p> <p>III. Reparación de daños renunciada por los ofendidos;</p> <p>IV. Reintegros por responsabilidades administrativas o fiscales;</p> <p>V. Donativos y subsidios;</p> <p>VI. Herencias y legados;</p> <p>VII. Gastos de ejecución derivados de aprovechamientos; y</p> <p>VIII. Administración de contribuciones, originadas por la celebración de los convenios respectivos». (LHEG, art. 115).</p>	<p>«Son aprovechamientos los ingresos que percibe el Municipio por funciones de derecho público distintos de: las contribuciones, los ingresos derivados de financiamientos y de los que obtengan los organismos descentralizados y las empresas de participación municipal». (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso c).</p>	<p>La LHEG desglosa, a manera de catálogo, qué ingresos quedan comprendidos como aprovechamientos. Esto tuvo en su momento mucha utilidad, pero ahora, gracias al CRI y al Plan de Cuentas, queda rebasada, pues no tiene una descripción que, además, cumpla con todos los aspectos de la armonización contable. Con esto no quiere decirse que dicha clasificación sea errónea, sino que está incompleta y fuera de sistema, pues obedece a un contexto totalmente diferente al actual. Debe revisarse de forma general la legislación fiscal local, con el objetivo de conciliarla, de forma tal que no entre en desacuerdo con los criterios del ámbito nacional y que, además, facilite la sistematización general de la contabilidad gubernamental. Especialmente, es necesario que se encuentre en total congruencia con los criterios que se desprenden de la LGCG.</p>
<p>No contemplados.</p>	<p>«Son ingresos por venta de bienes, prestación de servicios y otros ingresos, los ingresos propios obtenidos por las entidades de la administración pública paramunicipal, por sus actividades de producción, comercialización o prestación de servicios; así como otros ingresos por sus actividades diversas no inherentes a su operación, que generen recursos». (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso d).</p>	<p>Aquí se refleja una diferencia relevante en la que, de acuerdo con la normatividad estatal, quedarían asimilados como productos o como aprovechamientos. Sin embargo, cuando no persigue un fin lucrativo, queda forzada, de alguna manera, dicha clasificación. Un ejemplo evidente de ello es el Periódico Oficial de Gobierno del Estado, cuyos servicios se encuentran referidos de forma clara en este apartado descrito por el CRI, pero que en la legislación estatal se encuentran comprendidos como productos. Para el caso de los municipios, puede mencionarse el uso de bienes inmuebles propiedad del municipio.</p>

Concepto	Clasificador por Rubro de Ingresos	Código Fiscal para el Estado de Guanajuato
Participaciones, aportaciones, convenios, incentivos derivados de la colaboración fiscal y fondos distintos de aportaciones	«Son los recursos que reciben las Entidades Federativas y los Municipios por concepto de participaciones, aportaciones, convenios, incentivos derivados de la colaboración fiscal y fondos distintos de aportaciones». (CRI, rubro 8o.).	<p>«Son participaciones las cantidades que el Estado tiene derecho a percibir derivado del Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y sus Anexos.»</p> <p>«Son aportaciones federales las cantidades que corresponden al Estado, con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación, cuyo gasto está condicionado a la consecución y cumplimiento de los objetivos que para cada tipo de aportación establece la legislación aplicable en la materia.»</p> <p>«Son convenios federales las cantidades que recibe el Estado derivados de convenios de coordinación, colaboración, reasignación o descentralización según corresponda, los cuales se acuerdan entre la Federación y el Estado.»</p> <p>«Son incentivos derivados de la colaboración fiscal aquellos que recibe el Estado, derivado del ejercicio de facultades delegadas por la Federación, mediante el Convenio de Colaboración Administrativa en Materia Fiscal Federal; que comprende las funciones de recaudación, fiscalización y administración de ingresos federales y por las que a cambio se reciben incentivos económicos como retribución de su colaboración.» (CFEG, art. 5o., párrafos cuarto, quinto, sexto y antepenúltimo). Lo resaltado en negritas es propio.</p>
Transferencias, asignaciones, subsidios y subvenciones, y pensiones y jubilaciones	«Son los recursos que reciben en forma directa o indirecta los entes públicos como parte de su política económica y social, de acuerdo a las estrategias y prioridades de desarrollo para el sostenimiento y desempeño de sus actividades». (CRI, rubro 9o.).	No contemplados.
Ingresos derivados de financiamientos	«Son los ingresos obtenidos por la celebración de empréstitos internos o externos, a corto o largo plazo, aprobados en términos de la legislación correspondiente. Los créditos que se obtienen son por: emisiones de instrumentos en mercados nacionales e internacionales de capital, organismos financieros internacionales, créditos bilaterales y otras fuentes». (CRI, rubro 0).	«Son ingresos derivados de financiamientos los obtenidos por la celebración de empréstitos internos, a corto o largo plazo, aprobados en términos de lo establecido en la Ley de Deuda Pública para el Estado y los Municipios de Guanajuato y en la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios.» (CFEG, art. 5o., último párrafo).

Cuadro comparativo de elaboración propia.

Ley de Hacienda para el Estado de Guanajuato	Ley de Hacienda para los Municipios del Estado de Guanajuato	Comentario
<p>«El Estado percibirá ingresos provenientes de la Federación conforme a lo siguiente:</p> <p>I. Participaciones; II. Aportaciones; III. Convenios; IV. Incentivos derivados de la colaboración fiscal; y V. Fondos distintos de aportaciones.» (LHEG, art. 118). Lo resaltado en negritas es propio.</p> <p>Nota: Se encuentran clasificados bajo el rubro de «Recursos federales».</p>	<p>«Son participaciones las cantidades en dinero, que recibe el Municipio que deriva de la adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.»</p> <p>«Son aportaciones los ingresos que reciben los municipios previstos en la Ley de Coordinación Fiscal, cuyo gasto está condicionado a la consecución y cumplimiento de los objetivos que para cada tipo de aportación establece la legislación aplicable en la materia.»</p> <p>«Son convenios los ingresos que reciben los municipios derivados de convenios de coordinación, colaboración, reasignación o descentralización según corresponda, los cuales se acuerdan entre la federación, las entidades federativas o los municipios.»</p> <p>«Son incentivos derivados de la colaboración fiscal los ingresos que reciben los municipios derivados del ejercicio de facultades delegadas por la federación mediante la celebración de convenios de colaboración administrativa en materia fiscal; que comprenden las funciones de recaudación, fiscalización y administración de ingresos federales y por las que a cambio reciben incentivos económicos que implican la retribución de su colaboración.»</p> <p>«Son fondos distintos de aportaciones los ingresos que reciben los municipios derivados de fondos distintos de aportaciones y previstos en disposiciones específicas.»(LHMEG, art. 2o., fracción 1, incisos f, g, h, e, i).</p>	<p>En el Estado de Guanajuato existen numerosos Convenios, tanto interestatales, como nacionales, de muy diversa índole, los cuales representan ingresos de recursos públicos. La única que lo contempla es la LHMEG derivado de la reciente reforma de fecha 22 de noviembre de 2019.</p> <p>Al no existir una previsión normativa alineada de forma horizontal y vertical que sea congruente en la normatividad estatal, dichos ingresos corren el riesgo de quedar mal comprendidos en una clasificación distinta y errónea.</p>
No contemplados.	<p>«Son transferencias, asignaciones, subsidios y subvenciones, los recursos que reciben en forma directa o indirecta los entes públicos como parte de su política económica y social, de acuerdo con las estrategias y prioridades de desarrollo para el sostenimiento y desempeño de sus actividades.» (LHMEG, art. 2o., fracción 1, inciso j).</p>	<p>Esta es otra área de oportunidad en la clasificación de los ingresos de la normatividad estatal en Guanajuato, la cual, la única que la contempla es la LHMEG a partir de la reciente reforma del 22 de noviembre de 2019, a pesar de que en la práctica y en materia contable se presenta con su propia particularidad y características.</p>
No contemplados.	No contemplados.	<p>Esta es otra área de oportunidad en la clasificación de los ingresos de la normatividad estatal en Guanajuato, la cual no contempla esta figura de forma expresa. Cabe mencionar que al tener una población con altos índices de migrantes, así como ser una entidad federativa cuyas instituciones tienen importantes relaciones internacionales, es común que existan financiamientos de tipo internacional tanto en el ámbito estatal como municipal.</p>

El uso de las herramientas del programa Movimiento contra el Abandono Escolar. Un estudio de caso del profesorado de Educación Media Superior en Guanajuato

Luis Alberto Camacho Ríos*

SUMARIO: I. Introducción. II. El cambio educativo y los factores restrictivos para el uso de las herramientas de un nuevo programa. III. Un enfoque práctico para analizar la aplicabilidad del programa MCAE. IV. Metodología y descripción del estudio. V. Descripción del programa MCAE. VI. La perspectiva de los directores y docentes del Sabes: hallazgos y resultados. VII. Conclusiones y recomendaciones. VIII. Fuentes.

I. Introducción

El derecho al acceso, permanencia y continuidad escolar es fundamental en todo régimen democrático, ya que permite a los seres humanos adquirir conocimientos útiles para desarrollarse plenamente en sociedad (Dorn, 1996). En México, la educación es un derecho constitucional y su obligatoriedad comprende desde el nivel preescolar hasta el nivel superior, este último establecido en la Reforma Educativa de 2019. Sin embargo, cada año, alrededor de un millón de niños y jóvenes abandona la escuela. Un gran porcentaje de estos estudiantes

* Asesor jurídico y en políticas públicas en la Subsecretaría de Ordenamiento Territorial y Gestión de los Recursos Naturales, perteneciente a la Secretaría de Medio Ambiente y Ordenamiento Territorial del Estado de Guanajuato. Maestro en Administración y Política Pública por el Centro de Investigación y Docencia Económicas, en la Ciudad de México.

corresponden a la Educación Media Superior (EMS) —650 mil en el ciclo escolar 2011-2012— (INEE, 2017).

Para disminuir la tasa de abandono escolar y garantizar el derecho a la educación, la Secretaría de Educación Pública (SEP) implementó en 2013 el programa Movimiento contra el Abandono Escolar (MCAE). Este programa se compone de un conjunto de herramientas establecidas en doce manuales en los que se presentan modelos de rutinas de trabajo y buenas prácticas, los cuales permiten al profesor detectar y otorgar apoyo oportuno a los alumnos en riesgo de abandono, ya sea por mala conducta, inasistencia o reprobación. El MCAE propone una metodología participativa en la que los directores de la escuela, los profesores y los padres de familia aplican conjuntamente las herramientas propuestas para atender los factores determinantes del abandono escolar, en las dimensiones académica, psicosocial y socioeconómica (SEP, 2013).

En el año 2015, la SEP y el Instituto Nacional de Salud Pública (INSP) realizaron una evaluación al MCAE y la presentaron en el documento *Análisis del Movimiento contra el Abandono Escolar en la Educación Media Superior*. Entre los resultados más significativos de la evaluación se encontró que: a) las herramientas del programa son eficaces, ya que ejercen un efecto protector para la permanencia de los estudiantes, b) la aplicación conjunta de los instrumentos propuestos aumenta la probabilidad de permanencia escolar en 81%, y c) los planteles en los que el director reportó contar con las guías de aplicación del programa tenían 38% menos probabilidad de deserción escolar en comparación con los planteles que no contaban con las guías (SEP e INSP, 2015, p. 32). A pesar de la eficacia de dichas herramientas, su uso por parte de los directores y docentes es muy bajo. De acuerdo con la evaluación, durante el ciclo escolar 2012-2013 las escuelas que aplicaron el programa sumaron el 56%; por su parte, para el ciclo escolar 2013-2014 este porcentaje fue de 29% (p. 23). Según los resultados de la encuesta realizada para la evaluación, apenas 30% de los directores realizaban un seguimiento frecuente del ausentismo de sus estudiantes y solo el 20% revisaba el desempeño escolar de sus alumnos cada dos o tres meses (p. 41). En cuanto al número de sesiones realizadas en las escuelas para implementar o dar seguimiento al MCAE, el promedio señalado fue de 3.8 por año (p. 23).

Conforme a lo expuesto, cabría preguntarnos ¿por qué, si las herramientas del programa MCAE funcionan, los docentes en las escuelas no las usan? Dado que la evaluación del programa no examina las causas que explican esta interrogante, el objetivo de este estudio es obtener información sobre los posibles factores que restringen la adopción, por el profesorado perteneciente a sistemas educativos locales, del cambio

educativo y de los instrumentos propuestos en el MCAE. Para ello, en esta investigación se utilizaron dos estrategias: por un lado, se desarrolló un análisis teórico sobre las perspectivas existentes respecto a los factores restrictivos para la adopción del cambio educativo. Por otro lado, mediante un estudio de caso con diseño exploratorio y métodos cualitativos, se obtuvo la percepción de un grupo de docentes de EMS en torno a la pertinencia de las causas del abandono escolar atendidas por el MCAE y a la aplicabilidad de las herramientas de este programa. Con este fin, se realizaron entrevistas semiestructuradas a los directores y a un grupo de profesores adscritos a dos bachilleratos públicos en la ciudad de León, pertenecientes al Sistema Avanzado de Bachillerato y Educación Superior en Guanajuato (Sabes). Para el análisis de la aplicabilidad de las herramientas se usó como marco de referencia el modelo analítico de la adopción del cambio educativo propuesto por Doyle y Ponder (1977). Esta perspectiva establece tres criterios determinantes para que las herramientas educativas de un programa sean prácticas y utilizables. En primer lugar, la *instrumentalidad*, entendida como la claridad en la presentación del programa, su operación y objetivos; en segundo lugar, la *congruencia* entre las prácticas propuestas y las prácticas habituales en el contexto operativo real; finalmente, en tercer lugar están los *costos* extraordinarios en tiempo y esfuerzo que implica el uso de los nuevos instrumentos planteados.

Así pues, este documento está estructurado en siete partes. Tras la introducción, el segundo apartado expone, de manera general, las perspectivas teóricas existentes sobre los factores restrictivos para la adopción de nuevas prácticas educativas. En la tercera sección se describe el modelo analítico de la adopción del cambio educativo propuesto por Doyle y Ponder (1977), mientras que en la cuarta parte se presenta la metodología del estudio de caso. Por su parte, en la quinta sección se explica la estructura y el contenido del programa MCAE, y los resultados de las entrevistas realizadas se describen en la sexta parte. Finalmente, en la séptima sección se exponen algunas conclusiones y recomendaciones para incrementar el uso de las herramientas del programa y para mejorar los procesos de diseño e implementación de nuevos programas educativos.

II. El cambio educativo y los factores restrictivos para el uso de las herramientas de un nuevo programa

Los programas de gobierno en el sector educativo, entre los que se encuentra el MCAE, proponen cambios en las prácticas escolares para

mejorar los procesos de enseñanza e integración de los alumnos en la escuela (Doyle y Ponder, 1975). De manera general, podemos decir que las herramientas o prácticas propuestas se usan cuando modifican las decisiones de los profesores en la dirección sugerida por el programa (Rich, 1997). Si bien, en la teoría sus instrumentos deberían ser aplicados por los usuarios potenciales tras el diseño del programa, en la práctica, los cambios propuestos no son siempre adoptados de manera inmediata. En el contexto escolar, los profesores interpretan y adaptan los instrumentos a los contextos operativos reales.

Bajo circunstancias normales, los maestros son quienes establecen las prácticas de enseñanza que se realizan en el aula de clase. Su labor se realiza con independencia y sin vigilancia por parte de algún supervisor. Sin embargo, este entorno de autonomía funcional y relativo aislamiento se quebranta cuando un agente externo trata de implementar un programa que propone un cambio educativo (Doyle y Ponder, 1975). Esta interrupción en las rutinas habituales del profesor hace del cambio en las prácticas educativas un problema complejo. Por ello, es necesario que quien diseña el programa y trata de implementarlo tenga un conocimiento profundo de la práctica educativa y de los procesos de coordinación dentro de las escuelas. La ejecución eficaz de estos programas requiere de una adecuada transmisión de la información relacionada con los instrumentos propuestos, del entendimiento de su operación y del acceso a los recursos esenciales para la aplicación de las herramientas (Rich, 1997). La correcta gestión de este proceso es esencial para el éxito del cambio iniciado y para su continuidad.

En el estudio de los factores que restringen el uso de las herramientas propuestas en los programas de cambio educativo, existen dos cuerpos de literatura. El primero se ha centrado en el análisis de los elementos, intrínsecos a los profesores, que impiden la adopción de nuevas prácticas. Conforme a esta perspectiva teórica, el objetivo de los programas educativos es crear herramientas que otorguen mayores habilidades de enseñanza a los maestros, para mejorar su desempeño en el salón de clases (Copeland y Doyle, 1973). Sin embargo, estos programas no siempre cumplen su cometido, ya que se enfrentan a la falta de voluntad de los profesores para modificar su conducta y rutinas, o a su carencia de habilidades para desarrollar las prácticas propuestas (Doyle y Ponder, 1977).

La mayoría de las veces, los maestros son quienes se niegan a adaptarse al cambio y prefieren actuar conforme a viejos patrones. Su falta de flexibilidad se traduce en una resistencia burocrática interna que trata de mantener las cosas como están, debido a que las nuevas prácticas amenazan sus estructuras organizacionales y sus rutinas. Asimismo,

mo, porque suelen estar satisfechos por la manera en como las cosas funcionan (Barabba, 1978; Larsen, 1979). En este sentido, el problema del cambio y mejoramiento escolar recae, principalmente, en términos del comportamiento o actuación del profesorado.

A la luz de este enfoque, diversos autores han identificado algunos factores intrínsecos a los profesores, que restringen el uso de las nuevas prácticas. Whitaker (1998) sugiere como limitantes el desarrollo del personal, su comunicación interna, la falta de liderazgo y la fragmentación. Larsen (1979) propone como barreras para la adopción de las nuevas prácticas las particularidades organizacionales del profesorado y las características de los usuarios potenciales. Por su parte, Duke (2004) sostiene que, para una implementación exitosa del cambio, debe haber liderazgo, desarrollo continuo del personal, diversidad de talentos, una cultura de colaboración y flexibilidad. Finalmente, algunos autores más señalan que la adopción del cambio mediante nuevas prácticas depende del liderazgo y compromiso de los docentes, así como de la cultura escolar (Fullan, 2003; Hargreaves, 2003).

Si bien esta postura identifica claramente las características y conductas personales o colectivas del profesorado, las cuales restringen el cambio propuesto, tiene una visión parcial del problema. Como se mencionó anteriormente, en el enfoque tradicional es el maestro el que no se adapta al cambio. Sus características personales o su falta de habilidades le impiden ajustarse a las innovaciones del nuevo programa educativo. Sin embargo, esta perspectiva no contempla la existencia de factores contextuales y las prácticas escolares que pueden ser incompatibles con la operación de las herramientas propuestas. Esta incongruencia puede impedir que los maestros consideren los cambios educativos como factibles (Doyle y Ponder, 1977).

En esta lógica, un segundo cuerpo de literatura refiere que la apertura al cambio está influida por factores intrínsecos a la práctica o al contexto operativo. En este enfoque, las situaciones demandantes que existen en una escuela o salón de clases pueden interferir con la adopción de los modelos propuestos. De este modo, la cantidad y tipo de cambio posible dependerá de los diseños estructurales actuales para la enseñanza. La exigencia que típicamente se vive en un salón de clases, derivada de un alto número de estudiantes, que en muchos casos no son voluntarios, puede tener como consecuencia que los profesores evadan situaciones que incrementen sus costos en tiempo o esfuerzo innecesariamente. Algunas mejoras en la educación no serían posibles dentro de estas estructuras actuales, por lo que requerirían de reconstrucciones radicales para el desarrollo de mejores sistemas de enseñanza (Doyle y Ponder, 1977).

Debido a que las grandes reformas estructurales son raramente posibles, los cambios establecidos en los programas deben considerar y ser congruentes con lo que es viable en la práctica educativa. Según Little (2011), la práctica puede definirse como aquellas actividades coordinadas en las que los individuos realizan su trabajo real en un contexto organizativo o grupal particular. Un programa con un enfoque en la práctica, buscará entender y articular las actividades, rutinas, roles o herramientas empleadas durante el proceso de enseñanza con las herramientas propuestas, de tal manera que la funcionalidad de lo nuevo con lo existente se desarrolle de manera armónica.

Para crear programas educativos con una perspectiva integral, algunos estudios han incorporado la participación, interpretación y rutinas de los directores y profesores como componentes esenciales para el uso de nuevas prácticas (Coburn *et al.*, 2009; Honig *et al.*, 2014). Entre los factores intrínsecos al contexto operativo identificados como restrictivos para la adopción del cambio educativo se encuentran: las incongruencias, entre las características del aula escolar, asumidas por el programa diseñado centralmente y las realmente existentes (Copeland y Doyle, 1973); las consideraciones funcionales y pragmáticas de los maestros, es decir, las necesidades que surgen del contexto y las que surgen del individuo (Katz, 1968); la no coincidencia entre las fallas actuales y las inferidas por el programa (Schwab, 1969); la falta de coherencia entre las acciones propuestas y las actuales, así como los incentivos del contexto escolar para repetir viejos patrones en lugar de utilizar los nuevos (Hovland *et al.*, 1953), y, por último, el acuerdo de los directores y maestros de las escuelas respecto a las necesidades, principios, metas e instrumentos propuestos (Cheung y Wong, 2011).

Conforme a lo anterior, la perspectiva práctica que analiza los factores restrictivos intrínsecos al contexto operativo considera que las instituciones y rutinas existentes no deben ser desmanteladas o reemplazadas, por el contrario, deben ser valoradas y tomadas en cuenta al proponer nuevos programas educativos (Schwab, 1969). Bajo esta lógica, los diseñadores e implementadores de los programas federales deben ser conscientes de dos cuestiones: En primer lugar, que las herramientas no se aplicarán en un aula arquetipo, sino en un lugar particular con condiciones contextuales específicas. En segundo lugar, que los maestros y directores encargados de aplicar las nuevas prácticas cuentan con identidades específicas, rutinas y sistemas de creencias que deberán ser articulados con los instrumentos propuestos. El reto para el uso de los programas es entender el entorno en el cual sus herramientas tomarán lugar y llevar a cabo estrategias sistemáticas que incrementen las oportunidades para la transferencia exitosa de la inno-

vación (Backer, 1987). De lo contrario, la falta de integración entre el marco teórico del programa y su aplicación práctica tendrá como efecto el abandono de las herramientas del programa educativo por parte de sus usuarios y su consecuente cancelación.

III. Un enfoque práctico para analizar la aplicabilidad del programa MCAE

Así pues, este estudio recurre al segundo cuerpo de literatura—el cual analiza los factores restrictivos prácticos para la adopción del cambio educativo, es decir, aquellos intrínsecos al trabajo real en el aula o al contexto operativo del sistema educativo local— debido a que se asume que la adopción y aplicación efectiva de nuevas prácticas educativas propuestas desde la Federación, requiere del entendimiento y la integración de los mecanismos existentes que operan en los entornos escolares locales.

Para el análisis de la pertinencia de las causas de abandono escolar atendidas por el MCAE, esta investigación obtuvo las percepciones de los profesores de acuerdo con sus experiencias prácticas diarias. En cuanto a la aplicabilidad de los instrumentos propuestos por el mismo programa, este documento utilizó como marco de referencia el modelo analítico de la adopción del cambio educativo propuesto por Doyle y Ponder (1977). De acuerdo con estos autores, el desarrollo de su modelo permite centrarse especialmente en el análisis del proceso de toma de decisiones que realiza el profesor ante las nuevas herramientas propuestas por un programa de cambio educativo.

Doyle y Ponder (1977) señalan que la decisión del profesorado sobre el uso o no de las recomendaciones o herramientas propuestas por un programa, dependerá de si estas son percibidas como prácticas o imprácticas. Las recomendaciones prácticas tendrán mayor posibilidad de ser aplicadas e incorporadas en los procesos dentro del salón de clase, mientras que las imprácticas tendrán poca oportunidad de usarse de manera estable en este entorno. Los autores refieren que para determinar la practicabilidad, y consecuente aplicabilidad de un programa de cambio educativo, los profesores utilizan los siguientes criterios determinantes:

- *Instrumentalidad* del programa: esta categoría supone el cumplimiento de dos características: a) la claridad en la descripción de las herramientas o procesos del programa y b) la especificidad de las herramientas del programa y los resultados deseados.

- *Congruencia*: esta categoría, a su vez, supone el cumplimiento de tres características: a) la compatibilidad entre las prácticas propuestas y la manera actual de conducir las actividades en la clase o escuela; b) la concordancia entre el entorno para el cual fueron diseñadas las nuevas herramientas y el entorno escolar real en donde se aplicarán; y c) la coherencia entre los instrumentos propuestos y la manera actual en la que se relacionan director/profesor/alumno.
- *Costos*: esta categoría analiza únicamente el tiempo y esfuerzo extraordinario dedicado al entendimiento e implementación de las nuevas estrategias.

IV. Metodología y descripción del estudio

Esta investigación realizó un estudio de caso con diseño exploratorio y métodos cualitativos, con el objetivo de obtener, mediante entrevistas semiestructuradas, la percepción de un grupo de docentes de dos bachilleratos públicos en la ciudad de León, Guanajuato, respecto a la aplicabilidad de las herramientas establecidas en el MCAE.

Se eligió un diseño del tipo exploratorio debido a que estos estudios son los que se efectúan, normalmente, cuando el objetivo es examinar un problema de investigación poco estudiado (Sampieri *et al.*, 1991). Asimismo, porque sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos (Dankhe, 1986). El método utilizado es el cualitativo, ya que nos permite obtener y analizar las percepciones de los sujetos entrevistados, mediante «las propias palabras de las personas, habladas o escritas, y la conducta observable» (Taylor y Bogdan, 2010, p. 20). Respecto a la tipología de métodos, se ha elegido un estudio de caso con dos unidades de análisis, el cual es definido por Coller (2005) como «un objeto de estudio con unas fronteras más o menos claras que se analiza en su contexto y que se considera relevante bien sea para comprobar, ilustrar o construir una teoría o una parte de ella» (p. 29).

Para la selección del caso, es decir, los bachilleratos en donde se realizaron las entrevistas, se tomaron en consideración los postulados de Stake (1998), quien señala que los casos elegidos deben otorgar al investigador la máxima posibilidad de aprendizaje y la facultad de ampliar la comprensión sobre el objeto de investigación. Además, deben permitir el fácil acceso a la información requerida. Por ello, el investigador debe, de ser posible, seleccionar casos que «sean fáciles de abordar y donde nuestras indagaciones sean bien acogidas, aquellos en los

que se pueda identificar un posible informador y que cuente con actores (las personas estudiadas) dispuestos a dar su opinión sobre determinados materiales» (p. 17).

En consideración de lo anterior, se eligieron como unidades de análisis dos escuelas de EMS pertenecientes al Sabes. Los bachilleratos seleccionados fueron los planteles Jardines de Echeveste y San Isidro, ambos de turno matutino, localizados en la ciudad de León, Guanajuato. Dichas escuelas son bachilleratos con un modelo de tipo general, y esta elección tiene que ver con que el mayor porcentaje de los alumnos que abandonan la EMS (53.17%) cursaban este modelo educativo (INEE, 2017). Asimismo, en ambos casos su sostenimiento es público estatal, debido a que se identificó que las escuelas con este tipo de mantenimiento tienen también una tasa de abandono superior a las del promedio, con un 17.5% (INEE, 2017). Por último, cabe aclarar que se eligieron bachilleratos pertenecientes al Sabes, debido a que este subsistema cuenta con una gran cobertura en el estado, pues brinda educación a 36,209 jóvenes guanajuatenses, aproximadamente el 15.48% de la matrícula de EMS en la entidad (INEE, 2018). Los planteles Jardines de Echeveste y San Isidro fueron designados debido a la disponibilidad y a la voluntariedad de los profesores para participar en las entrevistas.

La técnica elegida para la recopilación de datos fue la de entrevistas semiestructuradas, las cuales fueron realizadas de manera individual a los docentes elegidos aleatoriamente, los días 1 y 2 de abril de 2019. En el caso del plantel Jardines de Echeveste, se realizaron tres entrevistas: una a la directora del centro educativo y dos más a docentes de diversas materias. En el plantel San Isidro se realizaron cuatro entrevistas: una a la directora del centro educativo, dos a docentes de diversas materias y una más a la orientadora educativa del bachillerato.

Las entrevistas fueron registradas mediante audio. Para elaborar el análisis de los contenidos, se transcribió la información, los datos obtenidos se colocaron en orden y, posteriormente, se agruparon en categorías y subcategorías. Finalmente, la información se integró para realizar la comparación, con el fin de obtener similitudes y diferencias entre las perspectivas de los profesores respecto a la aplicabilidad de las herramientas del MCAE.

V. Descripción del programa Movimiento contra el Abandono Escolar

El MCAE es una estrategia integral de carácter nacional. Tiene como objetivo transformar las comunidades escolares, al poner en el centro

de las labores educativas el acompañamiento de los estudiantes. El programa busca formar en los actores del proceso educativo una actitud proactiva, en contraposición a una actitud reactiva. Su ejecución involucra la participación conjunta y coordinada de las autoridades educativas de los tres niveles de gobierno, así como de directores de centro, profesores, padres de familia, estudiantes y sociedad, con el fin de incrementar la permanencia y conclusión exitosa de la EMS (SEP, 2013).

En el marco de este programa, los planteles de EMS recibieron una caja de herramientas compuesta por doce manuales, en los que se describen las estrategias para atender las causas del abandono escolar e incentivar el desarrollo educativo de los estudiantes. Los temas que integran el paquete de manuales son los siguientes:

1. *Manual para prevenir riesgos de abandono escolar*: establece herramientas de apoyo para el proceso de planeación participativa del plan contra el abandono escolar. Lo anterior tiene el objetivo de propiciar la participación de toda la comunidad educativa en la identificación de las principales causas del abandono escolar, así como para que pueda elaborarse un diagnóstico profundo de la situación, a partir del cual se diseñará un plan contra el abandono escolar en el plantel.
2. *Manual para recibir a los nuevos estudiantes*: propone la realización de un taller introductorio para estudiantes de nuevo ingreso, con sesiones que pueden llevarse a cabo de manera continua o esporádica, en donde se les ofrezcan elementos para procurar una transición más amigable a la EMS, reforzar su autoestima, entender mejor este nivel educativo e introducirse a las competencias genéricas.
3. *Manual para impulsar mejores hábitos de estudio*: está conformado por estrategias para promover mejores métodos de estudio y optimizar el rendimiento académico de los estudiantes durante su trayectoria académica en la EMS.
4. *Manual para implementar la tutoría entre pares*: presenta una propuesta de tutorías entre alumnos. La dinámica consiste en capacitar a los estudiantes con mejor rendimiento académico para que puedan ayudar a sus compañeros en la regularización escolar.
5. *Manual para acompañar las decisiones de los estudiantes*: propone que los bachilleratos ofrezcan a sus alumnos mecanismos y espacios para una constante toma de decisiones, lo que les ofrecerá un «entrenamiento» previo para enfrentar desafíos o retos sobre aspectos decisivos en su vida.
6. *Manual para orientar a los alumnos en el establecimiento de su plan de vida*: sugiere un conjunto de propuestas para realizar talleres

- sobre un proyecto de vida. Tiene como finalidad incentivar a los estudiantes a reflexionar sobre sus planes personales y el papel que los estudios tienen en ellos.
7. *Manual para apoyar la orientación educativa*: establece algunas propuestas de orientación educativa para motivar el acompañamiento personalizado de los estudiantes, con el objetivo de potenciar su desarrollo. Esto puede lograrse si se brindan las herramientas necesarias, tanto al director como a los docentes, para impulsar a los estudiantes a reflexionar y conocerse a sí mismos, a través de ejercicios prácticos, para que transiten con éxito su trayectoria académica en la EMS.
 8. *Manual para incentivar el diálogo con los padres de familia*: propone una guía para dialogar con los padres. Además, ofrece información que el profesor puede compartir con las familias para que conozcan de qué manera pueden contribuir al desempeño académico de sus hijos.
 9. *Manual para ser un mejor tutor*: presenta una estrategia de tutoría que ofrece elementos para que cualquier docente pueda llevarla a cabo, de manera que los estudiantes con bajo rendimiento académico reciban apoyo oportuno para regularizarse.
 10. *Manual de redes sociales y su uso para prevenir y atender el abandono escolar*: plantea estrategias para el uso y aprovechamiento de las redes sociales. Las presenta como herramientas útiles para incentivar la comunicación con los estudiantes, tanto con los padres de familia como con toda la comunidad escolar.
 11. *Manual para el desarrollo de habilidades socioemocionales*: está conformado por propuestas para el desarrollo de habilidades socioemocionales consideradas clave para los estudiantes de EMS.
 12. *Manual del proceso de planeación participativa para el plan contra el abandono escolar*: presenta herramientas de apoyo para el proceso de planeación participativa del plan contra el abandono escolar.

La implementación del MCAE comenzó en 2013. A partir de ese año, según cifras de la SEP (2013), se han distribuidos dieciocho mil cajas de herramientas en los planteles de EMS. Estos manuales también se encuentran disponibles en el portal de internet de la Subsecretaría de Educación Media Superior.

VI. La perspectiva de los directores y docentes del Sabes: hallazgos y resultados

1. Las causas del abandono escolar

¿Cuáles son las principales causas del abandono escolar según los profesores del Sabes? ¿Concuerdan con las consideradas por el programa MCAE? Las preguntas anteriores son fundamentales para introducirnos en el análisis de los factores que incentivan el uso de las herramientas de un programa educativo federal por parte del profesorado en una localidad determinada. Esto es relevante porque se ha considerado que si los docentes concuerdan con los principios, metas y la racionalidad del programa ideado centralmente, crearán las condiciones necesarias que conduzcan a su legitimación e implementación en el aula escolar. Bajo esta lógica, el primer objetivo de las entrevistas realizadas fue analizar la concordancia entre las causas de abandono escolar identificadas y las percibidas por el profesorado.

Respecto a las consideradas por el programa, el MCAE tomó como base para definir sus objetivos los resultados del *Estudio Nacional de Deserción de la Educación Media Superior* (Enadems). Este estudio, publicado por la SEP en el año 2012, constó de 13014 entrevistas a jóvenes —2549 desertores, 5686 no desertores y 4779 no matriculados—. Por una parte, este estudio nacional identificó como las principales razones para abandonar la escuela las siguientes: falta de dinero en el hogar (42%), el disgusto a estudiar (8%), el embarazo (8%), la reprobación (8%), el matrimonio (6%) y el atribuirle mayor importancia a trabajar (5%). Por otra parte, estableció que existían factores, más allá de los económicos, que aumentaban la probabilidad de abandono escolar, estos son: el embarazo (370%), ser expulsado por indisciplina (330%), el haber reprobado alguna vez (150%), la inasistencia (118%) y la baja escolaridad de la madre (110%).

En cuanto a las causas identificadas por los docentes entrevistados, los resultados fueron diversos. Los profesores consideran que, si bien la situación económica puede ser una causa del abandono escolar, en la mayoría de los casos no es el factor principal. Según reiteradas observaciones, estas causas son atendidas mediante estrategias de la propia escuela —como brindar útiles escolares, copias y material escolar a los alumnos con bajos recursos— o mediante becas brindadas por la SEP y la Secretaría de Educación de Guanajuato (SEG) para evitar el abandono escolar.

«Hay chicos que sí quieren estudiar, que sí lo desean y la situación económica no les permite. Tienen que retirarse. Pero es muy raro que se retiren por la situación económica» (Maestra, Sabes).

«En el caso de alumnos que no tienen ingresos, que a veces es una de las causas por las cuales se dan de baja, se les hace un trámite de una beca de no abandono... también se les da beca de alimentación o de material. Por ejemplo sacar copias, cosas que requieren ellos, que a veces por la cuestión del dinero no tienen acceso» (Maestra, Sabes).

En los casos en que los docentes mencionaron los bajos ingresos familiares como un factor de deserción, señalaron que dicha causa no era la principal, sino que contribuía a fortalecer la visión del estudiante sobre su incapacidad para aprobar las materias o sobre las ventajas del trabajo en comparación con el estudio. Es decir, la situación económica es vista por el profesorado como un factor que detona otras causas del abandono.

¿Qué causas fueron las identificadas por los docentes? El primer factor mencionado fue la falta de interés de los padres de familia por los estudios de sus hijos y la falta de apoyo. En todas las entrevistas realizadas, la percepción de las maestras fue que los programas educativos establecen un cúmulo de acciones dirigidas al profesorado; sin embargo, ponen poca atención a la relación entre los padres de familia y los estudiantes. Señalan que su campo de acción hacia los alumnos es limitado, ya que estos pasan solo una parte del día en las aulas, mientras que el resto del tiempo se encuentran a cargo de los padres de familia. Además, refirieron que su influencia en los jóvenes para incentivarlos a concluir sus estudios está limitada por la falta de apoyo de los padres y la repetición de patrones familiares, en los que se considera que el estudio no es fundamental para el desarrollo personal.

El segundo factor mencionado fue la reprobación. Los docentes señalaron que dentro de los factores escolares, por encima de la mala conducta o inasistencia, la reprobación es la principal causa por la que los alumnos dejan la EMS. Si bien algunos alumnos se cambian a otras instituciones cuando reprueban —generalmente privadas— la mayoría optan por no continuar con sus estudios. Como reacción a lo anterior, los maestros refirieron que en los últimos años ha cambiado la manera de evaluar y acompañar a los jóvenes para evitar esta situación. La modificación en estos procesos educativos ha sido impulsada primordialmente por la SEP.

Por último, un tercer factor identificado fue la motivación propia del alumno. Este término ha sido denominado por la literatura como *Mindset*. De acuerdo con Carol Dweck (2008), podemos entender este concepto como aquellos factores psicológicos —denominados

motivacionales o no cognitivos— que pueden impactar en el desempeño académico del alumno. El *Mindset* del estudiante puede incluir las creencias de los jóvenes sobre ellos mismos, sus hábitos o autocontrol. Los profesores señalaron que la motivación del alumno es fundamental para continuar con sus estudios, a pesar de las adversidades económicas o familiares. La autopercepción y motivación es relevante en la etapa de la adolescencia en la que se encuentran los jóvenes que transitan la EMS, ya que puede impactar en su autoestima, determinación y visión sobre su futuro.

2. La claridad de las herramientas del programa MCAE

De acuerdo con el modelo analítico propuesto por Doyle y Ponder (1977), el primer elemento que determina la aceptación de los docentes y el uso de las herramientas de un nuevo programa educativo es la *instrumentalidad*. Bajo este primer supuesto, el programa y la capacitación que permita su difusión deben, por un lado, describir claramente las herramientas o estrategias propuestas y, por otro lado, especificar cómo se relacionan con las metas establecidas por el programa y con la solución del problema identificado. Al respecto, los resultados de las entrevistas indican que el conocimiento que tienen los directores y los docentes sobre el MCAE es asimétrico. Mientras los directores tienen un amplio conocimiento del programa y de sus estrategias, algunos docentes tuvieron mayor dificultad en identificar qué herramientas específicas componen el movimiento y cómo estas permiten alcanzar ciertos objetivos. ¿A qué se debe esta asimetría? Para dar respuesta a esta interrogante se analizarán tres puntos: a) si se recibieron los manuales y de qué manera —física o digital—, b) cuál es la percepción de los directores y docentes respecto a los manuales y su contenido, y c) cómo fue la capacitación que recibieron del programa.

Respecto al primer punto, ambas directoras indicaron haber recibido los manuales de manera física y digital. Una directora señaló haber reproducido dicho material para los profesores de su centro escolar, mientras que la otra directora mencionó haber colocado los manuales en la biblioteca de la escuela para su consulta pública. En cuanto a los docentes, refirieron no contar con dicho material físicamente, pero sí en formato electrónico, a través de la página web de la SEMS. Algunos profesores comentaron que además habían recibido un pequeño libro que resumía el programa, archivos electrónicos con información del abandono escolar o correos electrónicos con recordatorios sobre la importancia de la detección de alumnos en riesgo. Con base en lo anterior,

es posible puntualizar que los actores entrevistados tenían fácil acceso a los materiales del programa.

En relación con el segundo punto, la percepción y los comentarios de los directores y docentes sobre los manuales, su presentación y contenido, fueron divergentes. Pueden ser divididos en dos grupos, por un lado están aquellos que leyeron el material y, por el otro, quienes no lo hicieron. Los primeros —en los que se incluye a las directoras de los centros educativos— refirieron que el contenido de los manuales es muy bueno y fácil de entender, que el material ofrece información relevante para estimar la situación actual del problema del abandono en la EMS y brinda estrategias útiles para combatir las causas de la deserción en el aula. No obstante, puntualizaron que los manuales son muy extensos —alrededor de 557 páginas de contenido en conjunto— y tienen mucha información innecesaria. Un segundo grupo de maestros refirió no haber leído los doce manuales de los que se compone el programa—mencionaron haber leído un pequeño libro sobre el MCAE, solo un manual o no haber leído nada—. En este segundo caso, las causas referidas fueron que los materiales eran muy extensos; que los directores les recomendaron leer solo un manual en específico o que no les correspondía leer dicho material porque el programa solo se estaba implementado en un año en específico, y ese no estaba a su cargo.

«Aquí yo tengo varias opiniones: los manuales son excelentes, o sea, el material que incluye cada manual es excelente. Sin embargo, sí es complicado bajarlo a la práctica porque, yo te hablo de mi subsistema, todos los maestros tienen su carga de clase completa, o sea, es una clase tras otra tras otra» (Directora, Sabes).

En lo que respecta al tercer punto, el que se refiere al proceso de capacitación del programa, los resultados de las entrevistas indican que esta no ha sido constante, y tampoco generalizada ni homogénea. Los directores y docentes coinciden en que la capacitación fue hace muchos años y no se les han vuelto a dar cursos para fortalecer las capacidades necesarias para su implementación. Por parte de la SEP tampoco ha habido ningún proceso de retroalimentación para analizar la percepción de los maestros respecto a las problemáticas encontradas en la aplicación de las estrategias o herramientas. Esta falta de diálogo entre los diseñadores del programa federal y sus usuarios locales, permea la aplicación continua del MCAE.

La capacitación tampoco fue generalizada, es decir, algunos docentes fueron seleccionados para recibirla y otros no. Las directoras refirieron que sí habían recibido capacitación, sin embargo, muy pocos maestros dijeron haber ido a cursos en los que se les explicara de qué trata el programa, las herramientas que ofrece y cómo aplicarlo en las

aulas escolares. La capacitación por goteo, es decir, mediante la transferencia de conocimiento de un nivel jerárquico superior a uno inferior —de los directores hacia los docentes— tampoco pareció llevarse a cabo completamente. Como se mencionó anteriormente, algunos profesores comentaron haber recibido el material del programa, pero no una capacitación estructurada y sistemática.

Por último, las estrategias de capacitación utilizadas tampoco fueron homogéneas. Las directoras dijeron haber asistido a reuniones en donde facilitadores les explicaron el contenido del programa y que ahí mismo pudieron realizar planes de trabajo para instrumentar las herramientas aprendidas. En cuanto a los docentes, algunos refirieron que fueron invitados a actividades presenciales para conocer el programa; otros más comentaron haber llevado cursos de capacitación de manera virtual mediante videos. No obstante, la mayoría mencionó que no asistieron a capacitación alguna.

Si bien, los profesores no recibieron información sobre el programa de la misma manera, todos indicaron que tenían algunos conocimientos sobre las estrategias planteadas por el MCAE, debido a que, en órganos colegiados —en el que participan el director del centro educativo, sus profesores y el orientador educativo—, habían analizado qué herramientas implementar de acuerdo con el contexto del bachillerato y con las experiencias positivas que tenía cada profesor con ciertas estrategias. No obstante, es importante aclarar que en estos órganos no se analizó el MCAE en específico. Dichas reuniones consistían en una «lluvia de ideas» sobre posibles prácticas útiles para prevenir el abandono escolar en sus bachilleratos.

Nos entregaron hace tiempo unos cuadernitos, eran doce y después nos mandaron otros dos. En cada cuadernillo se describían las actividades que se tenían que hacer como sugerencias para el no abandono escolar. Desde la orientación educativa, canalización a tutorías, asesorías académicas de los chicos que van rezagados, sobre todo en matemáticas, juntas con padres, llamadas telefónicas, hablar con los chicos, ver la posibilidad de becas (Directora, Sabes).

No recibí capacitación, nos dieron los folletos. En el cuerpo colegiado tuvimos una pequeña plática y analizamos de qué se trataba. Pero curso en sí, no. Nos mandaron archivos con las herramientas. Qué es lo que podíamos traer, las estrategias que probablemente podíamos hacer (Maestra, Sabes).

En resumen, los docentes coincidieron en que sí recibieron los manuales del MCAE, ya sea de manera física o digital. Aquellos que leyeron el material refirieron que contiene información y estrategias útiles para

evitar el abandono escolar. Sin embargo, también concuerdan en que los manuales son muy extensos y contienen mucha información que no es relevante. Por último, la asimetría entre directores y docentes en torno al conocimiento del MCAE puede deberse a los procesos de capacitación. En específico, los maestros refieren que la capacitación se impartió hace varios años y no se le dio continuidad, que no se realizó de manera general y que los métodos utilizados no fueron homogéneos.

3. Congruencia entre las prácticas educativas propuestas por el MCAE y las actuales

El segundo elemento del modelo analítico es la congruencia. Un programa cumple con esta categoría si las herramientas propuestas son compatibles con las prácticas reales instrumentadas en el aula, si concuerda con el contexto escolar en donde se implementarán y si considera las relaciones interpersonales que surgen entre los actores involucrados en los procesos de enseñanza-aprendizaje: directores, profesores, alumnos y padres de familia. El objetivo es que las instituciones y prácticas existentes sean preservadas y modificadas de forma paulatina, no desmanteladas (Doyle y Ponder, 1977).

Respecto a la compatibilidad de las prácticas propuestas con las reales, los profesores señalaron que la mayor parte de su tiempo lo dedican a los procesos de enseñanza-aprendizaje dentro del salón de clase. Las estrategias propuestas que involucran tareas distintas a este objetivo son difíciles de implementar, ya que deben cumplir con un temario escolar determinado. Los docentes hicieron hincapié en que su tarea principal es la de facilitar a los jóvenes el aprendizaje de los conocimientos para su transición efectiva en la EMS.

Mi línea de trabajo es a través del mismo proceso de enseñanza-aprendizaje. He comprobado en muchas ocasiones que, por ejemplo, para un docente el 98% de su tiempo su función es ser maestro (enseñar). Entonces, él tiene que atender primero los problemas de aprendizaje de los chavos en sus materias... Y en la medida en que se ajusta el proceso de enseñanza-aprendizaje se va ajustando todo. La motivación, el interés, la asistencia, las habilidades socioemocionales (Directora, Sabes).

Otra percepción del profesorado del Sabes fue que el MCAE tampoco contempla que existen procesos internos de deliberación y planeación de estrategias educativas en su subsistema local. Los docentes refieren que determinan las prácticas que implementarán en el curso mediante la deliberación en un órgano colegiado. En estas reuniones

los docentes y directores comparten sus experiencias sobre las estrategias educativas que han sido efectivas para obtener ciertos resultados —como reducir el abandono escolar—. La opinión general fue que los programas federales establecen ciertas herramientas sin contemplar la visión del profesorado y sin considerar que las prácticas no se pueden implementar de igual manera en todos los contextos o grupos, ya que los alumnos que los integran son diferentes. En el aula, las estrategias que se realizan son elegidas por el propio maestro, de acuerdo con el grupo o alumno en particular. En cuanto a las estrategias del MCAE, indicaron que eran consideradas, en el momento de decidir de manera colegiada, las herramientas que podrían implementarse a nivel escuela, pero no eran llevadas a cabo obligatoriamente.

Las estrategias han sido en base a eso, tenemos órganos colegiados donde ahí se pretende conocer a nuestra población, a nuestros chicos. Cada maestro puede hacer aportación de algo, una estrategia, incluso lo que el mismo Sabes nos ha establecido, como son todas las acciones para que el aprendizaje sea significativo para un chico de esta época (Orientadora educativa, Sabes).

Debido al grado de autonomía que tiene el maestro para identificar y para aplicar las estrategias que considera más eficaces contra el abandono, los directores identificaron que la empatía y motivación del profesor son elementos indispensables para disminuir las tasas de abandono escolar. Su apreciación fue que el éxito depende, en gran medida, de los docentes y no de un programa propuesto. En una escuela, la directora refirió que organizaban torneos deportivos, talleres de teatro y arte. En la otra escuela, la directora comentó que había profesores que conseguían boletos para asistir al teatro de manera gratuita y organizaban minitorneos. Estas estrategias son implementadas con el fin de que el alumno se sienta parte de la escuela, querido y motivado a continuar sus estudios.

La percepción generalizada de las directoras y profesoras es que las herramientas propuestas por los programas escolares, entre los que se encuentra el MCAE, no consideran las capacidades reales de operación de las escuelas. En un bachillerato, la directora refirió que, si bien es cierto que el programa tiene contenido muy bueno, es difícil aplicarlo debido a las cargas de trabajo y al poco personal administrativo —solo la directora y su asistente tendrían que atender a dieciocho maestros y a más de quinientos alumnos—. Esta falta de coherencia, entre el entorno para el cual fue diseñado el programa y el real, impide la implementación de algunas herramientas. La estrategia de redes sociales es un claro ejemplo. Este manual propone que un profesor pueda fungir

como tutor digital para monitorear las actividades de los alumnos en línea. Para lo anterior, se sugiere la formación de grupos en Facebook, Twitter o Whatsapp con el fin de difundir mensajes en contra del abandono, monitorear las necesidades de los alumnos, así como detectar casos de acoso estudiantil. Aun cuando la intención de la herramienta puede ser buena, los directores mencionaron que su implementación era casi imposible. Entre las causas que detectaron fue la falta de conocimiento de los docentes sobre estas redes, la falta de equipo de cómputo o dispositivos electrónicos y la insuficiencia de personal para realizar esta tarea.

En cuanto a los cambios en las relaciones interpersonales dentro de la escuela, las prácticas propuestas por el MCAE sugieren una relación distinta entre docentes-alumnos y entre docentes-padres de familia. En cuanto a la interacción docentes-alumnos, varios manuales del programa —como los manuales para acompañar las decisiones de los estudiantes, orientar a los alumnos en el establecimiento de sus planes de vida o para apoyar la orientación educativa— proponen el acompañamiento personalizado en las decisiones de los estudiantes, así como ofrecer mecanismos y espacios de reflexión constante sobre la toma de decisiones ante los desafíos decisivos de su vida.

Estas estrategias requieren un cambio de paradigma en la relación maestro-instructor a maestro-guía. No obstante, como los resultados de las entrevistas lo indican, en el caso de la EMS no todos los docentes cuentan con una formación pedagógica que les permita aplicar nuevas estrategias de enseñanza. En la EMS los profesores pueden haber estudiado otras profesiones, pueden ser abogados, ingenieros, químicos, entre otros. Por esta razón, algunos docentes refirieron no contar con la capacitación necesaria para acompañar al alumno desde una lógica socioemocional.

«En secundaria y preparatoria es una situación real que somos profesionistas, no somos docentes de formación. A diferencia de primaria, que se supone deben de ser normalistas, nosotros no lo somos (Orientadora educativa, Sabes)».

En cuanto a la relación docentes-padres de familia, el manual propone que los profesores dialoguen con los padres sobre las posibles formas de contribuir al desempeño académico de sus hijos y para mejorar la comunicación con ellos, con el fin de detectar si se encuentran en una situación de riesgo. El MCAE establece como medios para lograr este objetivo la comunicación escrita y verbal. La escrita mediante cartas, boletines periódicos y mensajes de texto vía celular. La verbal con reuniones grupales o individuales con padres de alumnos de poblaciones específicas. En relación con esta estrategia, los maestros indicaron

tres aspectos: a) si bien cuentan con la participación de la mayoría de los padres de familia en las reuniones para entrega de calificaciones, los padres de los jóvenes que se encuentran con mayor riesgo de abandono escolar son los que no asisten, por lo que es difícil colaborar con ellos para prevenir la deserción, b) los padres de familia no participan continuamente, solo asisten a las reuniones de entrega de calificaciones, pero no se involucran activamente en las actividades escolares, c) los profesores consideran que atender problemas o aspectos de índole familiar rebasa sus obligaciones docentes. El rol de los padres es esencial para el desarrollo académico de los estudiantes y su permanencia. Los docentes consideran que el sistema educativo ha puesto en ellos la responsabilidad de educar a los jóvenes, cuando debería ser una labor compartida con la familia.

4. Costos extraordinarios en tiempo y esfuerzo

Por último, el concepto de costos extraordinarios se refiere al tiempo o esfuerzo —fuera del que requiere la labor docente ordinaria— que conlleva la lectura, entendimiento, planeación e implementación de las nuevas prácticas educativas propuestas. Como se mencionó en el apartado de instrumentalidad, los maestros refieren que los manuales son muy extensos. Indican que, en conjunto, la planeación y aplicación de los programas educativos les toman varias horas extras semanales.

También coincidieron en que existe duplicidad entre los programas federales y estatales. Ambos niveles de gobierno ofrecen herramientas o políticas públicas para atender problemáticas similares. En el caso particular del abandono escolar, el MCAE propone reducir el rezago educativo del estudiante mediante tutorías, con el fin de evitar la reprobación y la consecuente baja académica. Las estrategias referidas en el programa se describen en el *Manual para ser mejor tutor en planteles de Educación Media Superior (Manual del tutor)*. Por su parte, el Sabes cuenta con un programa de tutorías propio, denominado Programa Institucional de Tutoría Académica (Pinta). Ambos programas son resultado de la Reforma Integral de la EMS y concuerdan en que las tutorías, profesor-alumno y entre pares, son una herramienta fundamental para la detección y atención de las problemáticas que viven los jóvenes en su ámbito escolar.

La duplicidad de programas no solo se observa entre distintos niveles de gobierno. Existen estrategias pertenecientes al Sistema Educativo Federal que coinciden en sus objetivos. Un caso relevante es la herramienta denominada *Manual para el desarrollo de habilidades socioemocionales en planteles de Educación Media Superior (Manual de ha-*

habilidades socioemocionales), propuesto por el MCAE, y las establecidas en el programa Construye T, planteado por la SEP en conjunto con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El primero establece propuestas para identificar y fomentar en los estudiantes habilidades específicas deseables. Sugiere, entre otras prácticas, la evaluación del currículo escolar, de los proyectos y las prácticas escolares con el fin de incorporar el desarrollo de habilidades socioemocionales y la vinculación con comunidades locales en actividades extracurriculares (SEP, 2013). El segundo establece como objetivo desarrollar las habilidades socioemocionales de los estudiantes del nivel medio superior, a través de la implementación de herramientas para enfrentar con éxito los retos académicos y personales, con el fin de mejorar su bienestar presente y futuro (SEP, 2017).

Conforme a los resultados de las entrevistas, la duplicidad entre programas con objetivos similares tiene dos consecuencias: a) que los docentes no distingan las diferencias entre los programas o no identifiquen con claridad cuáles son las estrategias propuestas por cada uno de ellos —al preguntarles sobre las herramientas del MCAE implementadas en el bachillerato, muchos profesores refirieron que aplicaban el programa Construye T, el cual es un programa distinto—, y b) que los profesores lleven a cabo las estrategias de los programas que son obligatorios, ya sea porque se encuentran instaurados dentro de la currícula académica, son realizados dentro del horario de clases de los alumnos o porque se les piden informes de seguimiento obligatorio. Por estos motivos, y de acuerdo con lo referido por los docentes, el programa Construye T se aplica con prioridad por encima de las herramientas descritas en el *Manual de habilidades socioemocionales*, ya que el primero tiene un espacio obligatorio de veinte minutos diarios (SEP, 2017), mientras que el segundo no cuenta con un horario específico. De igual manera, se instrumenta el Pinta por encima de las estrategias del *Manual del tutor*, ya que el programa propuesto por el Sabes tiene sesenta minutos semanales dentro del horario de clases, además de que exige a los profesores la entrega obligatoria de reportes de avance y seguimiento.

Yo creo que puede percibirse como trabajo doble, el Construye T sí está establecido que debe llevarse a cabo. O sea, todos los maestros tenemos conocimiento de eso, es parte de nuestra labor, es una indicación. Viene desde la elaboración de nuestras planeaciones que debe estar. Pero respecto a los demás programas, hubo un momento en que sí, era como con diferentes nombres atacar la misma situación. Yo que doy una sola materia, sí llegan a ser una saturación (Orientadora educativa, Sabes).

Respecto a los programas de la SEP y el Sabes mencionan: «Sí son muy parecidos. Casi todos tenemos las mismas estrategias. Te digo tutoría, orientación educativa, las becas» (Directora, Sabes).

VII. Conclusiones y recomendaciones

Conforme a los resultados de las entrevistas realizadas a los directores de centro y profesores en los dos bachilleratos del sistema estatal Sabes, y con sustento en el modelo analítico de Doyle y Ponder (1977), es posible concluir lo siguiente:

1. Las causas del abandono escolar identificadas por los profesores coinciden con las descritas por el MCAE. Sin embargo, existen diferencias respecto a su ponderación. El programa considera como una de las principales causas de la deserción el nivel socioeconómico del alumno, mientras que los docentes refieren que este factor no es el de mayor relevancia. Los profesores perciben que las dos causas principales son la reprobación y la motivación del alumno. Además, señalan que cuando estos factores coinciden con un nivel socioeconómico bajo, es más probable que el alumno abandone la escuela. Por lo anterior, se recomienda enfatizar en los procesos de capacitación, las causas detectadas por los estudios sobre el abandono escolar realizados por instituciones de gobierno, académicas y de la sociedad civil, asimismo, resaltar cómo las herramientas del MCAE atienden estas causas. De igual manera, mediante un ejercicio de retroalimentación, se propone integrar las causas que los profesores perciben como las más importantes para el abandono, con el fin de establecer objetivos conjuntos, legitimar el programa educativo propuesto e incentivar el uso de sus herramientas.
2. No todos los docentes han leído los manuales que integran el MCAE. Aquellos que sí lo hicieron, refieren que el contenido de las herramientas es valioso y claro, sin embargo muy extenso. La asimetría en el conocimiento del programa, de las herramientas y de los resultados esperados, por parte de los directores y profesores, puede deberse a los procesos de capacitación. Conforme al análisis de las entrevistas, los docentes perciben que las capacitaciones se dieron hace mucho tiempo, solo a algunos maestros y con métodos diversos —presenciales, videos o material de lectura—. Además de no existir procesos de seguimiento y retroalimentación en relación con la implementación del programa. Conforme a estas

observaciones se recomienda: a) diseñar los manuales del programa de manera ejecutiva y sintética y b) fortalecer el sistema de capacitación del MCAE. En referencia al segundo punto, se propone que la capacitación sea continua, con el fin de obtener la retroalimentación de los profesores sobre las dificultades enfrentadas en la implementación del programa; asimismo, que sea general, es decir, que se imparta a la totalidad de directores y profesores de EMS; finalmente, que sea homogénea, con el fin de difundir los mismos conocimientos del programa entre los docentes.

3. Las prácticas propuestas por el MCAE no son del todo congruentes con las realizadas en el salón de clase. Los docentes refieren que estas estrategias no contemplan que la mayor parte del tiempo su labor se focaliza en el proceso de enseñanza-aprendizaje, es decir, en cubrir el contenido curricular obligatorio. Esto puede desincentivar el uso de prácticas propuestas por el programa que no contribuyen al avance y conclusión del temario obligatorio de la materia. El contexto de los bachilleratos es otro aspecto que no siempre es compatible con las herramientas propuestas, en ocasiones, la falta de recursos humanos, económicos o materiales en las escuelas puede impedir su uso. Para cubrir estos dos aspectos, por un lado, se recomienda que las prácticas establecidas en el MCAE integren la teoría aprendida en la materia con el fin de propiciar procesos de identidad y reflexión en los alumnos; por otro lado, se propone dotar a las escuelas con los recursos necesarios para el ejercicio de las prácticas propuestas por el programa. En caso de que por cuestiones presupuestales esto sea imposible, es necesario modificar las estrategias incompatibles.
4. Respecto a la coherencia entre las relaciones interpersonales propuestas por las herramientas del MCAE y las actuales, es posible concluir lo siguiente:
 - a) Debido a que un gran porcentaje de los profesores de EMS no cuentan con una carrera normalista o relacionada con pedagogía, es difícil para ellos desarrollar prácticas en las que se propone el acompañamiento personal del alumno, más allá del proceso de enseñanza-aprendizaje.
 - b) La participación de los padres de familia en el proceso educativo no es constante, por lo que es otro factor importante para el abandono escolar. Respecto a estos puntos, este documento considera que, para lograr el éxito en la implementación del MCAE, es importante capacitar a los docentes sobre técnicas de pedagogía, procesos de aprendizaje y desarrollo de habilidades socioemocionales. También se recomienda la creación

de programas paralelos a este movimiento, los cuales permitan el involucramiento de los padres de familia en el proceso de desarrollo educativo, ya que son actores fundamentales para evitar la deserción de los jóvenes.

5. Por último, es importante reducir los costos, tanto en tiempo como en esfuerzo, que conllevan el entendimiento y aplicación de las estrategias del programa. La percepción docente es que los manuales son muy extensos, por lo que su lectura, comprensión, planeación y aplicación demanda alrededor de cinco, o incluso más, horas extraordinarias por semana. Además, existen diversos programas para atender problemas similares, ya sea entre distintos niveles de gobierno o entre el mismo nivel. Esta duplicidad en los programas contra el abandono escolar tiene dos consecuencias. La primera es que los maestros no identifican con claridad las herramientas propuestas por un programa en específico; la segunda es que aplican solo aquellos programas que son obligatorios. Para atender esta situación, es importante, por un lado, crear manuales ejecutivos que resuman las herramientas propuestas por el programa y, por otro lado, disminuir el número de ejercicios prácticos sugeridos. De igual manera, es necesario revisar e integrar los programas duplicados por las secretarías de educación estatales y por la SEP, así como incluir las herramientas de los programas educativos propuestos, entre ellos el MCAE, en la currícula académica obligatoria y dentro del horario de clases de los alumnos.

VIII. Fuentes

- BACKER, T.E. (1988). Research Utilization and Managing Innovation in Rehabilitation Organizations. *Journal of Rehabilitation*, 54(2), 18-22.
- BARABBA, V. (1978). Knowledge Utilization—Differences Between Public/Private Agencies. Research Utilization Conference, University of Pittsburgh.
- CHEUNG, A. y WONG, P. (2011). Effects of school heads and teachers agreement with the curriculum reform on curriculum development progress and student learning in Hong Kong. *International Journal of Educational Management*, 25(5), 453-473.
- COBURN, C.E., TOURE, J., y YAMASHITA, M. (2009). Evidence, Interpretation, and Persuasion: Instructional Decision Making at the District Central Office. *Teachers College Record*, 111(4), 1115-1161.

- COLLER, X. (2005). *Cuadernos metodológicos 30. Estudio de casos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- COPELAND, W.D. y WALTER, D. (1973). Laboratory Skill Training and Student Teacher Classroom Performance. *The Journal of Experimental Education*, 42(1), 16-21.
- DANKHE, G. (1986). Investigación y comunicación. En Fernández, C. y Dankhe, G.L. (eds.). *La comunicación humana: ciencia social*. México: McGraw-Hill.
- DORN, S. (1996). *Creating the Dropout: An Institutional and Social History of School Failure*. Westport: Praeger.
- DOYLE, W. y PONDER, G. (1975). Classroom Ecology: Some Concerns About a Neglected Dimension of Research on Teaching. *Contemporary Education*, 46(3), 183-188.
- DOYLE, W. y PONDER, G. (1977). The Practicality Ethic in Teacher Decision Making. *Interchange*, 8(3), 1-12.
- DUKE, D.L. (2004). *The Challenges of Educational Change*. Boston: Pearson.
- DWECK, C.S. (2008). *Mindset: The New Psychology of Success*. New York: Ballantine Books.
- FULLAN, M. (2001). *The New Meaning of Educational Change*. (3a. ed). Nueva York: Teachers College Press.
- HARGREAVES, A. (2003). *Teaching in the Knowledge Society: Education in the Age of Insecurity*. Nueva York: Teachers College Press.
- HONIG, M., VENKATESWARAN, N., MCNEIL, P. y TWITCHELL, J.M. (2014). Leaders' Use of Research for Fundamental Change in School District Central Offices: Processes and Challenges. En Finnigan, K.S. y Daly, A.J. (coords.). *Using research evidence in education*. Nueva York: Springer International Publishing.
- HOVLAND, C., JANIS, I., y KELLEY, H. (1953). *Communication and Persuasion*. New Haven: Yale University Press.
- INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN. (2017). *Directrices para mejorar la permanencia escolar en la educación media superior*. Ciudad de México: INNE.
- . (2018). *La educación obligatoria en Guanajuato. Informe 2018*. Guanajuato: INEE.
- KATZ, D. (1968). Consisting for what? the functional approach. En Abelson, R.P., Aronson, E., McGuire, W.J., Newcomb, T. M., Rosenberg, M. J. y Tannenbaum, P. H.(coords.). *Theories of Cognitive Consistency: A sourcebook*. Chicago: Rand-McNally.
- LARSEN, J.K. (1979). Knowledge utilization. What it is? *Knowledge: Creation, Diffusion, Utilization*, 1(3), 421-442.

- LITTLE, J.W. (2011). Understanding Data Use Practice among Teachers: The Contribution of Micro-Process Studies. *American Journal of Education*, 118(2), 143-166.
- RICH, R.F. (1997). Measuring knowledge utilization: Processes and outcomes. *Knowledge and Policy*, 10(3), 11-24.
- SAMPIERI, R., FERNÁNDEZ, C. Y BAPTISTA, P. (1997). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill.
- SCHWAB, J.J. (1969). The Practical: A Language for Curriculum. *The school review*, 78(1), 1-23.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA. (2012). *Reporte de la Encuesta Nacional de Deserción en la Educación Media Superior*. México D. F.: SEP.
- . (2013). *Movimiento contra el Abandono Escolar*. Ciudad de México: SEP.
- . (2017). *Consideraciones y sugerencias del Programa Construye T. Semestre 1-2017*. Ciudad de México: SEP.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA E INSTITUTO NACIONAL DE SALUD PÚBLICA (2015). *Análisis del Movimiento contra el Abandono Escolar en la Educación Media Superior*. México: SEP, INSP.
- STAKE, R. (1998). *Investigación con estudio de casos*. (2a. ed.). Madrid: Ediciones Morata.
- TAYLOR, S.J. y BOGDAN, R. (2000). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Madrid: Paidós.
- WHITAKER, K.S. (1998). Implementation Processes, Structures, and Barriers to High School Restructuring: A Case Study. *Journal of School Leadership*, 8(6), 504-532.

Pensión por invalidez: En México, los requisitos previstos para el otorgamiento de las prestaciones que de ella derivan, atentan contra los derechos humanos a la seguridad social, a la salud y a la no discriminación por cuestión de edad y condición de salud

Rafael Carreón Cruz*

SUMARIO: I. A manera de introducción. II. Aspectos epistemológicos del Estado constitucional de derecho. III. Consideraciones generales de la pensión por invalidez en México. IV. Derecho humano a la seguridad social, a la salud y a la no discriminación. V. Test de proporcionalidad: disposición normativa de la Ley del Seguro Social. VI. El caso español. VII. Conclusiones. VIII. Fuentes.

I. A manera de introducción

Los derechos humanos de corte social o de segunda generación, a lo largo del tiempo, se han enfrentado al problema de hacerse compatibles con el presupuesto de los estados. Respecto a esta clase de derechos, algunos autores han llegado incluso a cuestionar su naturaleza de derechos humanos; los cuales son inherentes a cualquier persona por el simple hecho de serlo y que tienen como fundamento la dignidad.

* Universidad de Guanajuato, campus Guanajuato. Estudió la Maestría en Justicia Constitucional, en la generación enero 2018 - diciembre 2019.

No obstante, conforme ha evolucionado el pensamiento jurídico, han sido reconocidos en diversas fuentes del derecho internacional (como los tratados internacionales), y los estados han incorporado ese reconocimiento y protección dentro de sus jurisdicciones locales.

La evolución en el tema de la efectividad de los derechos sociales, siguiendo las reflexiones de la autora Francisca Pou Giménez, ha sido tal, que las cortes supremas de países como Sudáfrica y Colombia han fallado en sus sentencias a favor de la protección más amplia del derecho humano a la salud (Giménez, 2019); argumentando que este es una condición necesaria para que puedan ejercerse los demás derechos humanos. De tal manera que, en los países citados anteriormente, se ha buscado vincular a las autoridades políticas y administrativas del Estado, para hacerlos realmente responsables de la garantía de los derechos sociales, dejando de lado la antigua justificación de no contar con los recursos económicos suficientes para hacer frente a estas prestaciones del gobernado.

La sentencia conocida como Pabellón 13 (Amparo en revisión 378/2014) es un claro ejemplo de que, en México, nuestro órgano supremo en materia jurisdiccional también ha fallado a favor de la justiciabilidad más amplia del derecho humano a la salud. Esta es una resolución modelo en el tema de estudio, pues, en ella, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) marca una verdadera apertura del sistema jurídico mexicano al reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Esta resolución obliga al Estado a proporcionar las instalaciones necesarias para atender a los enfermos del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) —que fueron quienes promovieron el amparo—, y cuyo resultado favoreció no solo a los actores del caso, sino a una comunidad vulnerable en nuestro país.

II. Aspectos epistemológicos del Estado constitucional de derecho

Antes de entrar al estudio del problema jurídico planteado en el presente trabajo de investigación, se estima necesario hacer un breve análisis de la corriente epistemológica que predomina actualmente en el orden jurídico mexicano: el Estado constitucional de derecho. Este se caracteriza, según Luigi Ferrajoli (2009), porque la condición de validez de las leyes ya no dependen solo de la forma de producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales.

Esta nueva forma de validar las normas legales ha sido producto de una larga evolución en la concepción del Estado. Dicha evolución parte del absolutismo, en este modelo, el poder se centraba en un solo

individuo, el monarca, quien estaba legitimado para imponer su voluntad a los demás. Después surge el Estado liberal del siglo xvii, que nace a raíz de la Revolución francesa; este se opone al régimen anterior y busca limitar el poder del soberano, reconociendo una serie de garantías que son oponibles al poder político, como la libertad, la igualdad y la fraternidad. Y, posteriormente, encontramos el Estado de derecho.

Siguiendo con el pensamiento de Luigi Ferrajoli (2009), dentro del Estado de derecho podemos encontrar dos acepciones:

- La primera corresponde al Estado de derecho débil o formal, y refiere a un ordenamiento en el que los poderes públicos emanan y son ejercidos conforme a las formas establecidas en la ley, es decir, los poderes públicos tienen una fuente y forma legal.
- La segunda se refiere a un Estado de derecho fuerte o sustancial, en donde los poderes públicos están sujetos a la ley, y no solo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos, es decir, están sujetos a principios constitucionales y a derechos fundamentales.

Y es precisamente en un Estado de derecho fuerte donde tiene cabida y oportunidad de éxito una investigación de este tipo; pues, como se verá en los apartados siguientes, el presente artículo pretende hacer un estudio sobre la intervención de una norma legal a un derecho fundamental, esto con la intención de que aquella sea analizada a luz de un principio constitucional: la proporcionalidad. En caso de no ajustarse a los requisitos que este principio impone, debe declararse la intervención como inconstitucional, y, por ende, la norma legal debe perder vigencia en el ordenamiento jurídico mexicano.

Es así que el objeto de investigación planteado anteriormente no tendría razón de ser en un Estado de derecho débil o formal, pues, como ha quedado descrito, en esta concepción del poder, la norma que interviene en un derecho fundamental —por el simple hecho de cumplir con los requisitos de forma para su emisión— sería legal y por lo tanto válida. De tal manera que el requisito de ajuste a principios y derechos fundamentales, no sería exigido en el orden jurídico.

Cabe destacar que, la apertura del Estado mexicano a un Estado constitucional de derecho se confirma en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en la cual se reconoce a toda persona los derechos humanos contenidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales de la materia. Así también, se impone como obligación a las autoridades el promover, respetar, proteger y garantizar estos derechos, de

conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Por último, cabe referir al autor Gustavo Zagrebelsky (2018) quien, en su obra *El derecho dúctil*, pugna por una dogmática fluida en el Estado de derecho constitucional, en el que las sustancias, principios y derechos fundamentales deben mantener su individualidad y coexistir sin choques destructivos, y sin que jamás un solo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Lo anterior es importante porque, en el orden fundamental de nuestro país, son varios los principios que se derivan, y es indispensable hacerlos convivir de manera armónica, en la medida de lo posible. Sin embargo, en caso de que dichos principios entren en coalición, deben aplicarse las técnicas interpretativas correctas que nos permitan resolver el conflicto, como es el caso de la ponderación (Guastini, 2014).

III. Consideraciones generales de la pensión por invalidez en México

Nuestro país ha sido pionero en el tema de derechos sociales. La Constitución de 1917, vigente hoy en día, fue de los primeros ordenamientos fundamentales en reconocer, a nivel mundial, esta nueva categoría de derechos; los cuales han sido definidos como «Aquellos derechos que tiene el individuo frente al Estado a algo que, si tuviera los medios financieros y se ofertaran en el mercado de manera suficiente, podría obtenerlos también de particulares» (Parcero, 2004). Ejemplo de estas prerrogativas son los derechos laborales, el derecho a la educación, a una vivienda digna, a la salud y a la seguridad social.

Como se hacía mención en párrafos anteriores, el gran problema que enfrentan en la actualidad los derechos sociales es su efectividad pues, si bien han logrado el reconocimiento constitucional y convencional, no han conseguido una plena compatibilidad con los recursos del Estado, obligado a proporcionarlos. De tal manera que, gran parte de estos derechos han sido relegados a letra muerta, pues si bien se contemplan en el orden fundamental, no existen las garantías para hacerlos efectivos.

En México, el derecho a la seguridad social se satisface a través de aportaciones, que se definen como las «contribuciones establecidas en ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado» (CFF, artículo 2o., fracción 2). Para los trabajadores del apartado A del artículo

123 de la Constitución federal, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) es la entidad encargada de administrar las cuotas obrero-patronales descritas anteriormente, y de proporcionar los servicios de salud, seguros por riesgos de trabajo, enfermedades, maternidad, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías, prestaciones sociales, vida e invalidez.

Respecto al último de los seguros mencionados, el estado de invalidez se presenta cuando el Instituto dictamina que un asegurado, virtud de una enfermedad o accidente no profesionales, se encuentra imposibilitado para procurarse, por el mismo trabajo, una remuneración superior al 50% del salario que percibió durante el último año (LFT).

Como antecedente, hay que tener en cuenta que los trabajadores que presentan una enfermedad o sufren algún accidente —que no son consecuencia de la prestación de un servicio personal subordinado— tienen derecho a recibir, por parte de IMSS, la asistencia médica adecuada y, en caso de ser necesario, a una incapacidad por enfermedad general, misma que sirve al trabajador para justificar ausencias ante el patrón, y para que el Instituto le otorgue, a partir del cuarto día de incapacidad y por el tiempo que dure incapacitado, el 60% del salario base de cotización con el que está registrado.

Cuando por la situación del trabajador, el periodo de incapacidad llegue a las cincuenta y dos semanas o si, a criterio del médico, su estado de salud lo amerita, el trabajador tendrá derecho a que su caso sea sometido a valoración por parte del Instituto para determinar un posible estado de invalidez para el trabajo (RPM del IMSS).

Una vez que se ha determinado la invalidez, la Ley del Seguro Social (LSS) establece ciertos requisitos para que el asegurado pueda acceder a las prestaciones que derivan de una pensión de este tipo (económicas y de asistencia médica) y que le permitirán hacer frente tanto a la enfermedad, como a las necesidades básicas suyas y de su familia.

De tal manera que la LSS dispone en su artículo 122, primer párrafo que:

Para gozar de las prestaciones del ramo de invalidez se requiere que al declararse esta el asegurado tenga acreditado el pago de doscientas cincuenta semanas de cotización.

[...]

En el caso que el dictamen respectivo determine el setenta y cinco por ciento o más de invalidez solo se requerirá que tenga acreditadas ciento cincuenta semanas de cotización.

De la disposición normativa descrita en el párrafo anterior, se extrae la condición impuesta a los asegurados de haber cotizado durante cinco años en el régimen obligatorio, para poder acceder a las prestaciones de la pensión, una vez declarado su estado de invalidez. De tal manera que, si el asegurado sufre un accidente no profesional o desarrolla una enfermedad antes de cumplir la antigüedad requerida por la LSS, no tendrá otra opción que seguir inscrito en el régimen obligatorio hasta alcanzar el tiempo de cotización. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, el estado de invalidez implica que el asegurado no puede procurarse un ingreso suficiente, por lo que se ve en la necesidad de buscar una ocupación distinta y que implique un menor riesgo.

IV. Derecho humano a la seguridad social, a la salud y a la no discriminación

Antes de entrar al estudio de la intervención que hace la disposición normativa contenida en el primer párrafo del artículo 122 de la LSS a los derechos fundamentales a la salud, a la no discriminación por cuestión de edad o condición de salud, y a la seguridad social, es necesario abordar el contenido de tales prerrogativas.

Por principio, el artículo 1o. de la Constitución federal, en las reformas del 10 junio de 2011 contempla, en su párrafo quinto, el derecho a no ser discriminado por cualquier categoría que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas; entre ellas la discriminación motivada por la edad o la condición de salud.

De igual manera, el artículo 4o., párrafo cuarto del citado ordenamiento, contempla el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud. Esta disposición constitucional se desarrolla en la Ley General de Salud, ordenamiento general en el que se destacan las finalidades del derecho a la protección de la salud:

Artículo 2o. El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

- I. El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.
- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

[...]

- V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

Por lo que refiere al contenido del derecho humano a la seguridad social, se toma como base el pensamiento del jurista español Óscar Buenaga Ceballos (2017), en razón de la justificación ética que establece para la efectividad del citado derecho, y que, para efectos del presente trabajo, resulta de suma importancia. Para el autor:

el primer y más evidente fundamento ético de la seguridad social está en su objetivo último, que es la erradicación o atenuación de la pobreza en las sociedades humanas, constituyendo hasta el momento el instrumento más perfeccionado que han ideado las sociedades avanzadas para su lucha.

[...]

Este grado de satisfacción está relacionado con el nivel de autonomía del ser humano, necesario para ponerlo en condiciones básicas de poder desarrollar libremente su personalidad. A partir de ese nivel, las desigualdades sociales derivadas del esfuerzo y la capacidad individual, son totalmente legítimas. (p. 68)

Tomando como eje la idea del autor, la trascendencia de la seguridad social es tal que, a través de ella, el Estado debe atender aquellas situaciones de necesidad que se traduzcan en un menoscabo para la dignidad humana; como lo es el padecimiento de una enfermedad. Al respecto, cabe mencionar que para el autor, aunque el derecho a la protección de la salud sea abordado de manera independiente, dada su trascendencia, este forma parte del contenido del derecho humano a la seguridad social; tal y como refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019) en su artículo 25.1:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Ahora bien, la satisfacción de la necesidad descansa también en el principio de la solidaridad, ya que el Estado acude en auxilio de la persona que, debido a un acontecimiento ajeno a su voluntad, se encuentra en una situación que le impide el libre desarrollo de su personalidad y que atenta contra la dignidad humana. Para la satisfacción de dicha

necesidad, el Estado utiliza parte de la riqueza social y ayuda a quien contribuyó a la generación de esta.

Si bien la disposición del recurso pudiera verse como detrimento al patrimonio del resto de la población, la justificación de la solidaridad descansa en el compromiso de auxiliar a quien ya ha apoyado, en el momento en que lo necesite. Situación sobre la que no se puede tener certeza de que en el futuro no le sobrevenga. Aunado a esto, la seguridad social, tal y como señala el autor, contribuye a una pacificación social, al atender los desequilibrios originados por la pobreza (Buenaga, 2017) y al satisfacer las condiciones mínimas necesarias para salvaguardar la dignidad humana (como lo es un buen estado de salud), permite una efectiva libertad de la persona.

Es difícil hacer compatible un derecho a la seguridad social de tal contenido con el sistema del seguro social en México, en el cual se protege contra siniestro a un determinado sector de la población (la clase trabajadora), y dentro de él, solo a aquellos que hayan cumplido con determinados requisitos, como el alta en el régimen obligatorio y el cumplimiento de un periodo de carencia o semanas de cotización. No obstante, un sistema de seguridad social universal, que proteja contra la situación de necesidad, es una tendencia internacional, al menos en el tema de la protección de la salud. Incluso, algunos autores plantean la necesidad de reestructurar el financiamiento de la seguridad social, de manera que se abandone el sistema de aportaciones y se opte por un impuesto general con base en la renta de los ciudadanos.

Por último, y de manera breve, se hará referencia a los principios que, para Buenaga Ceballos (2017), configuran el derecho como objeto de estudio, y que las autoridades —en el ámbito de sus competencias— deberían utilizar como guía a la hora de abordar cuestiones de seguridad social:

- **Universalidad subjetiva:** La acción protectora de la seguridad social atiende a la persona que se encuentra en una situación de necesidad objetiva y delimitada jurídicamente.
- **Integridad objetiva:** La seguridad social protege frente a la necesidad, con independencia de la causa de origen.
- **Uniformidad prestacional:** Refiere que los sujetos que encuadren en una misma situación de necesidad, tienen derecho a una idéntica protección; así también, a que se garantice un mínimo suficiente, para la satisfacción de la necesidad.
- **Solidaridad económica:** Es la obligación del ciudadano de contribuir al financiamiento de la seguridad social, atendiendo a su capacidad económica.

- **Gestión pública:** Para evitar un fin distinto del recurso, el Estado debe asumir la titularidad y gestión de la Seguridad Social.
- **Irregresividad:** Respecto de aquellas disposiciones que en verdad contribuyan al desarrollo de un Seguridad Social y que protejan contra la necesidad, no es posible retroceder en lo obtenido.
- **Corresponsabilidad ciudadana:** Establece un doble deber para el ciudadano, por un lado, no deberá abandonar su responsabilidad de autoprotección en aras del derecho a la seguridad social (no al pobre voluntario); y, por el otro, debe aportar recursos para el sostenimiento del sistema.

V. Test de proporcionalidad: disposición normativa de la Ley del Seguro Social

Para determinar si una intervención a derechos fundamentales por parte de la Autoridad puede ser catalogada de constitucional y convencional, autores como Robert Alexy y Carlos Bernal Pulido han diseñado un test de proporcionalidad (Pulido, 2007); el cual está compuesto, a su vez, por tres subprincipios que, en conjunto, son requisitos obligatorios que la disposición normativa debe superar para ser considerada acorde al orden fundamental.

Los subprincipios se aplican siguiendo un orden, y superar el anterior es requisito para entrar al estudio del siguiente, de tal manera que, si la disposición normativa no supera el primero, se puede afirmar que la norma no es proporcional.

1. Idoneidad

Este subprincipio refiere que la intervención al derecho fundamental debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo (Parcero, 2004), y, en el supuesto de estudio, el legislador busca un fin reconocido en el Artículo 25 de la Constitución federal: la sustentabilidad del desarrollo nacional y la estabilidad de las finanzas públicas.

A través de la norma legal, el Estado se libera de una obligación prestacional a su cargo, ya que, al establecer el requisito de las semanas de cotización, se reduce la posibilidad de acceso a los beneficios de la pensión por invalidez; lo que desahoga el pasivo que implica sostener la enfermedad de una persona joven que ya no será productiva y que, lejos de contribuir al erario, se traducirá en una carga social. De tal manera que, en lo que respecta al primero de los subprincipios, no se

niega que la medida establecida por el legislador federal sea idónea para alcanzar un equilibrio en el presupuesto del Estado mexicano.

2. Necesidad

El siguiente subprincipio considera que la intervención debe ser la medida más benigna dentro de las diferentes posibilidades para intervenir el derecho fundamental (Pulido, 2007). En este caso, si el fin, como ya se mencionó, es la sustentabilidad y estabilidad de las finanzas públicas y, por lo tanto, cumple con el primer subprincipio, habría que analizar si establecer un mismo tiempo de cotización para una persona adulta y joven como condición para acceder a las prestaciones de la invalidez es una medida necesaria.

Por principio, el legislador federal pasa por alto que exigir de manera general doscientas cincuenta semanas en el régimen obligatorio a los trabajadores del apartado A de la Constitución federal no es equitativo, toda vez que, para una persona madura que inicia su vida laboral en tiempo, cinco años cotizados no son un obstáculo para acceder a los satisfactores de su derecho a la salud. En cambio, una persona joven a la que le sobreviene una enfermedad o accidente (circunstancias que no dependen de su voluntad), el requisito impuesto sí se traduce en una limitante que encuadra dentro de la categoría sospechosa descrita en el artículo 1o. de la Constitución: la discriminación por cuestión de edad.

La norma debería hacer un trato diferenciado en torno a la edad, tal y como sucede en otras legislaciones internacionales; y más aún cuando la propia Ley Federal del Trabajo (LFT) en México, exige una edad mínima para poder prestar un servicio personal subordinado, lo que significa una menor posibilidad de cumplir con el requisito de las semanas de cotización para una persona joven.

Otro punto que se debe considerar respecto a la medida analizada es el tema de la causa de la enfermedad cuando se trata de un accidente. En México, la LSS vigente hace una distinción entre la invalidez producto de un accidente de trabajo y aquella que, si bien es producto de un accidente, este no cumple con la condición de acontecer durante la prestación de un servicio personal subordinado o que, de haber sucedido así, no se satisficieron los requisitos establecidos en el Reglamento para ser calificado como «de trabajo» (RPM del IMSS).

Resulta, pues, que hacer una distinción entre enfermedad originada por accidente de trabajo y enfermedad no originada por accidente de trabajo, e imponer como consecuencia de tal diferenciación una mayor carga para un sector de la clase trabajadora, implica caer en otra de las categorías sospechosas descritas en el texto constitucional: la

discriminación por estado de salud, en específico, la causa de la enfermedad. En ambos supuestos, se está frente a una condición futura de realización incierta, un hecho (accidente) respecto al cual una persona no puede tener el control de que suceda o no, y que desencadena, en ambos casos, la invalidez para el trabajo. Como ejemplo de la indiferencia que debe existir en la causa que origina el accidente, se encuentra la legislación española, misma que será analizada posteriormente.

En casos en los que el legislador haya incurrido en alguna de las categorías sospechas descritas en el artículo 1o. Constitucional, el análisis o escrutinio de la justificación que exponga la autoridad para sustentar la proporcionalidad de la medida debe ser más estricto que en otros casos (Tesis P./J. 10/2016 (10a.)). Y, en el supuesto de estudio, la medida no soporta un análisis estricto de la necesidad, puesto que, para hacer frente al fin que persigue el Estado, existen alternativas que son más benignas para con el derecho fundamental intervenido, como lo son el combate a la informalidad laboral, a la elusión y evasión fiscal por parte de los patrones.

En México gran parte de los empleadores no inscriben a sus trabajadores en el régimen obligatorio, para no pagar las aportaciones de seguridad social a su cargo o, si cumplen con el deber de inscribirlos, lo hacen con un salario base de cotización inferior al real, para disminuir sus cargas fiscales. Por ello, el Estado debería poner mayor atención en la recaudación de las aportaciones de seguridad social, en lugar de comprometer, por ejemplo, los satisfactores del derecho a la salud de los trabajadores jóvenes con un estado de invalidez declarado por el IMSS.

Existen medidas menos gravosas para limitar el acceso a las prestaciones que derivan de una pensión de invalidez, como lo es un trato diferenciado que tome como base la edad de los trabajadores para establecer tiempos de cotización equitativos entre jóvenes y adultos; así también, no tomar como base el origen del accidente para establecer mayores cargas a un sector de la clase trabajadora. Como ejemplo de ello podemos mencionar la normatividad en España.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

Como se ha expuesto en el apartado anterior, la intervención no cumple con el subprincipio de necesidad, lo que es suficiente para estimar que la disposición normativa no es proporcional. No obstante, se abordará también el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto. Este subprincipio requiere, además de que la intervención sea idónea y necesaria, que compense los sacrificios sufridos por el titular del derecho (Pulido, 2007).

En el supuesto de estudio, el trabajador que tiene declarado un estado de invalidez y no cumple con el requisito de las semanas cotizadas requiere continuar inscrito en el régimen obligatorio, es decir, seguir prestando un servicio personal subordinado para tener acceso a los servicios de salud, recibir ingresos que le permitan hacer frente a las necesidades cotidianas y sumar semanas cotizadas para una futura valoración. Sin embargo, se enfrenta al problema de la invalidez derivada de su enfermedad, la cual le impide, por determinación médica, seguir dedicándose a la profesión u oficio que prestaba al momento de surgir el estado de invalidez. Esto aunado al problema que representa la oportunidad de ser empleado pese a su enfermedad, y en atención a las condiciones físicas y mentales que esta haya mermado en su organismo.

Ahora bien, las consecuencias no solo repercuten en la esfera de derechos del trabajador, sino también en la de su familia o dependientes económicos, puesto que los servicios de salud y demás prestaciones que la LSS consagra en favor de los beneficiarios se suspenden (como es el caso de la atención médica).

Por lo anterior, la norma legal contenida en la LSS afecta al derecho fundamental a la seguridad social, a la salud y a la no discriminación por cuestión de edad o condiciones de salud, de manera que no compensa los sacrificios sufridos por el titular del derecho subjetivo sino que, por el contrario, compromete el disfrute de sus demás derechos humanos, pues la salud es una condición necesaria para la satisfacción plena de estos. De igual manera, se intervienen los derechos de las personas que conforman el núcleo familiar del trabajador.

VI. El caso español

El último aspecto que se abordará en el presente trabajo es un análisis breve de cómo en España se regula lo que en México se entiende por invalidez, así como los requisitos que debe cumplir el trabajador para el otorgamiento de las prestaciones que de ella derivan.

En el marco jurídico español se distinguen dos modalidades o niveles en que la acción protectora del Estado atiende la seguridad social: «uno no contributivo, básico y público de ámbito subjetivo universal por el que se otorgan servicios y prestaciones ante situaciones demostradas de necesidad; y otro profesional contributivo, que incluye prestaciones sustitutivas de rentas para aquellas personas que obtienen ingresos profesionales» (Martínez, 2019).

Es decir, un sistema mixto, ya que en el nivel no contributivo el Estado busca cumplir con las exigencias internacionales en materia de se-

guridad social, con el fin de contemplar un sistema en el que se atienda el estado de necesidad de toda persona, que le impida el libre desarrollo de la personalidad y que pongan en peligro su dignidad humana; como lo es la enfermedad. Y, por otro lado, un sistema de seguro social que protege a determinada clase (obrera), siempre y cuando cumpla con las condiciones de alta, vigencia y periodo de carencia en el régimen.

La figura jurídica de la pensión de invalidez en el caso mexicano encuadra con la incapacidad permanente en su nivel contributivo en España. Para el autor Luis Ángel Triguero Martínez (2019), esta se define como «la situación en la que se encuentra la persona trabajadora que, tras habersele aplicado un tratamiento prescrito, continúa teniendo reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, bien disminuyan o bien anulen su capacidad laboral».

La incapacidad permanente no es absoluta, sino que admite grados, y, en razón de estos, se establecen diferentes requisitos para el otorgamiento de las prestaciones, así como la forma en que el Estado atenderá la necesidad; pero siempre, teniendo garantizado el derecho a la asistencia sanitaria (la más universal de las prestaciones en el país europeo). Así, tenemos los siguientes grados de incapacidad:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (IPP): aquella que ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para la profesión, pero que no le impide realizar las tareas fundamentales de esta.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual (IPT): aquella que inhabilita al trabajador para realizar las funciones fundamentales de la profesión, pero que le permite dedicarse a una distinta.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo (IPA): aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- Gran invalidez (GI): aquella que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales de la persona, origina la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida (Martínez, 2019).

Para la IPP el Estado otorga como prestación económica una indemnización a tanto alzado (no pensión), ya que esta incapacidad no le impide seguir desempeñando su oficio o profesión. El periodo de carencia que se exige es de cinco años, pero con los siguientes matices: si la incapacidad deriva de un accidente, independientemente de que

sea profesional o no, o de una enfermedad profesional, no será exigido periodo de carencia; si la incapacidad tiene como origen una enfermedad común, y el trabajador es menor de veintiun años en la fecha de la baja por enfermedad, el periodo se reduce a la mitad de los días transcurridos entre la fecha de cumplimiento de los dieciséis años y el inicio del proceso de incapacidad.

En los casos de IPT, IPA y GI, la prestación económica es una pensión periódica y vitalicia, cuyo monto se fijará con base en el porcentaje de incapacidad. El periodo de carencia que se exige también se modula en atención a la edad y se exige para los accidentes (profesionales o no) y las enfermedades profesionales. Así, por ejemplo, si el trabajador es menor de treinta y un años, le será exigido como periodo de cotización una tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha que cumple los dieciséis años y la fecha del hecho causante.

Lo expuesto anteriormente cobra relevancia en la investigación, pues la Ley General de Seguridad Social (LGSS) vigente en España toma en cuenta la edad del trabajador para la exigencia del periodo de carencia, y hace un trato diferenciado entre trabajadores jóvenes y maduros. Aunado a que, en cuestión de accidentes, la causa es irrelevante para absolver del periodo de carencia.

Así también, es necesario hacer énfasis en el modelo no contributivo denominado «Invalidez», el cual tiene un carácter de universal, independientemente de la calidad de trabajador. En ella, la acción protectora del Estado actúa ante la presencia de una discapacidad o enfermedad crónica, ante la carencia de rentas establecidas en Ley y en favor de los residentes legales en el territorio español. De tal manera que, si un trabajador con incapacidad permanente por enfermedad general, no cumple con alguno de los requisitos de la modalidad contributiva, tiene como red de seguridad las prestaciones económicas que derivan de la invalidez.

VII. Conclusiones

El desarrollo de la investigación confirma que la efectividad de los derechos humanos de corte social ha generado opiniones encontradas entre los diferentes operadores jurídicos. Sin embargo, debido a la globalización, la justicia constitucional supranacional ha logrado permear sus principios en gran parte de los sujetos internacionales que conforman el orbe, de tal manera que el reconocimiento y garantía de los derechos humanos es pilar del nuevo Estado constitucional de derecho.

Hablando específicamente del derecho humano a la seguridad social y a la salud, el argumento de limitar su efectividad al alcance de los recursos públicos ha sido superado por las cortes supremas de diversos países en las resoluciones entorno a este derecho; entre ellos México. No obstante, aún queda mucho por hacer.

Es innegable que entre más capacitadas estén nuestras autoridades en el tema de derechos humanos, los actos que emitan intervendrán en menor grado la esfera de los gobernados. En lo que respecta a las autoridades jurisdiccionales, comprender los alcances que implica una reforma como la de 2011, particularmente el control de convencionalidad *ex officio*, debe representar el compromiso de conocer la esencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, para que, en el ámbito de sus competencias, no apliquen las normas que estén en contra de la protección de estos derechos, más aún, cuando se trata de una condición tan preciada como la salud. Así también, deben consultar las sentencias de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, no solo respecto de casos en los que México ha sido parte, para que se amplíe la concepción del derecho y se superen las barreras y vicios arraigados en un sistema jurídico nacional.

Por último, en lo que respecta a los litigantes, es necesario incentivar con argumentos a las autoridades a analizar estos temas desde una perspectiva de razonabilidad y ajuste a principios, de tal manera que sea inminente asumir responsabilidades por parte de las autoridades políticas y administrativas del Estado.

VIII. Fuentes

1. Bibliografía

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (2019, 1 de abril). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- BUENAGA CEBALLOS, O. (2017). *El derecho a la seguridad social. Fundamentos éticos y principios configuradores*. Granada: Comares.
- FERRAJOLI, L. (2009). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, M. (ed). *Neoconstitucionalismos*. España: Trotta
- GIMÉNEZ, F. P. (2019). Los albores de la Justiciabilidad del derecho a la salud en México: El caso Pabellón 13 (AR 378/2014). En Salazar Ugarte, P., Niembro Ortega, R., Alonso Beltrán, C. E. (eds.). *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte* (pp. 135-155). México: UNAM-IIIJ.

- GUASTINI, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LAGUNA, F. B. (2018). *Lecciones y prácticas de seguridad social*. Madrid: Cinca.
- MARTÍNEZ, L. Á. (2019). *La ordenación jurídica de la incapacidad permanente en el trabajo por cuenta ajena*. España: Atelier.
- PARCERO, J. A. (2004). *Derechos sociales y Derechos de las minorías*. México: Porrúa.
- PULIDO, C. B. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (3a. ed.). México: Porrúa.
- SEGURO SOCIAL, 2001188 (I Tribunal Colegiado de Circuito julio de 2012).
- ZAGREBELSKY, G. (2018). *El derecho dúctil* (11a. ed.). España: Trotta.

2. Legislación

- Código Fiscal de la Federación. (2019). México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2020). México.
- Ley Federal del Trabajo. (2015). México.
- Ley General de Salud. (2006). México.
- Ley del Seguro Social. (2019). México.
- Real Decreto Legislativo núm. 1/1994. (1994, 20 de junio). *Boletín Oficial del Estado*, (154), 20658-20708. España.
- Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social. (2006). México.

3. Jurisprudencia

- Amparo en revisión 378/2014, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=166107>
- Tesis I.4o.A.6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, julio de 2012, p. 2056.
- Tesis IV.1o.A.24 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, septiembre de 2014, p. 2593.
- Tesis IX.1o.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, septiembre de 2015, p. 2014.
- Tesis P./J. 10/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2016, p. 8.

Derechos humanos, parlamento y control del poder en México: Una perspectiva local reúne una serie de ensayos escritos por estudiantes de posgrado, académicos, actores de la sociedad civil organizada y funcionarios públicos —tanto de los tres poderes del Estado como de organismos constitucionalmente autónomos—. El eje articulador de esta obra se sustenta en el hecho de que, en nuestro país, la coordinación y autonomía de los distintos centros de poder político fue, y sigue siendo, uno de los retos más acuciantes; la finalidad de esta publicación, por lo tanto, es contribuir, desde el contexto guanajuatense, en estas discusiones nacionales. Las autoras y los autores comparten el interés en vivificar la democracia y, fundamentalmente, en que todos los poderes públicos —e inclusive, los privados— asuman el irrestricto respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Este libro es fruto de la sinergia de tres instituciones: el H. Congreso del Estado de Guanajuato, a través de su Centro de Estudios Parlamentarios, la Universidad Iberoamericana León y la Comisión Académica de la Asociación Mexicana de Justicia Constitucional A. C. Los coordinadores de esta publicación están convencidos de que en un contexto de “federalismo centralizador” poco se logrará si no se generan dinámicas propicias para el fortalecimiento de las instituciones subnacionales. Esas dinámicas deberían incluir, entre otras, el estudio de las competencias de los distintos ámbitos de gobierno —su reivindicación—, el análisis de sus problemáticas específicas o la comprensión de su razón de ser; todo ello en el complejo entramado de normas, procesos, instituciones y actores que denominamos sistema político y jurídico mexicano.



IBERO
LEÓN



AJC | MÉXICO
Asociación Mexicana de Justicia Constitucional

