UDEM
UNIVERSIDAD DE MONTERREY

RIDP

Revista Internacional de Derecho Público

Año 2,
Volúmen 01,
Número 03,
Julio-Diciembre 2022

ridp.udem.edu

ISSN: 2954-3924

Foto: www.scjn.gob.mx

RIDP

Revista Internacional de Derecho Público

Revista Internacional de Derecho Público, Año 2022, Vol. 1, No. 3, Julio-Diciembre 2022, es una publicación semestral, editada por la Universidad de Monterrey, a través del Departamento de Derecho. Av. Ignacio Morones Prieto 4500 Pte. 66238, Col. Jesús M. Garza, San Pedro Garza García, Nuevo León, México. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo número 04-2022-012811102300-102, ISSN 2954-3924, aquella otorgada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Alonso Cavazos Guajardo Solís. Fecha de última modificación: 03 de octubre de 2022. Diseño y maquetación: Fidel Antonio Romero Alvarez, fidelromeromx@gmail.com - Movedesign.com. Foto portada: www.pexels.com.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan necesariamente la postura de la UDEM.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la UDEM.

UDEM

UNIVERSIDAD DE MONTERREY

EQUIPO EDITORIAL

Directores

- Dr. Alonso Cavazos Guajardo Solís / Universidad de Monterrey
- Dr. Michael G. Núñez Torres / Universidad Autónoma de Nuevo León

Comité Científico Internacional

- Dr. Allan R. Brewer-Carías, Venezolana, Columbia Law School
- Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, Española, Universidad de Salamanca
- Dr. Christian Donayre Montesinos, Peruana, Universidad San Ignacio de Loyola
- Dr. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, Paraguaya, Universidad Católica de Asunción
- Dr. Eduardo Gaona Domínguez, Mexicana, Universidad de Monterrey
- Dr. Gilles Guglielmi, Francesa, París II
- Dra. Giorgia Pavani, Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Giuseppe Piperata, Italiana, Universidad de Venecia
- Dr. Guillaume Tusseau, Francesa , SciencesPo
- Dra. Ivette Cardona Amaya, Salvadoreña, Universidad Centroamericana “José Simeón
- Cañas”
- Dr. Jean Claude Martínez, Francesa, Universidad París II
- Dr. Jorge L. Rosell Senhenn, Venezolana, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo
- Hernández Álvarez
- Dra. Katerine Hernández Tirado, Colombiana, Universidad Pontificia Bolivariana
- Dr. Lucio Pegoraro, Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Luis-Miguel, Gutiérrez Ramírez, Colombiana, París II
- Dr. Manuel Alcántara Sáez, Española, Universidad de Salamanca
- Dra. María Solagne Maqueo, Mexicana, Centro de Investigación y Docencia
- Dra. María Carlota Ucín, Argentina, UNLP y Universidad de Palermo
- Dra. María Mercedes Iglesias Bárez, Española, Universidad de Salamanca
- Dr. Mario Alberto Garza Castillo, Mexicana, Universidad Autónoma de Nuevo León
- Dr. Michelle Carducci, Italiana, Universidad de Salento
- Dr. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Venezolana, Universidad Monteávila y
- Universidad Central de Venezuela
- Dr. Miguel Ángel Eraña Sánchez, Mexicana, Universidad Iberoamericana
- Dr. Miguel de Jesús Neria Govea, Mexicana, Universidad Autónoma de Baja California
- Dra. Pamela Julianna Aguirre Castro, Ecuatoriana, Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad de Especialidades Espíritu Santo
- Dr. Pedro Rubén Torres Estrada, Mexicana, ITESM
- Dr. Rafael Estrada Michel, Mexicana, Facultad Libre de Derecho
- Dra. Rosely Aparecida Stefanes Pacheco, Brasileña,
- Dra. Silvia Bagni Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Víctor Rafael Hernández Mendible, Venezolana, Universidad del Rosario
- Dra. Pamela Alejandra Cacciavillani, Argentina, Universidad de Monterrey
- Dra. Carolina González Pineda, El Salvador, Universidad de Monterrey
- Dra. María Magdalena Bas Vilizzio, Uruguay, UDEM- UDELAR

SUMARIO

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Sección I. Teoría del derecho público mexicano

Artículos que aborden tópicos relevantes del Derecho público en general o del Derecho público mexicano

Pág.

13 **Judith decapitando a holofernes por la falta de financiación: el gran desafío para la mujer del Siglo XXI en la revolución digital**
/ Octavio VELAYOS GONZÁLEZ

41 **Declaración única para niños y niñas dentro del proceso penal en delitos graves para evitar la victimización**
/ Gregorio RAMÍREZ GUTIÉRREZ

59 **Concepciones y perspectivas de la seguridad pública en México**
/ Jessica MENDIVIL TORRES y Miguel MELÉNDEZ EHRENWEIG

69 **La seguridad como derecho fundamental**
/ Pedro PIEDRAHITA-BUSTAMANTE

87 **El iuspositivismo y su compatibilidad con los derechos humanos**
/ Bruno Adalberto GÁMEZ OCHOA

Sección II. Derecho público comparado y/o extranjero

Artículos cuya metodología principal sea la comparación, así como aquellos que analicen aspectos específicos del Derecho público de un país ajeno a los Estados Unidos Mexicanos

99 **Trabajo decente y su garantismo a través de instituciones gubernamentales: comparación entre el estado mexicano y el estado español**
/ Edgar Octavio MATA CORIA y Miguel Ángel MELÉNDEZ EHRENZWEIG

115 **Estado de cosas inconstitucional en colombia: análisis jurisprudencial**
/ María Mercedes IGLESIAS BÁREZ

143 **Participación política y justicia. Una revisión (in)cómoda a un punto del proceso de paz en Colombia**
John Fernando RESTREPO, Diana Marcela TRUJILLO y Kevin Alexander JARAMILLO

165 **Estándares internacionales sobre la objeción de conciencia al servicio militar: un paralelo con el tribunal constitucional de Colombia**
/ Iván Darío ZULUAGA PIMIENTA

195 **Los desafíos de la representatividad de las mujeres en los partidos políticos brasileños**
/ Wagner Luiz ZACLIKEVIS y Ana Claudia SANTANO

Sección III. Análisis jurisprudencial y/o legislativo

Artículos cuyo objeto de estudio consista en una jurisprudencia o legislación relevante en materia de Derecho público

219 **La manifestación de apoyo a candidaturas por parte de titulares del poder ejecutivo de los tres niveles de gobierno en México. Análisis del criterio derivado de la sentencia emitida en el expediente sup-rep-163/2018**
/ Rubén Arturo MARROQUÍN MITRE y Juan Antonio PALOMARES LEAL

Sección IV. Investigación UDEM

Artículos, tesis o productos de evaluación final (íntegros o extractos) desarrollados por el alumnado de la Universidad de Monterrey, especialmente del posgrado, a condición de que se relacionen con el Derecho público

233 **Configuración jurídica en la implementación de la política de integridad dentro de las compras y contrataciones públicas en el estado de Nuevo León** */ Diana Elisa ORTEGA JIMÉNEZ*

TEORÍA DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO

JUDITH DECAPITANDO A HOLOFERNES POR LA FALTA DE FINANCIACIÓN: EL GRAN DESAFÍO PARA LA MUJER DEL SIGLO XXI EN LA REVOLUCIÓN DIGITAL

JUDIT DECAPITING HOLOFRENS THE FALT OF FINANCING: THE GREAT DISAPPEARANCE FOR WOMEN OF SIGLE XXI IN DIGITAL REVOLUTION

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2022 | Fecha de aceptación: 15 de agosto de 2022

Octavio VELAYOS GONZÁLEZ*

Resumen
Este trabajo tiene por objeto establecer Hace ya muchos años Richard Posner, que no era economista de formación, sino juez en la Corte de Apelaciones de Chicago y Profesor Asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, se convertía en el principal exponente del análisis económico del derecho, con el objetivo de aplicar métodos propios de la economía en el razonamiento jurídico, para determinar así que reglas legales eran económicamente más eficientes, intentando que las leyes promulgadas no fueran fruto del azar sino de una reflexión Jurídico-económica, siguiendo así a sus colegas economistas Ronald Coase, George Stigler y Gary Becker, todos ellos premios Nobel, que habían desarrollado fundamentos microeconómicos teóricos sobre el comportamiento humano, los exitosos "Feakonomics", que consideran que los textos legales no son ni sagrados, ni epístolas morales, ni tampoco las normas jurídicas eran una especie de oráculo de una justicia superior, sino meras herramientas instrumentales. Además, para él, la información histórico-jurídica no era relevante por si misma, como verdad incuestionable, es más, lo catastrófico es cuando se considera que la historia puede ofrecernos soluciones sobre los problemas jurídicos actuales. De esta forma Posner hacia una crítica tanto de la derecha jurídica historicista de Bork, a la izquierda historicista de la teoría constitucional de Ackerman y a la teoría cultural histórica del derecho de Kahn. Será este pensamiento el que siga el artículo evaluando que políticas legales son económicamente más rentables en materia de igualdad y que permitan acabar definitivamente con el techo de cristal y el escalón roto, en un nuevo milenio donde el papel de la mujer será vital en la cuarta revolución tecnológica.

Palabras clave: Igualdad, financiación, tecnología, algoritmos, poder.

Abstract
Years ago Richard Posner, who was not economical in formation, but a judge at the Chicago Court of Appeal and Associate Professor at the University of Chicago Law School, became the main exponent of economic analysis of law, with the aim of applying economic merits in legal reasoning to determine so that legal rules were more effective than the laws enacted were not the result of chance but rather of a legal reflection, following their economic cosage

* Profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Salamanca. ORCID. 0000_0002_8629_6847.

Ronald Coase, George Stigler and Gary Becker all of them all attempting to make the laws of chance, George Stigler and Gary Becker all of them all attempting to make the laws of chance without an economic reflection, George Stigler and Gary Becker all of them all attempting to make the laws of chance, but rather to make the laws of chance, George Stigler and Gary Becker all of them, all of them, and Gary Becker, all of them, all of them, and Gary Becker, all of them, all of them, and Gary Becker, all of them, all of them, and Gary Becker, all of them, all of them, along with their economic reflection, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic coincidence, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic coincidence, while George Stigler and Gary Becker, all of them, all of them, both of them, and Gary Becker, all of them, together with their economic coincidence, along with their economic reflection, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic thinking, without economic reflection, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, and Gary Becker, all of them, together with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, without economic reflection, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, all of them, along with their economic thinking, George Stigler and Gary Becker, all of them, together with their economic thinking, without economic reflection, George Stig. Moreover, historical-legal information was not relevant by itself, as indeed unquestionable, is more catastrophic is when it is considered that history can offer solutions to current legal problems. Thus Posner toward a criticism of both Bork's legal right-wing historical right, to the historical left of Ackerman's constitutional theory and to Kahn's historical cultural theory. This is the thought that follows the article evaluating that legal policies are economically more profitable in the area of equality and that they will make it possible to finally end the crystal ceiling and the broken step, in a new millennium where the role of women will be vital in the fourth technological revolution.

Keywords: Equality, financing, technology, algorithms, power.

SUMARIO: *I. Introducción. II. La importancia de los principios constitucionales en la regulación de los mercados digitales como camino hacia la igualdad. III. El reto de superar "el síndrome del impostor" ante la revolución tecnológica. IV. En la nueva era digital: la mayor discriminación de la mujer se encuentra en el acceso al capital. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El título del artículo hace referencia al misterio de las pinturas negras De Goya, en concreto de su obra, Judith liberando al pueblo hebreo de su tirano, el general babilonio Holofernes, esta pintura se pintó entre finales de 1819 a 1823, es el periodo en que Goya salió de una grave enfermedad y buscó un retiro para huir de Madrid, cuyo ambiente fue definido por él como irrespirable, por el caos político y económico en que se hundía España, así nació su residencia de la "Quinta del sordo" como un refugio de paz, donde poder vivir y trabajar lejos de las miradas indiscretas. En la quinta del sordo el pintor vivió en absoluta soledad en una especie de exilio autoimpuesto que hizo que su pintura se adentrase no solo en la otra cara de la existencia humana sino que su pintura se dirigiese hacia lo terrible, lejos de ser un accidente, las convirtió en profundamente humanas, y reflejan en parte las angustias de su tiempo, pues hay que tener en cuenta que las pinturas negras se pintaron durante el segundo periodo de vigencia de la constitución de 1812, durante el trienio liberal donde Goya pinto un relato político sobre la tensión entre la monarquía absolutista y los liberales reformistas que abogaban por un mundo constitucional nuevo y los desafíos que ello implicaba para un cambio radical de legitimidad política. Se trata de una nueva interpretación de las pinturas negras de Goya liderada por Carlos Foranda que rompe totalmente con la versión tradicional defendida por Valeriano Bozal que las define como obras melancólicas de un viejo artista que ve acercarse la muerte. Ese mundo constitucional convulso en el que vivió Goya vuelve a estar presente ante la cuarta revolución tecnológica que supondrá unos cambios tan radicales, que será primordial el papel de la mujer como protagonistas indiscutibles de ese proceso, cargado de incertidumbres, problemas sociales y abusos de poder, donde el mito de Judith liberando a su pueblo es una alegoría perfecta del reto al que nos aventuramos en los próximos años. En este reto se debería se juicioso y reconocer que si bien durante mucho tiempo fue necesario una teoría

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

critica del poder indagando sobre las relaciones de mando y obediencia en relación al dominio masculino denunciado por Catharine Mackinnon en su obra teoría feminista del Estado donde ya sostuvo que: "su fuerza se ejerce como consentimiento, su autoridad como participación, su supremacía como paradigma del orden, su control como definición de legitimidad (...) la teoría feminista del conocimiento es inseparable de la crítica feminista del poder (...)"[1]. Con estas argumentaciones tan críticas sobre el Estado liberal pretendía revelar que su pretendida realidad e imparcialidad sostenían en realidad un orden social basado en el dominio masculino, y que sobre esa perspectiva se erigían las formas de poder y la organización de la vida social imperante, convertía la supuesta objetividad liberal en algo ciego, resultando muy difícil pensar que las garantías constitucionales y normativas de igualdad entre hombres y mujeres pudieran conducir a una verdadera igualdad social.[2]

Este desprecio por las garantías constitucionales y legales como mecanismo de cambio social es donde la teoría crítica hace aguas, pues esa condena generalizada del Estado liberal olvida al liberalismo igualitario, que lejos de formular tendencias hacia lo comunitario o hacia la denuncia simplista de falta de proteccionismo estatal, se aventura en una propuesta alternativa como la del economista Bengalí, Amartya Sen, premio Nobel de Economía en 1998, que reveló en su conferencia ¿igualdad de qué? Pronunciada en el ciclo Tanner sobre los valores humanos en la Universidad de Stanford, las profundas conexiones que existían entre las libertades políticas y la satisfacción de necesidades económicas, como una teoría valida de la justicia, vinculada a la obra de Jonh Rawls, por la cual las acuciantes necesidades económicas se suman a la urgente necesidad de reconocer las libertades políticas.[3] De este modo a través de su liberalismo igualitario se plantea una concepción integradora de los derechos fundamentales, donde son cruciales los derechos de carácter económico y social para las mujeres en la medida que estos permitan combatir las persistentes desigualdades socioeconómicas pues para él: "La potente retórica, por ejemplo 'todos los hombres nacen iguales', se ha considerado siempre parte esencial del igualitarismo, las consecuencias de pasar por alto las diferencias entre los individuos, de hecho, pueden llegar a ser muy poco igualitarias, al no tener en cuenta el hecho de que considerar a todos por igual, puede resultar en que se de un trato desigual aquellos que se encuentren en una posición desfavorable"[4] . Por tanto, en un momento de cambio tan revolucionario

1 Catherine A. Mackinnon, Hacia una teoría feminista del Estado, 200-205 (Ediciones Cátedra, 1995).
2 Catherine A. Mackinnon, *Catherine The Case Respond*, 3 The American Political Science Review, 709-711(2001).
3 Amartya Sen, Desarrollo y Libertad. Nuevo examen de la desigualdad, 183-185 (Ana María Bravo Zabalgoitia trad., Alianza Editorial, 1995).
4 Amartya Sen, *¿Igualdad de que?, en* Libertad, Igualdad y Derecho. Las conferencias Tanner sobre

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

va siendo hora de apostar por el liberalismo igualitario muy alejado de la teoría crítica dominante, por el que también apostó Martha C. Nussbaum que sostuvo la necesidad de que las mujeres accedieran a créditos y autosuficiencia económica, además de educación, para obtener así un liderazgo basado no en la protección estatal, sino en sus propias capacidades.[5]

II. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DIGITALES COMO CAMINO HACIA LA IGUALDAD

Louis Brandeis, conocido magistrado del Tribunal Supremo norteamericano en el primer tercio del siglo XX, planteaba la disyuntiva de cómo hacer frente a los efectos indeseables del poder mercado de las empresas a través de acuerdos colusorios, consideraba que era necesario regular medidas *antitrust* que tuvieran en cuenta la defensa de la democracia y de los derechos y libertades públicas Fundamentales.[6] Estas ideas, sin embargo, se fueron paulatinamente abandonando hasta llegar a un cierto consenso en que los objetivos del Derecho de la Competencia eran esencialmente económicos evitando así su instrumentalización política.[7] También en Europa y en España la preocupación por lo que respecta a la protección de datos personales, y los peligros para los derechos fundamentales de las nuevas tecnologías, aunque parezca que se trata de una cuestión novedosa, lo cierto es que no lo es, desde hace mucho tiempo se ha tenido en cuenta como ocurrió en 1978 cuando los constituyentes españoles al regular el artículo 18.4 CE dejaron claro que: "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos", así mismo no hay que olvidar que en el ámbito europeo el Convenio 108 del Consejo de Europa realizado en Estrasburgo, el 28 de enero de 1984, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal donde se establecía en el artículo 22.2: "garantizar, en el territorio de cada parte, a cualquier persona física sean cuales fueran su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respeto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona". También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refiere a la protección de los datos en su

Filosofía moral, 152-157 (Sterling McMurrin ed., Ariel, 1988).

5 Martha Nussbaum, *El futuro del liberalismo feminista,* 1 Areté, 59-101 (2001). *https://doi.org/10.18800/arete.200101.003*

6 Peter Scott Campbell, *Democracy v Concentrated Wealth. I Search of a Louis Brandeis Quote*, 2014-11 Legal Studies Research Paper Series, 251 (2013). *https://ssrn.com/abstract=2434225*

7 Carmen Herrero Suárez, Los contratos vinculados en el Derecho de la Competencia, 59 (La Ley, 2006).

artículo 8, y por último, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su artículo 16 reconoce que toda persona tiene: "derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen".

En base a esta tradición consolidada sobre la problemática de los derechos fundamentales la Unión Europea aprobaba el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos[8], el Reglamento estableció un plazo de dos años para su entrada en vigor y en España fue, el 6 de diciembre de 2018, cuando se publicó la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. Con esta ley se buscaba crear un marco jurídico sólido y común para la obtención, gestión y uso de datos que salvaguardase las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, y en concreto su desarrollo a la protección de datos haciendo con ello posible que el sujeto realice un control efectivo de la privacidad[9].

Sin embargo, el anonimato absoluto de los datos para fines estadísticos o de investigación en la era del *Big Data* y del *Cloud Computing* para proteger el derecho a la intimidad es imposible, representando una amenaza real para la intimidad y como han sostenido Kitchin y Nersessian, los macrodatos tienen unas características que hace imposible su control por su volumen que hace que se trabaje en Terabytes o Petrabytes siendo esta la velocidad con la que se crean las bases de datos en tiempo real sin ningún tipo de control.[10] Con este tipo de información en las manos incorrectas se puede convertir en un arma muy poderosa como ocurrió en la campaña electoral de 2016 en EEUU, donde el candidato a la presidencia Donald Trump, contrató a Cambridge Analytica una empresa inglesa que a partir del Big Data, creó campañas publicitarias recolectando datos personales de 57 millones de posibles votantes usuarios de Facebook accediendo a la información de su perfil[11]. Esta imposibilidad de control hace que los algoritmos

8 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, *de 27 de abril de 2016,* relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) [PEC], 2016/679 Diario Oficial de la Unión Europea [DOUE], L 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1-88. Disponible en https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES

9 Ana Isabel Herrán Ortiz, *Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. el Reglamento general de protección de datos personales a debate,* 8 Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, 179-200 (2016). *https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=22109*

10 Rob Kitchin, *Big Data, new epistemologies and paradigm shifts. Big Data & Society*, 1 Big Data & Society, 1-12. (2014). doi: https://doi.org/10.1177/2053951714528481; David Nersessian, *The law and ethics of big data analytics: A new role for international human rights in the search for global standards*, 6 Business Horizons, 845-854. (2018). *doi: https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.07.006*

11 ROSENBERG, Matthew *et al.,* "How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions", The New York Times, 17 de marzo del 2018, disponible en: *https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge- analytica-trump-campaign.html*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

de *Big Data* hagan impracticable la obtención del consentimiento informado de los sujetos, confiando que los comités de ética cumplan, eso llevó al Consejo Nacional de Ética de Alemania a señalar que el *Big Data* representaba un reto importante no sólo para el sistema legal sino para el Derecho constitucional[12]. Esta confianza en los principios éticos no puede esconder que la veracidad de la información proveniente del *Machine Learning* que permite a los ordenadores analizar grandes volúmenes de datos a partir de determinados algoritmos de programación, que pueden terminar marginando a todos aquellos que no estén interconectados, o clasificando y estratificando a las personas de forma arbitraria, pues es necesario que un programador experto elabore algoritmos que permitan su interpretación, ya que, como ha sostenido Frith: "los datos no pueden hablar por sí mismos"[13] .

Esta ineficiencia jurídica para hacer frente al mundo de *Big Data* ha vuelto al debate político en EEUU con la crisis, evocándose nuevamente la posición del Juez Brandeis a través del reciente informe del año 2020 en la Cámara de Representantes de los EEUU ante "la investigación de la competencia en los mercados digitales", en el informe se intenta hacer frente a la situación de mercado creada por las multinacionales: Google, Amazon, Facebook y Apple conocidas como GAFA. A esta problemática tampoco ha sido ajena la UE, pues en 2020 la Comisión Europea presentaba su Estrategia Digital Europea y el Libro blanco de Inteligencia Artificial que actualizaba su plan para que la programación de algoritmos para que evitasen sesgos, para cumplir estos requisitos había que mantener un registro en relación con la programación del algoritmo que permitiera verificar las acciones o decisiones potencialmente problemáticas en el diseño de los mismos, que asegurase cumplir con la normatividad en la etapa temprana del diseño; además los diseñadores de los algoritmos estarían obligados a proveer información clara sobre las capacidades, limitaciones, y propósito del algoritmo; la necesidad de una supervisión humana que tendría como finalidad garantizar que no menoscabaran los derechos fundamentales; y por último, se exigían Auditorías que asegurasen la objetividad de los algoritmos[14]. Esta legislación cargada de presupuestos éticos se terminó Completando en diciembre de 2021, cuando se aprobaba la "Ley de mercados digitales y servicios digitales" que afectaba: a los servicios intermedios en línea, los motores de búsqueda, redes sociales, plataformas de intercambio de vídeos o servicios en la nube. También convertía a la GAFA en los "Guardianes de

12 German Ethics Council, *Big Data and Health. Data Sovereignity as the Shaping informativo al freedom. Opinion, Executive Summary and Recommendations*, 16 (2018). *https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/englisch/opinion-big-data-and-health-summary.pdf*

13 Jordan Frith, *Big Data, Technical Communication, and the Smart City*, 2 Journal of Business and Technical Communication, 168-187 (2017). *doi: https://doi.org/10.1177/1050651916682285*

14 Comisión Europea, White paper. On artificial intelligence-A European approach to excellence and trust. (2020). Disponible en: *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial- intelligence-feb2020_en*.

Acceso" teniendo que afrontar las obligaciones de permitir a otras empresas ofrecer sus productos o servicios a los clientes, acceder a los datos, y notificar cualquier concentración de empresas que repercuta en la competencia, la prohibición de usar cualquier dato que no sea público, impedir o restringir la presentación de reclamaciones y exigir a las empresas o usuarios que se suscriban o registren.[15] Esta Ley de Mercados Digitales, llega en un momento en que la nueva economía digital ha alcanzado tras la pandemia un liderazgo indiscutible, teniendo en cuenta que el valor de conjunto de la GAFA es de cinco trillones de dólares de tal manera que el 30% del PIB mundial pasa por sus manos. A este inmenso poder se unen las compañías tecnológicas Chinas, Baidu, Alibaba, Xiaomi y Tencent llamadas BATX, estos titanes tecnológicos son capaces de conjurar el futuro no solo de la tecnología sino de definir los valores sociales. Su gran desarrollo ha sido posible gracias a la estrategia "*Winners Take all*", los ganadores se lo quedan todo y a la "ley Metcalfe" por la que el valor de una red crece en proporción al cuadrado del número de usuarios. Esta estrategia financiera también fue copiada por China a la que añadía una estrategia de proteccionismo sellando sus fronteras a las tecnológicas estadounidenses construyendo sus propias "*hubs*", con el mismo carácter cuasimonopolistico e hiperconcentrado. Mientras esto sucedía en estos dos gigantes económicos, Europa llegaba como siempre tarde a esta carrera tecnológica y lo hacía además desde una posición defensiva convertida en presa, tanto de las tecnológicas americanas y chinas, haciendo de su enfoque digital algo exclusivamente regulatorio olvidando que la tecnología es un factor geoestratégico[16]. Esta diferencia entre EEUU y la UE es que mientras, el "Subcomité de Derecho *Antitrust*" de la Cámara de Representantes llegó a unas conclusiones dramáticas para el futuro de los derechos fundamentales, debido a que entendió que la GAFA terminaba erosionando el emprendimiento, degradando la privacidad de los americanos y socavando la vitalidad de la prensa norteamericana, alertando así del peligro para su democracia[17]. Por el contrario, el diagnóstico de la Comisión Europea se centró en un primer momento en los aspectos éticos instando a que la inteligencia artificial se desarrollara en un marco que respetara los valores y derechos fundamentales de la UE_ COM (2018) 237 final y SDW (2018) 137 final, y en un régimen sancionador basado en criterios

15 Judith Morales Barceló, *Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de la ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas,* 28 Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, (2021).

16 GAY DE LIÉBANA, José María, *La pérdida de competitividad de Europa,* El economista, 22 de enero del 2021, *https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/11173641/04/21/La-perdida-de-competitividad-de-Europa.html;* SÁNCHEZ, Alejandro, *Las tecnológicas europeas entran oficialmente en un mercado bajista,* Expansión 28 de enero del 2022. *https://www.expansion.com/mercados/2022/01/28/61f3d99be5fdea5d038b4617.html*

17 Jerrold Nadler, *Investigation of Competition in Digital Markets. Majority Staff report and Recommendations, Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of The committee on The judiciary,* 372-402 (2020).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

de competencia de esta forma Bruselas imponía a Google una sanción de 4.340 millones de euros por aprovecharse de su posición dominante[18]. Esos deseos de la Comisión han sido destruidos por un universo líquido de estructuras sometidas de forma constante a pruebas de ductibilidad, como ha sido la pandemia y la guerra de Ucrania, convertidos en verdaderos cisnes negros, que están obligando a tener que gestionar un mundo caótico, donde las prácticas institucionales tradicionales deben ser revisadas por la proliferación de empresas de base tecnocientífica; ahora bien, debemos ser conscientes que a pesar de la cantidad de tiempo dedicado a hablar de la inteligencia artificial, el debate de fondo es muy pobre con una celebración acrítica sobre promesas tecnológicas que muy pocas veces terminan en hechos.

La herramienta de este sueño virtual de la inteligencia artificial, es el algoritmo que es la suma de capacidades de procesamiento de datos (ley de Moore) y de disponibilidad de datos por la proliferación de sensores de recogida de información a través de nuestros móviles, ordenadores o cámaras de vigilancia. De esta combinación de análisis de datos históricos y cotejados en tiempo real se nos propone desde publicidad, rutas, asignación de penas judiciales, hipotecas o prestaciones sociales, ahora bien se parte de una premisa falsa, según la cual los humanos seríamos poco fiables y subjetivos, frente a la objetividad y la lógica de la inteligencia artificial. Sin embargo esto es en realidad de ciencia ficción, pues el desarrollo de soluciones automatizadas en ámbitos complejos no sólo no es eficiente, sino que empieza a ser peligroso, por el diseño de algoritmos para la manipulación masiva por la quiebra del espacio público, un ejemplo de ello son los algoritmos para el reclutamiento de personal, como el de Amazon, que penalizaba a los postulantes cuyos *curriculum* incluían la palabra "mujeres"[19], o los asistentes virtuales que son cada vez más utilizados -Alexia, Siri- que, según un informe de la UNESCO, son sumisos y tolerantes con actitudes machistas que normalizan los abusos[20]. A pesar de esta realidad cada vez más preocupante a pesar de toda esta enorme legislación europea, se obvian los problemas constitucionales que se generan como consecuencia de los "guardianes de acceso" limitándose a poner de relieve que: "las prácticas desleales y la falta de disputabilidad conducen a resultados ineficientes en el sector digital (...)"[21] copiando el modelo americano,

18 Jorge Castellanos Claramont, *La gestión de la información en el paradigma algorítmico: inteligencia artificial y protección de datos*,21 Métodos de Información, 42-58 (2020). *https://doi.org/10.5557/IIMEI11-N21-042058*

19 Redacción, "Amazon ditched AI recruiting tool that favored men for technical jobs", The Guardian, 11 de octubre del 2018, disponible en: *https://www.theguardian.com/technology/2018/oct/10/ama- zon-hiring-ai-gender-bias-recruiting-engine*.

20 Mark West *et al*., I'd blush if I could: closing gender divides in digital skills through education, UNESCO (2019). *https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1*

21 Luis Antonio Velasco San Pedro, *El papel del derecho de la competencia en la era digital,* 78 Revista de Estudios Europeos, 93-110 (2021). *http://www.ree-uva.es/*

criticado no sólo por Brandeis sino por la Comisión de la Cámara de Representantes, de creer que ante los algoritmos estamos ante un problema de competencia económica y no derechos.

Esta confusión no puede ocultar que las actividades de la GAFA son un grave peligro para la democracia y los derechos fundamentales pues la cuarta revolución industrial basada en la tecnología e impulsada por la Inteligencia Artificial está teniendo graves consecuencias para los derechos humanos y que cada vez hace más difícil encontrar el equilibrio adecuado entre el desarrollo tecnológico y la protección de los derechos humanos.[22] En busca del mismo resulta primordial el impulso no sólo de la igualdad de género en el sistema de Ciencia e innovación, pues España ya se sitúa cuatro puntos por encima de la UE gracias a la 14/2011 de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología e innovación que conforme al artículo 14.1 b) que ya exigía "el respeto al principio de igualdad de género en el desempeño de las funciones investigadoras, en la contratación de personal y en el desarrollo de la carrera profesional", sino que lo importante es buscar programas multidisciplinares para la evaluación de los riesgos que para los derechos fundamentales de la Inteligencia Artificial, creando estos equipos se podrán incorporar analistas procedentes de otras disciplinas, especialmente del Derecho que deberá ser el que determine cuáles son los peligros para los derechos fundamentales de estas herramientas tecnológicas.

Este cambio permitiría participar en el creciente debate científico liderado por dos mujeres Meredith Whittaker y Kate Crawford, fundadoras del Instituto de investigación: "*AI Now*" en la Universidad de Nueva York, donde se pretende garantizar que los sistemas de Inteligencia Artificial incorporen principios de equidad transparencia y rendición de cuentas, de esta forma ambas mujeres han dejado atrás el rol de mera denuncia de los privilegios de los hombres, y se han concentrado en la elaboración de un patrón propio sobre la equidad, transparencia y rendición de cuentas, tanto de las empresas tecnológicas, como de los Gobiernos en el tratamiento de datos, como en el campo de la Inteligencia Artificial, que apuesta por métodos de investigación e innovación distintos más allá del respeto a una presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los ámbitos.

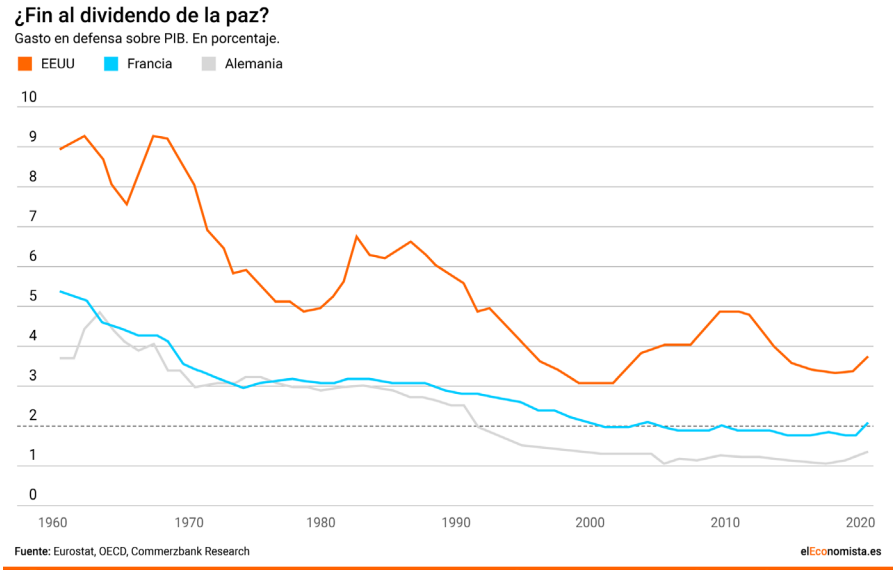
III. EL RETO DE SUPERAR "EL SÍNDROME DEL IMPOSTOR" ANTE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

El dotar a la revolución tecnológica de criterios inclusivos será económicamente vital para el sector empresarial, pues se ha puesto de manifiesto que la diversidad y la inclusión son ventajas competitivas, convertidas en un elemento empresarial

22 Agustí Cerrillo Martínez y Anahí Casadesús de Mingo, *Data governance for Public transparency,* 30 El profesional de la información, (2021). *https://doi.org/10.3145/epi.2021.jul.02*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

estratégico, posibilitando que cada profesional se sienta único gracias a no renunciar a su propia condición. Si bien antes de la pandemia los sesgos y los techos de cristal eran los desafíos, ahora la situación es radicalmente distinta, pues estamos en un entorno de reconfiguración geopolítica del planeta y en un momento, en el que tanto el auge de las nuevas tecnologías, las consecuencias del COVID-19, así como la inestabilidad provocada por una Guerra en el corazón de Europa, han hecho saltar por los aires no sólo la seguridad internacional, sino las organizaciones internacionales creadas después de la Segunda Guerra Mundial para mantener La Paz, esa estabilidad política y financiera ha concluido con el fin de su dividendo como muestra el gráfico:



Ante este escenario tan convulso, los europeos nos enfrentamos a serios dilemas geoestratégicos, de cómo diseñar una nueva estrategia de seguridad independiente a la línea de acción escogida por Washington, inmerso en sus propios problemas por su enfrentamiento geoeconómico, tecnológico, y geoestratégico con China, por el control del mar meridional con las amenazas constantes sobre Taiwan y Hong Kong. Europa más allá de las presiones de ambas potencias debe buscar una posición geoeconómico y geoestratégica propia, una vez que la invasión de Ucrania ha precipitado la necesidad de una soberanía estratégica que permita conservar sus valores constitucionales[23].

Este mundo inmerso en una verdadera revolución digital, exige no obviar su impacto en la brecha de género con aportaciones alternativas, a todos

23 Kevin Rudd, "Short of War. How to Keep U.S.-Chinese Confrontation from Ending in Calamity", Foreign Affairs, marzo-abril de 2021. *https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2021-02-05/kevin-rudd-usa-chinese-confrontation-short-of-war*.

aquellos análisis centrados en las célebres contribuciones de Erik Wright sobre la desigualdad entre hombres y mujeres en el acceso a posiciones de poder relacionadas con el "techo de cristal" como metáfora sugerente para designar la desventaja femenina en el acceso a puestos de autoridad y de dirección: por no contar con una participación directa en la toma de decisiones, ya sea individual o colectiva, por carecer de influencia efectiva sobre el salario, los ascensos, o la imposición de sanciones a otros empleados. Estos argumentos han sido siempre los datos utilizados por todos los estudios para el análisis de la brecha de género y del techo de cristal[24]. Estos análisis fueron importantes en el pasado, pues se centraron en resaltar los desequilibrios que en muchos casos aún persisten, pero que se han limitado a denunciar la discriminación, y promover los diversos instrumentos jurídicos que los poderes públicos debían implementar para acabar con el llamado techo de cristal[25]. En base a estas investigaciones siempre se insiste en el laberinto de barreras internas de esa brecha de género con una pauta común de denuncia: la escasa promoción interna por políticas de inclusión y planes de igualdad mal diseñados o carentes de prioridad, por unas políticas salariales desiguales por unas estrategias de retribuciones que no fomentan la inclusión, la falta de conciliación para el desarrollo profesional, por la ausencia dentro de las estructuras empresariales de itinerarios claros para ascender[26]. A este cúmulo de lugares comunes en relación a la discriminación de género en los puestos de poder, se une a grandes rasgos las mismas soluciones: la creación de registros salariales obligatorios, como el regulado en el Real Decreto 902/2020 de 13 de octubre, que regula también la implementación de planes de igualdad obligatorios para las empresas de más de 50 empleados y tras ese diagnóstico de situación poder eliminar cualquier barrera discriminatoria[27], insistiendo siempre

24 Erik Olin Wright, Class counts: Comparative analysis in class analysis, 576 (Cambridge University Press, 1997); Erik Olin Wright y Janeen Baxter, *The glass ceiling hypothesis: A reply to critics*, 6 Gender and Society, 814-821(2000). *https://doi.org/10.1177/089124300014006008Wright;* Erik Olin Wright *et al*., *The gender gap in workplace authority: A cross-national study,* 3 American Sociological Review, 407-435 (1995). *https://doi.org/10.2307/2096422;* Torben Iversen, *et al., The dilema of gender equality: How labor market regulation divides women by class*, 1 Daedalus, 86-99 (2020). *https://doi.org/10.1162/DAED_a_01775*

25 Carmen Plaza Martin, *Grietas del techo de cristal. Instrumentos jurídicos para promover el equilibrio entre mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad*, 58 Revista General de Derecho Administrativo, (2021).

26 María Luisa Jiménez Rodrigo, *El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea,* 3 Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 196-228 (2018). *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6622556.* Ángeles Perona, *El feminismo liberal estadounidense de posguerra. En* Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad 15-34 (Celia Amorós y Ana De Miguel. eds., Minerva Ediciones, 2005). Luisa Posada, *Feminismo, igualdad y discurso contemporáneo. A 150 años de Séneca Falls, en* Un siglo avanzando hacia la igualdad de las mujeres Concha, 294-297 (Fagoaga coord., Dirección General de la Mujer, 1999).

27 Helen Taylor Yates y Abha Rai, A scoping review of feminism in U.S. social work education: Strategies and implications for the contemporary classroom. 2 Journal of Evidence-Based Social Work, 117-129 (2019).

en la ciudadanía desigual y el diseño de políticas públicas para revertir esa realidad[28].

Es hora quizá de superar esta visión reduccionista de las mujeres en las sociedades europeas y apostar por una mujer consciente de sus capacidades, que como ha revelado un estudio realizado por Nawaiam, las mujeres tienen una mayor capacidad de organización y planificación que las convierte en un gran activo en los puestos de dirección, al ser capaces de gestionar con gran eficiencia la multitarea factor primordial en la alta dirección de las nuevas tecnologías[29]. Al mismo tiempo como ha revelado el trabajo de la neurocientifica Louam Brizendine, autora del libro "el cerebro femenino", donde se sostiene que las mujeres tienen una mayor inteligencia emocional y empatía, siendo por ello más intuitivas y analíticas, permitiéndoles una alta competencia a la hora de tomar decisiones en escenarios inciertos, lo que hace que se puedan adaptar de manera más fácil a los profundísimos cambios que la revolución tecnológica llevará aparejados[30]. También como ha defendido Brenda Garmonde en el artículo "*Reasons You Are Better off With More Female Employes*", señala con toda claridad que las mujeres son mejores empleadas debido a su enorme enfoque proactivo hacia el aprendizaje.

A este cúmulo de ventajas comparativas de la mujer frente al hombre, se suma según el informe "*The Factor: Strategic Benefits of Women in Leadership*", que las empresas lideradas por mujeres tienen un enfoque más inclusivo y democrático basado en la confianza. Todas estas habilidades dan como resultado que el liderazgo femenino, hoy es altamente efectivo y clave en la cuarta revolución tecnológica, donde será fundamental para las mujeres superar "el síndrome del impostor" que les hace interiorizar que no son merecedoras de sus éxitos. Deberán interiorizar ese desafío, debido sobre todo a que la transformación digital actual podría compararse al cambio revolucionario que supuso durante el siglo XIX, la máquina de vapor y la mecanización de la producción, que implicaron una metamorfosis social total, alterando las estructuras nacionales, tanto desde un punto de vista jurídico como económico; ante esta revolución digital las Instituciones europeas

28 Anne Phillips, *Must Feminists Give up on Liberal Democracy?,* en Democracy and Difference, 103-122 (Carme Castells comp., Cambridge, Polity Press, 1993). Anne Phillips, *Feminismo y republicanismo: ¿es ésta una alianza plausible?, en* Nuevas ideas republicanas 263-285 (Roberto Gargarella *et al*., Paidós, 2004).

29 Por su parte, Lorena Montespier, Chief People Officer de Nawaiam comenta sobre la celebración del Día Internacional de la mujer: "Será especial por los enormes esfuerzos realizados por las mujeres de todo el mundo a la hora de definir un futuro más igualitario y como un plus, la recuperación ante la pandemia de Covid-19.. Se ha observado que cuando las mujeres lideran posiciones de mando, los resultados son sumamente positivos obteniendo respuestas más eficientes y ejemplares ante la pandemia." RRHH, "Adaptabilidad, intuición, trabajo en equipo... ¿En qué aspectos y competencias del entorno laboral destacan las mujeres?" RRHH digital, 14 de octubre del 2022, disponible en: https://www.rrhhdigital.com/secciones/talento/145937/Adaptabilidad-intuicion-trabajo-en-equipo-En-que-aspectos-y-competencias-del-entorno-laboral-destacan-las-mujeres?target

30 Louann Brizendine, El cerebro femenino, 40-54 (Maria Jose Buxo Dulce trad., RBA Libros, 2010).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

deberán crear nuevos vínculos entre los consumidores y mercados, será ahí donde la mujer deberá tener un papel protagonista, para así aspirar a una posición más ventajosa en las cadenas de valor mundiales[31].

La UE concretamente ha incorporado a la estrategia de la Inteligencia Artificial (I.A), un observatorio denominado *AI Watch*, que monitoriza y evalúa los avances tecnológicos dentro de la eurozona a través de una Comisión especial sobre la I.A llamada AIDA; esto responde a la necesidad del Gobierno del dato que deberá ser accesible a todos los ciudadanos independientemente de la edad, sexo, y status social, articulando un procedimiento de revisión y control de las tecnologías que deberá ser definido siempre por el ser humano, será ahí donde habrá que detectar el incumplimiento de los valores constitucionales europeos y determinar si se producen sesgos de género. No se debe olvidar que éste es un objetivo primordial de las Instituciones Europeas desde 1997, con la firma del Tratado de Amsterdam, que en su artículo 141, inciso 4 ya instaba: "garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres (..)"[32]. Este cambio de paradigma en la UE, se reforzó en el Tratado Constitutivo de la UE (TUE) que convirtió la igualdad en un Valor (art.3.1 TUE) y en un Derecho (art.3.2 TUE) y garantizándola "en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución" permitiendo el mantenimiento de "ventajas concretas a favor del sexo menos representado", a su vez el artículo 21 TUE preveía que se tuviera en cuenta el principio de igualdad en la acción exterior de la UE y el artículo 3.3 consagraba la igualdad como un principio de actuación expresa: "La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará (...) la igualdad entre hombres y mujeres". Esta regulación en post de la igualdad no se frenó y posteriormente el Tratado de Funcionamiento de la UE profundizaba el *Mainstreaming* de género para transversalizar su perspectiva, valorando las implicaciones que esto tenía para los hombres y las mujeres, y de esta forma poder planificar cualquier acción legislativa o política, en todas las áreas y en todos los niveles, con la puesta en marcha, control y evaluación del cumplimiento de los criterios de igualdad de género (Título II art. 7 a 17).

En base a este nuevo *Mainstreaming* se producía un cambio radical del concepto de igualdad que debía ser no solo igualdad de *iure* sino también de *facto*, pues se debían tener en cuenta las relaciones de poder e intentar acabar con la discriminación en el acceso a la toma decisiones (Decisión de la comisión 2000/407 participación del 47% de mujeres)[33]. En base a todo este acervo comunitario la UE presentaba la

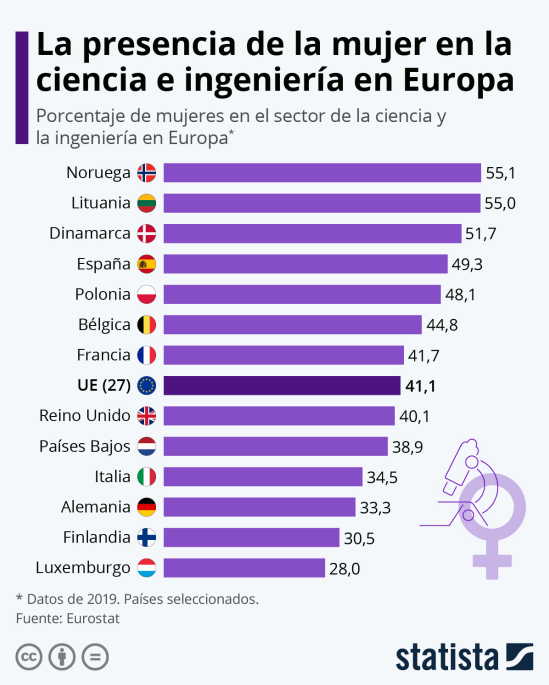
31 Nestor Duch-Brown *et al., Data ownership, access and trade*, 2017-01 JRC Digital Economy Working Paper 25-26 (2017).

32 Begoña Pérez Bernabéu, *El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española hacia un derecho a la explicación individual*, 192 Revista Española de Derecho Financiero, 143-178 (2021).

33 Comisión Europea Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, 1 (2020). Matej Avbelj, *Human rights inflation in the European Union, en* The Fragmented Landscape of

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

estrategia para la igualdad de género 2020-2025 que ratificaba: "la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres es una tarea que la Unión debe desarrollar en todas las actividades, como le exigen los tratados. La igualdad de género es un valor central de la UE, un derecho fundamental y un principio clave del pilar europeo de derechos[34]". Este compromiso ha sido ratificado por los hechos, la UE es el líder mundial en igualdad de género, debido a que de los veinte países de todo el mundo que van a la cabeza en materia de igualdad, catorce son Estados miembros de la UE, en base a su sólida legislación y jurisprudencia en materia de igualdad[35]. Y en base a ello, es el momento de que las mujeres se conviertan en Judith y no se limiten a exigir igualdad de oportunidades, o colmar brechas de género en la economía rompiendo techos de cristal, que sin duda han quedado hechos añicos por el aumento imparable de su participación en un mercado de trabajo, que está teniendo un impacto decisivo en la economía, especialmente en el terreno cualificado que ha convertido su productividad en un valor estructural, que el mercado de la eurozona no puede despreciar para su futuro geoeconómico, porque como muestra el gráfico su participación en los campos con mayor valor añadido es imparable:



Fundamental Rights Protection in Europe, 9 (L. Violindi y An. Baraggia eds., Elgar, 2018).

34 Decisión (PESC) del Consejo de la Unión Europea relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humano, Consejo de la Unión Europea [CUE], 2020/1999 de 7 de diciembre de 2020. Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, Consejo de la Unión Europea [CUE], 2020/1998 de 7 de diciembre de 2020.

35 Reglamento por el que se modifica el Reglamento núm. 765/2006 relativo a la adopción de medidas restrictivas con respecto a Belarús, Consejo de Europa [CUE], 2021/996 de 21 de junio de 2021.

La toma del poder por las mujeres del siglo XXI en esta cuarta revolución tecnológica es irreversible, pues en Europa hay más mujeres que hombres con titulación universitaria, lo que permitirá en los próximos años dominar las inversiones e innovación, apoyadas además por el marco del Consejo Europeo de Innovación de Horizonte Europa, proyecto piloto para promover empresas emergentes y pymes dirigidas por mujeres, para lo que será necesario que se busquen medidas efectivas en el campo de los fondos de capital, de inversión y riesgo, a través del programa InvestEU[36]. Gracias a este protagonismo en las principales cadenas de valor, el futuro será el que ellas mismas decidan, pues lideraran la geoeconomía digital, y su liderazgo en la gobernanza empresarial se ha convertido en un valor diferencial, una vez que la Comisión Europea integrará una perspectiva género en todas sus grandes iniciativas, con la creación de la Comisaria de Igualdad, en cuanto cartera independiente que ha sido ocupada por Helena Dolli que ha creado un "Grupo de Trabajo para la Igualdad", compuesto por representantes de todos los servicios de la Comisión y del Servicio Europeo de Acción Exterior para velar por la integración efectiva de la perspectiva de igualdad a nivel operativo y técnico, su primer trabajo ha sido preparar una Directiva europea sobre transparencia salarial en busca de cerrar la brecha salarial y como ha dicho la Comisaria Helena Dolli: "el derecho a la información sobre la remuneración antes de la contratación (...) También incluye el derecho a solicitar información sobre salarios en cualquier momento de la relación laboral (...) Además, obligará a las empresas con 250 empleados a informar sobre la brecha salarial" [37].

Esta política decidida de las instituciones europeas para terminar con la brecha de género por parte de la Comisión, se ha reforzado con la inclusión en el Marco Financiero Plurianual de una dimensión de género, en particular a través del "Fondo Social Europeo Plus", el "Fondo Europeo de Desarrollo Regional", "Europa Creativa", "el Fondo de Cohesión" y por último, el programa InvestEU. Como se puede ver, los instrumentos financieros han cobrado una importancia enorme en las finanzas europeas tras la pandemia, por su impacto multiplicador del crecimiento económico respecto a las subvenciones que no

36 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, "Moving toward gender balance in private equity and venture capital", IFC, 15 de octubre del 2022, disponible en: *https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/;* S. BIEGEL, *et al*., "Project Sage 2.0 Tracking venture capital with a gender lens", Aspen Network of Development Entrepreneurs, 15 de octubre del 2022, disponible en: *https://www.andeglobal.org/publication/project-sage-2-0-tracking-venture-capital-with-a-gender-lens/*; y ATOMICO, "The State of European Tech 2019", Atómico, 15 de octubre del 2022, disponible en: *https://2019.stateofeuropeantech.com/chapter/state-european-tech- 2019/article/executive-summary.*; Andreas Schleicher, *PISA 2018. Insights and Interpretations*, OECD, 1-56, (2018). *PISA2019.PISA%202018%20Insights%20and%20Interpretations%20FINAL%20PDF.pdf*; European Commission, Woman in the Digital Age, 1-10 (Iclaves, 2018). DOI: 10.2759/517222; y World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020, 4-369 (World Economic Forum, 2019). *https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf*

37 Jorge Valero, "Helena Dolli, Comisaria de igualdad de la UE: preguntar por salarios previos a los candidatos también es discriminatorio", El Economista, 7 marzo 2021, disponible en https: *//www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/11088988/03/21/Helena-Dalli-comisaria-de-Igualdad-de-la-UE-Preguntar-por-salarios-previos-a-los-candidatos-tambien-es-discriminatorio-.html*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

quiere dejar fuera a las mujeres[38]. Esta financiación tan generosa obligaba a los Estados miembros a disponer de un Marco Estratégico Nacional de Igualdad de Género como condición previa para utilizar estos fondos; en base a ello el Gobierno español presentaba el III plan estratégico para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres que recogía la Agenda política en materia de igualdad, inspirado todo el Plan en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 marzo, sus líneas de trabajo y objetivos a diferencia del camino iniciado por la UE, se limitan nuevamente a lugares comunes, sin ninguna efectividad práctica en materia de financiación limitándose a: "promover un empleo de desigualdades y empresas y administración responsables con la igualdad de género, visualizar, reorganizar, fortalecer, avanzar, conocer en profundidad, transitar hacia una cultura ecodependiente, impulsar una distribución y reparto más justo de la riqueza desde las perspectivas feministas", estas eran las "Líneas de Trabajo y Objetivos específicos para una economía para la vida" del III Plan Estratégico para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres 2022-2025 que sobre financiación no decía nada, pareciendo obviar cuando no menospreciar, los objetivos marcados por la Comisión[39]. Este silencio se constata al examinar el presupuesto para 2022 del Ministerio de Igualdad que cuenta con 525 millones de euros, lo que suponía un incremento del 14,4%, no aparecen programas específicos de acceso a la financiación de las mujeres siendo esta una de las causas principales de la brecha salarial, del techo de cristal, o del escalón roto, únicamente se ha creado una línea de microcréditos con una cuantía de 25.000 euros a través del Programa PAEM, incapaz no sólo de romper ningún techo de cristal sino ni siquiera intentarlo, aún cuando el 43% del presupuesto se destinará a programas dirigidos a fomentar la igualdad de oportunidades con 225 millones de euros. Con esta omisión se está dando de lado a las iniciativas europeas como "horizonte 2020" que ofrece herramientas de financiación a través del Banco Europeo de Inversiones, el Programa COSME para Pymes de la UE que tiene dos instrumentos financieros: el Instrumento de Capital para el Crecimiento, y el Instrumento de Garantía del Préstamo. Y por último, la plataforma WEgate creada por la Comisión Europea para prestar servicios a las mujeres empresarias no sólo para crear sus empresas sino para financiarlas.

Esta falta absoluta de proyectos financieros específicos para las mujeres se produce en un momento de contracción de la actividad económica mundial sin precedentes, debido a una pandemia y una guerra en el corazón de

38 DELL'ARICCIA, Giovanni *et al*., "Economic policies for the COVID-19 war", Blog: Special series on the response to the coronavirus. IMF, 1 de abril 2020. Disponible en: https://blogs.imf.org/2020/04/01/economic-policies-for-the-covid-19-war/.

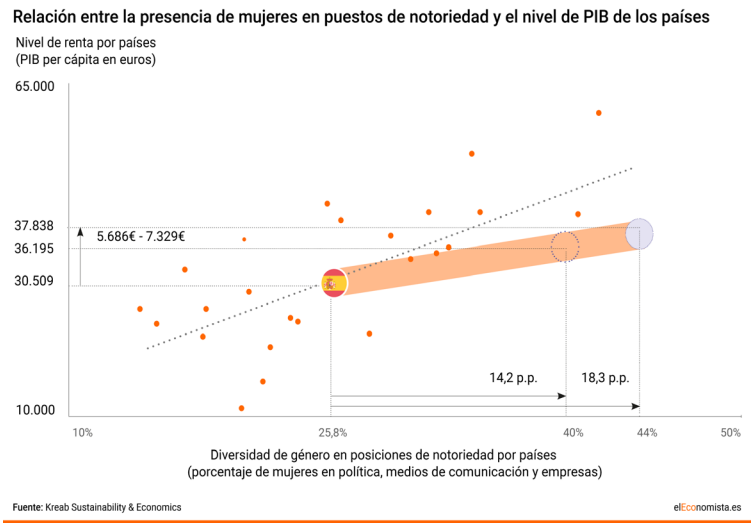
39 Plan Estratégico para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres [PEIEMH] 2022-2025, de 9 de marzo, 22-24.

Europa que ningún analista podía prever. Este impacto ha profundizado la vulnerabilidad financiera de muchas empresas por necesidades de liquidez[40]. Sin esta financiación no será posible cerrar la brecha género en los puestos de liderazgo empresarial, pues si algo ha puesto de relieve la pandemia ha sido la vulnerabilidad y fragilidad de la mayoría de países europeos ante un cambio de las reglas de juego, en una nueva era de incertidumbre global que está aquí para quedarse, impactando sobre el liderazgo empresarial tradicional que ya no servirán en la reconstrucción y transformación de la economía, hacia un nuevo paradigma de transformación digital que creará disrupciones sin precedentes y riesgos exponenciales para los líderes que sean capaces de leer las nuevas señales, anticiparse a los cambios y transformar los modelos de negocio y será ahí donde las mujeres deberán jugar un papel vital para desarrollar en esa transformación digital, protocolos de seguridad, interacciones entre áreas y, sobre todo, nuevos hábitos, reglas, talentos, habilidades y competencias. Y será así porque según el informe "Liderazgo de las mujeres: la alternativa comercial", publicado por Harvard Deusto y EAE Business School, el liderazgo femenino tiene muchas ventajas, en el trabajo en equipo porque buscan apoyo en grupos fuertes con alto nivel de competencia, además su liderazgo se basa en la asertividad y no tanto en la autoridad, también se desenvuelven más fácilmente en escenarios donde se realizan o supervisan varias tareas y por último, en las negociaciones son mucho más conciliadoras[41]. En base a estas ventajas comparativas nunca ha sido más imprescindible para las mujeres superar "El Síndrome del Impostor" para tener una voz consistente, un propósito claro, una estrategia coherente y una visión a largo plazo en un mundo tan cambiante, porqué como reveló un estudio del "*Clúster Closincap*" sobre el coste de oportunidad de notoriedad pública en España de *Sustainability & Economics* de Kreab, que reveló una desigualdad de género del 14,2%, sosteniendo que si en España se redujera esta brecha en las principales esferas de poder se lograría que el PIB se situara en 1,7 billones de euros, lo que supondría un aumento de casi el 18,6%, es decir, 264.000 millones de euros respecto al nivel actual y el PIB per cápita pasaría de los actuales 30.509 euros a entre 36.195 y 37.838 euros como muestra el gráfico:

40 Roberto Blanco *et al.*, *El impacto de la crisis del Covid-19 sobre la vulnerabilidad financiera de las empresas españolas*, 2119 Documentos Ocasionales, 17-24 (2021).

41 EAE. Business School, "Liderazgo femenino, la alternativa empresarial", EAE. Business School, 26 de abril de 2021, disponible en: *https://retos-directivos.eae.es/*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924



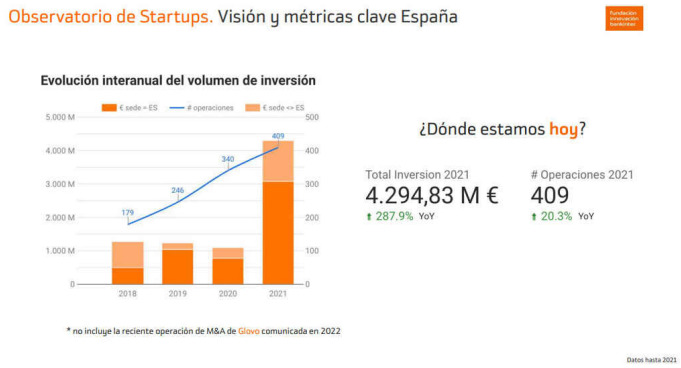
IV. EN LA NUEVA ERA DIGITAL: LA MAYOR DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER SE ENCUENTRA EN EL ACCESO AL CAPITAL

En las economías más desarrolladas, que basan su crecimiento en la innovación, son las *Startups* los motores de crecimiento al aprovechar las nuevas oportunidades de negocio que brinda la tecnología, en España el 41% de las *Startups* tiene al menos, una mujer en su equipo fundador, un dato que supera con creces la media europea 36%. Para hacer frente a este entorno empresarial tan creativo se aprobaba, la Ley 6/07/2021 sobre las *Startups* que reduce hasta el 15% el impuesto de sociedades, los primeros cuatro años de vida, además de introducir la posibilidad de aplazar pagos de otros impuestos durante dos ejercicios. Además, la certificación como "*Startups*" se hará a través de una ventanilla única gestionada por la Oficina Nacional de Emprendimiento, También se recoge un límite de "*Stock options*", libres de impuestos que pasa de 12.500 euros a 50.000 euros.

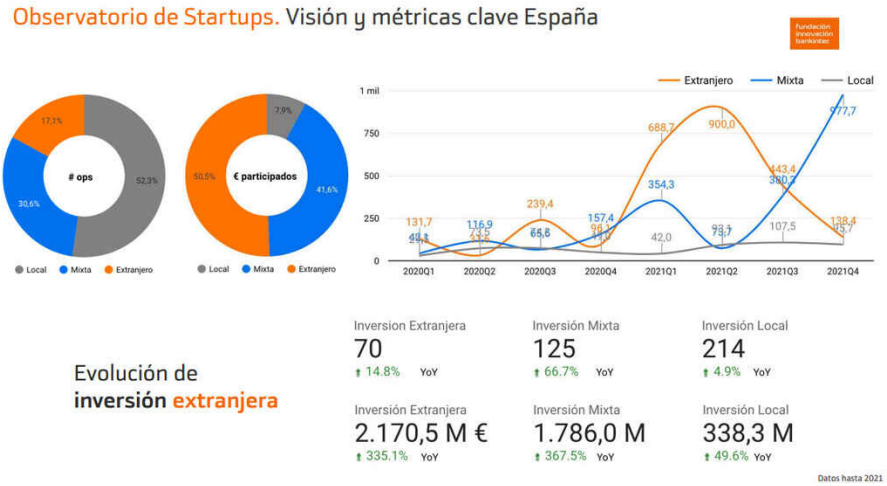
En materia fiscal, los primeros 100.000 euros de inversión en una *Startups* serán libres de impuestos (incluso para el propio emprendedor), y posteriormente habrá una deducción por inversión del 50% en los primeros cinco de años de vida de la firma y siete en caso de las biotecnológicas. Además, los inversores no residentes en España solo necesitaran tener número de identificación fiscal (NIF) y no NIE (número de identidad extranjero). Y por último, se podrán constituir de manera digital en seis horas, con unos estatutos tipos, y un máximo de 5 días si se hicieran estatutos personalizados[42]. Esta ley tan desafiante no es capaz de esconder como en las etapas incipientes, la mayoría comienza con recursos propios, pues la banca

42 Redacción, "El Gobierno aprueba la ley de "Startups": así quedan las deducciones fiscales", El economista, 10 de diciembre del 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/11515393/12/21/El-Gobierno-aprueba-este-viernes-la-ley-de-startups-asi-quedan-las-deducciones-fiscales.html*

huye del riesgo; aun así, la evolución de la inversión en España ha ido cada año en aumento como muestra el gráfico:



Podemos ver como la inversión se disparó en 2021 hasta los 4.300 millones de euros, cuadriplicando la de 2020, como ha puesto de relieve la Fundación Innovación Bankinter en su observatorio sobre las *Startups* en España la inversión extranjera se disparó hasta los 2.170,5 millones de euros como muestra el gráfico:



Como ha sostenido Larry Fink CEO de Black Rock: "nunca ha habido más dinero disponible para que las nuevas ideas se vuelvan realidad (...) las *Startups* que ayuden a descarbonizar el mundo y hagan que la transición energética sea asequible para todos los consumidores (...) dominarán el mundo[43]".

Será en esta revolución tecnológica cuando las mujeres tendrán en sus manos un antes y un después, capaz de romper con los patrones, usos y costumbres del

43 FINK, Larry, "El poder del capitalismo", Black Rock, 10 de octubre del 2022. *https://www.blackrock.com/cl/2022-larry-fink-ceo-letter*

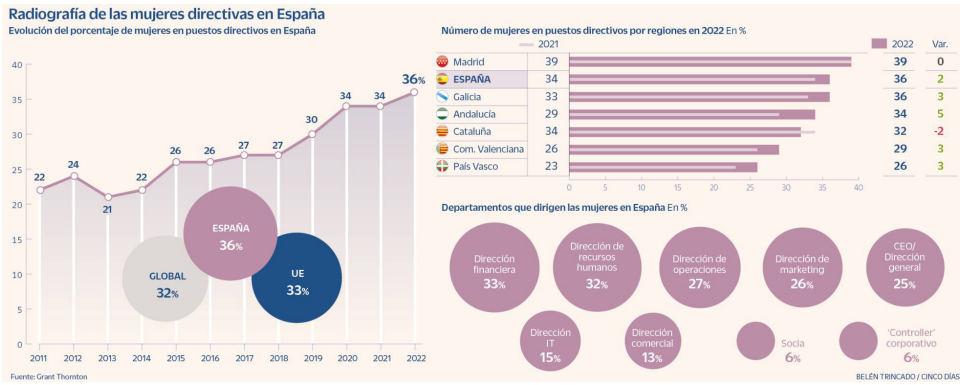
Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

período económico-político anterior, pues la sostenibilidad como elemento clave a la hora de gestionar los recursos a través del tratamiento de datos y la Inteligencia Artificial, está transformando todos los procesos productivos, permitirá escalar exponencialmente la actividad empresarial, además se crearán nuevos puestos de trabajo con nuevas capacidades, siendo esencial para las mujeres abordarlas de forma proactiva que les permita decisiones correctas desde la perspectiva de la eficiencia económica, la competitividad internacional, la autonomía estratégica del que sin duda dependerá el crecimiento económico potencial del futuro. Este potencial liderazgo de las mujeres en esta nueva revolución digital, debe ser tomada por las entidades financieras como una oportunidad comercial, para el desarrollo de productos financieros ESG específicos para temas de género, pues las entidades financieras deberán ser claves en ayudar financieramente a las mujeres en esa transformación por la sostenibilidad; además también de acuerdo con la Ley 11/2018 de 28 de diciembre, la información no financiera exige a las entidades un informe: sobre los criterios de igualdad y su compromiso con los derechos humanos. Esta información no financiera deberá ser presentada como un punto separado del orden del día de la Junta General de accionistas y la información contenida en el mismo deberá ser verificada por un experto independiente y tras la última revisión de junio de 2020 del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas estableció que la información no financiera de la empresa deberá ser revisada por la Comisión de auditoría del Consejo (Recomendación 42 de dicho código).

En este entorno favorable a la financiación, no se puede obviar que se ha demostrado que las mujeres están dispuestas a asumir menos riesgos que los hombres, pues una vez que hayan alcanzado una ocupación que consideran óptima dejarían de buscar mejoras laborales por el miedo a perder lo que ya tienen. Al mismo tiempo las investigaciones demuestran que los objetivos profesionales de las mujeres son diferentes a los de los hombres, pues supuestamente priorizan los objetivos personales sobre los profesionales[44]. Ahora bien, cuando se analiza el liderazgo personal de las mujeres españolas, de acuerdo con los datos del "*Women in Leadesship*", destaca que España ocupa el segundo puesto del Ranking de 34 países de la OCDE, un dato que engloba la capacidad de las mujeres de estudiar más allá de lo que es obligatorio, y de emprender, ya sea creando sus propias empresas o desarrollando aquellas donde ocupan puestos directivos, o bien registrando patentes[45], este liderazgo en España es imparable como muestra el gráfico:

44 Catherine C. Eckel y Philip J. Grossman, *Forecasting Risk Attitudes: An Experimental Study Using Actual and Forecast Gamble choices*, 1 Journal of Economic Behavior and Organization, 1-17 (2008); véase también: Sara de la Rica y Yolanda F. Rebollo-Sanz, *Gender Differentials in Unemployment ins and Outs During The Great Recession in Spain*, 1 De Economist, 67-99 (2017).

45 IESE "IESE-Women in Leadership", IESE, 15 de octubre de 2022, disponible en: *https://www.iese.edu/es/mujeres-directivas/iwil/*



Parece evidente que estos resultados no vienen de ninguna imposición de cuotas sino de rendimientos y del talento, que está conduciendo a las empresas a realizar una apuesta muy clara por la diversidad, para lograr ser más innovadoras, productivas y rentables, como ha ratificado, el *Peterson Institute for International Economic*: "una compañía rentable en la que el 30% de los directivos son mujeres puede esperar un aumento de más de un 1% en su beneficio neto, en comparación con otra similar pero sin mujeres en sus puestos de dirección". Y además en el conjunto de la muestra la rentabilidad sería espectacular porque: "la empresa con más mujeres puede esperar un aumento de seis puntos porcentuales, cuando el beneficio neto medio se situaría en algo más del 3%"[46].

Este estudio sólo muestra la realidad de la Generación Z que supone casi ocho millones, según la estadística española y, que en el mundo representan más del 25% de la población mundial, que ha vivido, educado y socializado con las nuevas tecnologías y que ya empieza a formar parte de las empresas como trabajadoras capaces y de mayor creatividad y adaptabilidad a los entornos laborales emergentes basados en las nuevas tecnologías. Hay que ser conscientes que estas mujeres dentro de sus aspiraciones profesionales, no se limitarán únicamente alcanzar las direcciones empresariales, sino que apuestan claramente por encarar nuevos desafíos profesionales, que les convierta en referentes no sólo a nivel interno sino el mundo global de la nube o el metaverso, donde priorizaran para elegir su desarrollo profesional, los valores corporativos sobre las cuestiones salariales. En este entorno económico-financiero y laboral, tan cambiante, el liderazgo femenino es aplastante, como se ve al comprobar que para las mujeres Z, la educación es una prioridad para el (55%), mientras que para los hombres es once puntos inferior con un 44%[47]. Será esta generación Z de mujeres la que dominará las *Startups*

46 María Nuria Chinchilla Albiol y Esther Jiménez López, *Mujeres en Consejos de Administración*, 161 Economistas, 22-32 (2019). *https://privado.cemad.es/revistas/online/Revistas/Economistas_Num_161_A4_WEB.pdf/165*

47 Nuria Vilanova, *Generación Z: los jóvenes que han dejado viejos a los Millennials*, 161 Economistas, 43-51 (2019). *https://www.cemad.es/wp-content/uploads/2019/05/07_NuriaVilanova-1.pdf*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

tecnológicas, basadas en el desarrollo de internet, la inteligencia artificial, redes sociales, los desarrollos de la biotecnología o de la genética, que jugarán un papel fundamental en el desarrollo de la economía española y europea. Esta evidencia ha sido asumida por todos los inversores, Goldman Sachs, ha lanzado un fondo de 500 millones de dólares que sólo invertirá en empresas creadas o dirigidas por mujeres, en la eurozona destaca el proyecto "*Rising Tide Europe*" que agrupa a mujeres para invertir conjuntamente en *Startups* europeas[48]. A todas estas evidencias económicas y financieras del liderazgo femenino, se une la necesidad de la eurozona, de lograr la ansiada autonomía estratégica, tras el período de crisis pandémica y de la guerra de Ucrania, que exigirá apostar por una alta rotación de entrada y de salida de nuevos negocios para así lograr explotar las nuevas oportunidades que surgirán por los cambios tecnológicos, institucionales y sociales por una crisis que ha reducido de manera dramática las oportunidades de negocio y producirá un efecto muy negativo sobre el emprendimiento[49]. En este entorno, los dos determinantes claves para el emprendimiento en España serán las cargas financieras que hay que asumir en el caso de tener que cerrar el negocio, junto a la amenaza de una nueva crisis[50].

A pesar de este entorno tan hostil, las *Startups* digitales fundadas por mujeres en España hacen un uso de las tecnologías disruptivas, destacando el uso de la Inteligencia Artificial (21%), Big Data (19%), aplicaciones Web (10%), seguidas por Blockchain, Robotización y Desarrollo Software con un 6% cada una. Este desembarco en las nuevas tecnologías de la mujer que emprende tiene un perfil claro, entre 35 y 45 años, casada o en pareja, altamente cualificada con un grado, un máster o doctorado, con experiencia profesional de al menos 15 años, ocupando puestos de dirección y lo más importante es que no perciben, que el hecho de ser mujeres, haya supuesto una barrera para ellas, además un 44,1% de las emprendedoras lo han hecho para mejorar la conciliación familiar y laboral[51]; un 76,4% sostienen que las mayores dificultades para emprender nada tienen que ver con la discriminación sino por la falta de fondos, un marco legal imposible, y las dificultades para crear una empresa en España. Destaca dentro de la radiografía de las emprendedoras en España que en su mayoría provienen de Administración de empresas, Ingeniería Industrial, Humanidades y Derecho que representan más del

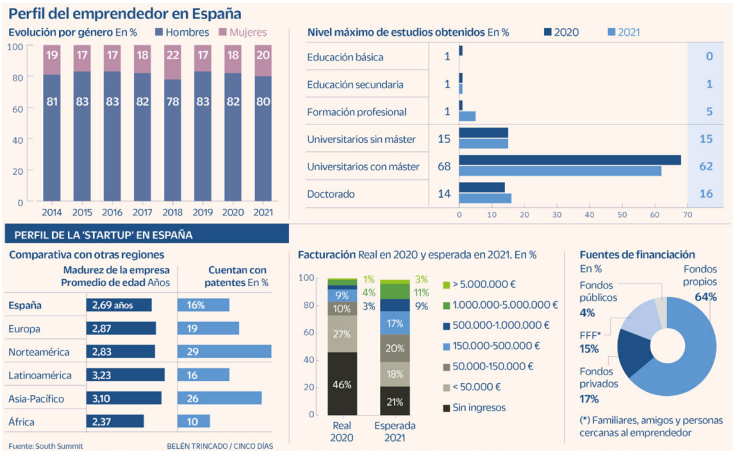
48 FERNÁNDEZ ARIAS, Tino, "España, en el "top 10" mundial de los países para mujeres emprendedoras", Expansión, 25 de noviembre del 2020, disponible en: *https://www.expansion.com/expansion-empleo/emprendedores/2020/11/24/5fbcfcb0468aeba2238b4672.html*

49 Teemu Kautonen *et al*., *Entrepreneurial intentions in the third age: the impact of perceived age norms*, 37 Small Business Economics, 219-234 (2011). *https://doi.org/10.1007/s11187-009-9238-y*

50 Robert E. Hoskisson *et al*., *Revitalizing Entrepreneurship: The Search for New Research Opportunities*, 6 Journal of Management Studies, 1141-1168 (2011).

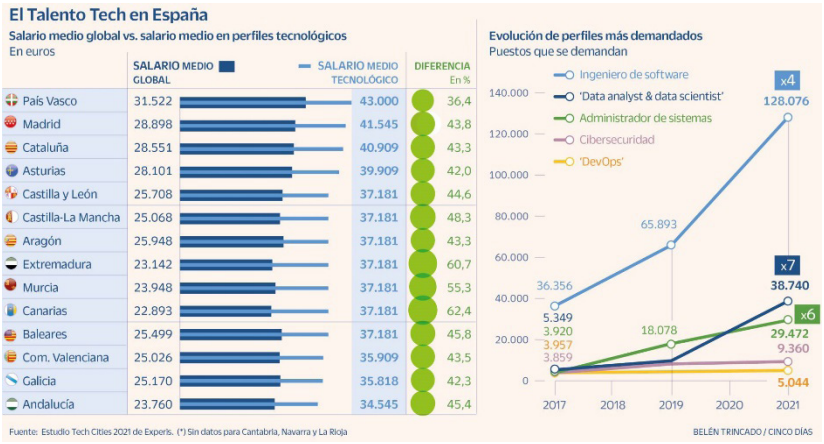
51 Ana M. Romero Martínez, y Mónica Milone, *El emprendimiento en España: intención emprendedora, motivaciones y obstáculos,* 1 Journal of Globalization, Competitiveness & Governability, 95-109 (2016). *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=511854473005*

60%, siendo las informáticas y las matemáticas apenas el 8% del emprendimiento, desmitificando esa idea, entorno a la cual, si las mujeres ganaran presencia en matemáticas, ingenierías o informática su emprendimiento sería mayor[52]. A todo esto, se une que las empresas dirigidas por mujeres, en relación al apalancamiento, están menos endeudadas y son más solventes, esto ha permitido que el 20% de las *Startups* en España estén dirigidas por mujeres como muestra los últimos datos:



Esta descripción del emprendimiento femenino en España, muestra como el techo de cristal y el escalón roto se encuentra en la financiación que un 64% se debe afrontar con recursos propios y donde los fondos públicos solo representan el 4%. Estas dos grandes fallas económico-financieras se deberán solucionar porque como ha sostenido, el "Centro de Estudios Randstad Research" en su informe de tendencias salariales de 2022, en el actual escenario de recuperación y tras un cambio notable en las tendencias de compra, que apuestan en mayor medida por el comercio electrónico, la demanda de profesionales con competencias y conocimientos relacionados con las nuevas tecnologías y la innovación se han incrementado sustancialmente, sobre todo en los puestos relacionados con la analítica de datos o proyectos I+D, que tienen una remuneración inicial de alrededor de 37.660 euros anuales y el salario puede llegar a duplicarse en los siguientes años como muestra el gráfico sobre el talento tech en España:

52 Teresa M. Alarcos, El emprendimiento digital femenino en España: situación y prospección mujeres, tecnología y sociedad digital, 29-40 (Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2021).



Este cambio de paradigma es una realidad que muestra sin ambages que la formación será clave, y la realidad arroja que las mujeres representan el 60% de los graduados en España, la vida y la conciliación de la vida profesional y personal no lo es tampoco, como muestra el estudio *Amway* que desmonta esta visión, pues los datos arrojan que las madres son las que están más predispuestas a emprender una aventura empresarial con un 67% frente a un 56% de las mujeres que no tienen hijos. En este entorno, la mujer es la protagonista indispensable del cambio tecnológico y es ineludible tomar las riendas de su futuro, ante unas compañías que ya han cambiado sus estrategias alentando la competencia dentro de sus estructuras, para que aflore el talento sea masculino o femenino por pura supervivencia empresarial. Por tanto, la mayor discriminación a las que se enfrentan las mujeres emprendedoras es la financiación para sus proyectos empresariales como se puede ver en el gráfico:

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

V. CONCLUSIONES

La falta de acceso a la financiación como hemos visto es uno de los mayores desafíos a los que se enfrentan las mujeres emprendedoras ante la revolución digital. Esta barrera está muy bien documentada en el Capital riesgo donde la financiación global alcanzó únicamente un 2,3% en 2020, debido a lo cual la OIT, estima que el 50% del potencial empresarial femenino está desaprovechado. Este despilfarro de recursos por falta de financiación, se ha intentado explicar con estudios sobre los conocimientos financieros, como el coordinado por la Red Internacional de Educación Financiera de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en el que se observó que las mujeres en España tenían, en general, menos conocimientos financieros que los hombres, debido sobre todo a que ante un mismo nivel de renta, las mujeres acumulan menos activos que los hombres, y esa carencia se debía a que las mujeres estaban menos dispuestas asumir riesgos. Sin embargo, esta explicación es muy poco convincente, si tenemos en cuenta, el enorme sesgo que sufren las empresas lideradas por mujeres, a la hora de buscar financiación, frente a las lideradas por hombres, por un sin fin de estereotipos de las entidades de crédito a través de la imperceptible discriminación estadística en los procesos de calificación crediticia, según la cual las empresas propiedad de mujeres serían menos solventes que las de sus homólogos hombres. Sin embargo, esto es falso, pues al hacer un seguimiento del rendimiento de los préstamos a lo largo del tiempo, se ha descubierto que la probabilidad de impago es de un 14% menor para préstamos otorgados a mujeres. Además, según el monitor del emprendimiento global, las mujeres participan en el emprendimiento un 80% más que los hombres.

Si se lograra corregir este sesgo en el acceso a la financiación supondría que las empresas dirigidas por mujeres tendrían más posibilidades de crecer en los años iniciales, teniendo esto un enorme impacto sobre el crecimiento y la productividad en un momento de enorme incertidumbre político-económica. Para lograrlo será necesario corregir los algoritmos utilizados por los bancos para la calificación crediticia que terminan penalizando a las mujeres a la hora de obtener créditos, pues la igualdad pasará siempre por la realidad económica a la que se enfrentan las emprendedoras al iniciar cualquier actividad empresarial.

Por último, y siguiendo nuevamente a Goya como cronista de su tiempo y como pintor de mujeres protagonistas buscó perpetuar por medio de su pincel la traición al liberalismo constitucional representado por la constitución de Cádiz, así nació Judith decapitando a Holofernes que representaba la condena de Fernando VII como tirano, siendo Judith la representación de la libertad del pueblo español decapitando al tirano Fernando VII representado Holofernes. Es esa la mujer de nuestro tiempo segura de sus capacidades a la que ningún sesgo podrá detener, pues lo terminará decapitando en su proceso imparable de liderazgo ante la cuarta revolución industrial.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agustí Cerrillo Martínez y Anahí Casadesús de Mingo, *Data governance for Public transparency,* 30 El profesional de la información, (2021). *https://doi.org/10.3145/epi.2021.jul.02*

Amartya Sen, Desarrollo y Libertad. Nuevo examen de la desigualdad, 183-185 (Ana María Bravo Zabalgoitia trad., Alianza Editorial, 1995).

Amartya Sen, *¿Igualdad de que?, en* Libertad, Igualdad y Derecho. Las conferencias Tanner sobre Filosofía moral, 152-157 (Sterling McMurrin ed., Ariel, 1988).

Ana Isabel Herrán Ortiz, *Aproximación al derecho a la protección de datos personales en Europa. el Reglamento general de protección de datos personales a debate,* 8 Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, 179-200 (2016). *https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=22109*

Andreas Schleicher, *PISA 2018. Insights and Interpretations*, OECD, 1-56, (2018). *PISA2019.PISA%202018%20Insights%20and%20Interpretations%20FINAL%20PDF.pdf*

Ángeles Perona, *El feminismo liberal estadounidense de posguerra*. *En* Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad 15-34 (Celia Amorós y Ana De Miguel. eds., Minerva Ediciones, 2005).

Anne Phillips, *Feminismo y republicanismo: ¿es ésta una alianza plausible?, en* Nuevas ideas republicanas 263-285 (Roberto Gargarella *et al*., Paidós, 2004).

Anne Phillips, *Must Feminists Give up on Liberal Democracy?,* en Democracy and Difference, 103-122 (Carme Castells comp., Cambridge, Polity Press, 1993).

Ana M. Romero Martínez, y Mónica Milone, *El emprendimiento en España: intención emprendedora, motivaciones y obstáculos,* 1 Journal of Globalization, Competitiveness & Governability, 95-109 (2016). *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=511854473005*

ATOMICO, "The State of European Tech 2019", Atómico, 15 de octubre del 2022, disponible en: *https://2019.stateofeuropeantech.com/chapter/state-european-tech- 2019/article/executive-summary*

Begoña Pérez Bernabéu, *El principio de explicabilidad algorítmica en la normativa tributaria española hacia un derecho a la explicación individual*, 192 Revista Española de Derecho Financiero, 143-178 (2021).

Catherine A. Mackinnon, *Catherine The Case Respond,* 3 The American Political Science Review, 709-711(2001).

Catherine A. Mackinnon, Hacia una teoría feminista del Estado, 200-205 (Ediciones Cátedra, 1995).

Catherine C. Eckel y Philip J. Grossman, *Forecasting Risk Attitudes: An Experimental Study Using Actual and Forecast Gamble choices*, 1 Journalconomic Behavior

and Organization, 1-17 (2008).

Comisión Europea, White paper. On artificial intelligence-A European approach to excellence and trust. (2020). Disponible en: *https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial- intelligence-feb2020_en.pdf*

Comisión Europea Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024, 1 (2020).

Carmen Herrero Suárez, Los contratos vinculados en el Derecho de la Competencia, 59 (La Ley, 2006).

Carmen Plaza Martin, *Grietas del techo de cristal. Instrumentos jurídicos para promover el equilibrio entre mujeres y hombres en los puestos de responsabilidad*, 58 Revista General de Derecho Administrativo, (2021).

David Nersessian, *The law and ethics of big data analytics: A new role for international human rights in the search for global standards*, 6 Business Horizons, 845-854. (2018). *doi: https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.07.006*

Decisión (PESC) del Consejo de la Unión Europea relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humano, Consejo de la Unión Europea [CUE], 2020/1999 de 7 de diciembre de 2020.

DELL'ARICCIA, Giovanni *et al*., "Economic policies for the COVID-19 war", Blog: Special series on the response to the coronavirus. IMF, 1 de abril 2020. Disponible en: https://blogs.imf.org/2020/04/01/economic-policies-for-the-covid-19-war/.

EAE. Business School, "Liderazgo femenino, la alternativa empresarial", EAE. Business School, 26 de abril de 2021, disponible en: *https://retos-directivos.eae.es/*

Erik Olin Wright, Class counts: Comparative analysis in class analysis, 576 (Cambridge University Press, 1997).

Erik Olin Wright y Janeen Baxter, *The glass ceiling hypothesis: A reply to critics*, 6 Gender and Society, 814-821(2000). *https://doi.org/10.1177/089124300014006008Wright*

Erik Olin Wright *et al*., *The gender gap in workplace authority: A cross-national study,* 3 American Sociological Review, 407-435 (1995). *https://doi.org/10.2307/2096422*

European Commission, Woman in the Digital Age, 1-10 (Iclaves, 2018). DOI: 10.2759/517222

FERNÁNDEZ ARIAS, Tino, "España, en el "top 10" mundial de los países para mujeres emprendedoras", Expansión, 25 de noviembre del 2020, disponible en: *https://www.expansion.com/expansion-empleo/emprendedores/2020/11/24/5fbcfcb0468aeba2238b4672.html*

FINK, Larry, "El poder del capitalismo", Black Rock, 10 de octubre del 2022. *https://www.blackrock.com/cl/2022-larry-fink-ceo-letter*

GAY DE LIÉBANA, José María, *La pérdida de competitividad de Europa,* El economista, 22 de enero del 2021, *https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/*

noticias/11173641/04/21/La-perdida-de-competitividad-de-Europa.html

Germán Ethics Council, *Big Data and Health. Data Sovereignity as the Shaping informativo al freedom. Opinion, Executive Summary and Recommendations*, 16 (2018). *https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/englisch/opinion-big-data-and-health-summary.pdf*

Helen Taylor Yates y Abha Rai, *A scoping review of feminism in U.S. social work education: Strategies and implications for the contemporary classroom*. 2 Journal of Evidence-Based Social Work, 117-129 (2019).

IESE "IESE-Women in Leadership", IESE, 15 de octubre de 2022, disponible en: *https://www.iese.edu/es/mujeres-directivas/iwil/*

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, "Moving toward gender balance in private equity and venture capital", IFC, 15 de octubre del 2022, disponible en https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/.

Jerrold Nadler, *Investigation of Competition in Digital Markets. Majority Staff report and Recommendations, Subcommittee on Antitrust Commercial and Administrative Law of The committee on The judiciary,* 372-402 (2020).

Jordan Frith, *Big Data, Technical Communication, and the Smart City*, 2 Journal of Business and Technical Communication, 168-187 (2017). *doi: https://doi.org/10.1177/1050651916682285*

Jorge Castellanos Claramont, *La gestión de la información en el paradigma algorítmico: inteligencia artificial y protección de datos,*21 Métodos de Información, 42-58 (2020). *https://doi.org/10.5557/IIMEI11-N21-042058*

Sara de la Rica y Yolanda F. Rebollo-Sanz, *Gender Differentials in Unemployment ins and Outs During The Great Recession in Spain*, 1 De Economist, 67-99 (2017).

Jorge Valero, "Helena Dolli, Comisaria de igualdad de la UE: preguntar por salarios previos a los candidatos también es discriminatorio", El Economista, 7 marzo 2021, disponible en https: *//www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/11088988/03/21/Helena-Dalli-comisaria-de-Igualdad-de-la-UE-Preguntar-por-salarios-previos-a-los-candidatos-tambien-es-discriminatorio-.html*

Judith Morales Barceló, *Los guardianes de acceso y la dudosa necesidad de la propuesta de la ley de mercados digitales: especial referencia a las concentraciones económicas,* 28 Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, (2021).

Louann Brizendine, El cerebro femenino, 40-54 (Maria Jose Buxo Dulce trad., RBA Libros, 2010).

Luis Antonio Velasco San Pedro, *El papel del derecho de la competencia en la era digital,* 78 Revista de Estudios Europeos, 93-110 (2021). *http://www.ree-uva.es/*

Luisa Posada, *Feminismo, igualdad y discurso contemporáneo. A 150 años de Séneca Falls, en* Un siglo avanzando hacia la igualdad de las mujeres Concha, 294-297 (Fagoaga coord., Dirección General de la Mujer, 1999).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

María Nuria Chinchilla Albiol y Esther Jiménez López, *Mujeres en Consejos de Administración*, 161 Economistas, 22-32 (2019). *https://privado.cemad.es/revistas/online/Revistas/Economistas_Num_161_A4_WEB.pdf/165*

María Luisa Jiménez Rodrigo, *El abordaje de la discriminación múltiple en el empleo: Revisión de políticas y buenas prácticas en la Unión Europea,* 3 Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 196-228 (2018). *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6622556*

Mark West *et al*., I'd blush if I could: closing gender divides in digital skills through education, UNESCO (2019). *https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1*

Martha Nussbaum, *El futuro del liberalismo feminista,* 1 Areté, 59-101 (2001). *https://doi.org/10.18800/arete.200101.003*

Matej Avbelj, *Human rights inflation in the European Union, en* The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe, 9 (Lorenza Violindi y Antonia Baraggia eds., Elgar, 2018).

Matej Avbelj, *Human rights inflation in the European Union, en* The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe, 9 (L. Violindi y An. Baraggia eds., Elgar, 2018).

Nestor Duch-Brown *et al., Data ownership, access and trade*, 2017-01 JRC Digital Economy Working Paper 25-26 (2017).

Nuria Vilanova, *Generación Z: los jóvenes que han dejado viejos a los Millennials*, 161 Economistas, 43-51 (2019). *https://www.cemad.es/wp-content/uploads/2019/05/07_NuriaVilanova-1.pdf*

Peter Scott Campbell, *Democracy v Concentrated Wealth. I Search of a Louis Brandeis Quote*, 2014-11 Legal Studies Research Paper Series, 251 (2013). *https://ssrn.com/abstract=2434225*

Redacción, "El Gobierno aprueba la ley de "Startups": así quedan las deducciones fiscales", El economista, 10 de diciembre del 2021, disponible en: *https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/11515393/12/21/El-Gobierno-aprueba-este-viernes-la-ley-de-startups-asi-quedan-las-deducciones-fiscales.html*

Redacción, "Amazon ditched AI recruiting tool that favored men for technical jobs", The Guardian, 11 de octubre del 2018, disponible en: *https://www.theguardian.com/technology/2018/oct/10/ama- zon-hiring-ai-gender-bias-recruiting-engine*.

Rob Kitchin, *Big Data, new epistemologies and paradigm shifts. Big Data & Society*, 1 Big Data & Society, 1-12. (2014). doi: *https://doi.org/10.1177/2053951714528481*

Robert E. Hoskisson *et al*., *Revitalizing Entrepreneurship: The Search for New Research Opportunities*, 6 Journal of Management Studies, 1141-1168 (2011).

Roberto Blanco *et al*., *El impacto de la crisis del Covid-19 sobre la vulnerabilidad financiera de las empresas españolas*, 2119 Documentos Ocasionales, 17-24

(2021).
ROSENBERG, Matthew *et al.,* "How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions", The New York Times, 17 de marzo del 2018, disponible en: *https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge- analytica-trump-campaign.html*
RUDD, Kevin, "Short of War. How to Keep U.S.-Chinese Confrontation from Ending in Calamity", Foreign Affairs, marzo-abril de 2021. *https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2021-02-05/kevin-rudd-usa-chinese-confrontation-short-of-war*
RRHH, "Adaptabilidad, intuición, trabajo en equipo... ¿En qué aspectos y competencias del entorno laboral destacan las mujeres?" RRHH digital, 14 de octubre del 2022, disponible en: https://www.rrhhdigital.com/secciones/talento/145937/Adaptabilidad-intuicion-trabajo-en-equipo-En-que-aspectos-y-competencias-del-entorno-laboral-destacan-las-mujeres?target
S. BIEGEL, *et al*., "Project Sage 2.0 Tracking venture capital with a gender lens", Aspen Network of Development Entrepreneurs, 15 de octubre del 2022, disponible en: *https://www.andeglobal.org/publication/project-sage-2-0-tracking-venture-capital-with-a-gender-lens/*
SÁNCHEZ, Alejandro, *Las tecnológicas europeas entran oficialmente en un mercado bajista,* Expansión 28 de enero del 2022. *https://www.expansion.com/mercados/2022/01/28/61f3d99be5fdea5d038b4617.html*
Teemu Kautonen *et al*., *Entrepreneurial intentions in the third age: the impact of perceived age norms*, 37 Small Business Economics, 219-234 (2011). *https://doi.org/10.1007/s11187-009-9238-y*
Teresa M. Alarcos, El emprendimiento digital femenino en España: situación y prospección mujeres, tecnología y sociedad digital, 29-40 (Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado, 2021).
Torben Iversen, *The dilema of gender equality: How labor market regulation divides women by class*, 1 Daedalus, 86-99 (2020). *HTTPS://DOI.ORG/10.1162/DAED_A_01775*
World Economic Forum, Global Gender Gap Report 2020, 4-369 (World Economic Forum, 2019). *https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

DECLARACIÓN ÚNICA PARA NIÑOS Y NIÑAS DENTRO DEL PROCESO PENAL EN DELITOS GRAVES PARA EVITAR LA VICTIMIZACIÓN

UNIQUE DECLARATION FOR CHILDREN WITHIN THE CRIMINAL PROCESS IN SERIOUS CRIMES TO AVOID VICTIMIZATION

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2022

Gregorio RAMÍREZ GUTIÉRREZ*

Resumen
El trabajo de investigación analiza, partiendo de la óptica de los Derechos Humanos, la necesidad de que en el proceso penal se realice una declaración única por parte de las niñas y niños que comparezcan en el mismo como víctimas u ofendidos de delitos considerados graves, o bien, como testigos del mismo; a fin de garantizar su no revictimización.

Palabras clave: Declaración única; no revictimización; niñas y niños; interés superior de las personas menores.

Abstract
The research work analyzes, from the perspective of Human Rights, the need for a single declaration to be a made in criminal process by the girls and boys who appear in it as victims or offended of crimes considered serious, or, as witnesses of the same, in orden to guarantee their non-revictimization.

Keywords: Single declaration, non-revictimization, girls and boys, superior interest of minor people.

* Profesor de la Universidad Autónoma de Baja California.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Víctima u ofendido o testigo menor de edad involucrado en los delitos graves. III. Autoridades que intervienen al desahogar la declaración de los menores de edad, que sean niños o niñas víctimas u ofendido y testigos de un delito grave. IV. Conclusión. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El texto analiza, desde una forma objetiva la necesidad de practicar una declaración única a los menores de doce años de edad, considerados niños o niñas, como víctimas u ofendidos o testigos, dentro de un proceso penal, en delitos considerados como graves, con el fin de evitar la victimización en el procedimiento penal.

El presente tema a desarrollar se basará desde un punto de vista de los derechos humanos, con el ánimo de proteger los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes que intervengan en un proceso penal como víctima u ofendido o testigo. Dentro del interior de nuestro Estado de Baja California, desde la entrada en vigor del Sistema Acusatorio Adversaria, se cuenta con la problemática, que hasta la presente fecha no se ha practicado, ni realizado ninguna declaración única a los menores de edad, niños y niñas, que estén involucrados en una investigacion penal, ya que pueden ser testigos presenciales o víctimas de un hecho delictuoso grave, por ejemplo homicidio, secuestro, violación y abuso sexual, entre otros, por lo que son victimizados por los operadores del sistema penal acusatorio, mediante una serie de actuaciones ministeriales y judiciales, toda vez que dependerá de la etapa que se encuentre el proceso penal, ya que el menor de edad es citado una y otra vez, provocando que vuelva recordar un hecho traumático, mismo que se podría evitar, por lo que el presente tema, se considera un problema importante.

Motivo por el cual, se expondrá la necesidad de la práctica de una única declaración videograbada hacia los menores de edad donde son víctimas u ofendidos o testigos de un hecho delictuoso, con el fin de que no vuelvan a declarar en la etapa de juicio oral, y para tal estudio es necesario cuestionarnos en primer término, quiénes serían, de acuerdo a sus categorías considerados como las víctimas u ofendidos o testigos menores de edad dentro del proceso penal; cómo debe la autoridad desahogar dicha declaración, cómo debe de recabar dicha declaración para que se considere como prueba ante el Juez de control, y qué autoridad debe velar por estos derechos de niñas, niños y adolescentes. Éstas son algunas interrogantes que se podrían formular sobre la presente temática, ya que se trata de generar mayor reflexión entre los sujetos procesales que actúan,

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

y logremos evitar una victimización, por las violaciones al interés superior de la niñez.

II. VÍCTIMA U OFENDIDO O TESTIGO MENOR DE EDAD INVOLUCRADO EN LOS DELITOS GRAVES

En primer lugar, debemos definir a quién se considera menor de edad, y son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Para efectos de los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años de edad.[1] Por lo que se refiere a este concepto, es recogido del artículo 5 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y toda vez que esa norma general es de observancia y competencia para toda la Federación, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, ya que el objeto es velar por el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas publicas en materia de ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como para garantizar su máximo bienestar posible privilegiando su interés superior a través de medidas estructurales, legales, administrativas y presupuestales.

Otro punto es saber que es la Víctima, y para entender este concepto, nos basaremos en la Ley General de víctimas, ya que nos establece en su articulado cuatro que existen víctimas directas y víctimas indirectas; para las víctimas directas, debemos entender que son "aquellas personas que directamente hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte"[2]. Y en cuanto a los segundos, las víctimas indirectas, son "los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y toda persona que de alguna forma sufra daño o peligre en su esfera de derechos por auxiliar a una víctima"[3].

Para el concepto de testigo, se puede señalar que es la persona física que declara ante los órganos encargados de la procuración o administración de justicia, lo que sabe y le consta en relación con el hecho delictivo, porque lo

1 Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes [LGDNNA], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 04-12-2014, última reforma DOF 28-04-2022 (Mex.).
2 Ley General de Victimas [LGV], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 09-01-2013, última reforma DOF 28-04-2022 (Mex.).
3 *Ibídem.*

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

percibió través de los sentidos.[4] En cuanto al concepto de ofendido, nos podemos referir que es la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.[5]

Por todo lo anterior, podemos resumir que la víctima del delito, es el "sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva".[6] Otro concepto que se puede establecer por Víctima del delito es el establecido en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante resolución 40/34 mediante fecha de adopción 29 de noviembre de 1985, donde se hizo la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, quedando de la siguiente manera, las víctimas del delito: son "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye, además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización".[7]

La victimización debemos entender como el estudio del proceso por el que una persona se convierte en víctima; es decir, las situaciones relativas a ésta, denominadas situaciones victimógenas, que facilitan la comisión de ciertos actos delictivos. Los modelos de victimización se aplican en un marco especifico de tiempo y espacio, y suponen el empleo de ciertas técnicas, como son la aplicación de frecuencia de los delitos estudiados en función de cierto número de variantes, como puede ser la raza, sexo, relación entre criminal y víctima, entre otros; la necesaria utilidad radica esencialmente en la elaboración de estrategias preventivas, ya que de no realizar estas estrategias, pasaría lo que paso hace tiempo atrás, con los asesinatos de Jack, el Destripador, en donde se realizaron varias sugerencias a las prostitutas por ser las victimas que en aquel

4 Julio A. Hernández Pliego, Programa de Derecho Procesal Penal, 212-213 (Editorial Porrúa, 2006).
5 Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-03-2014, última reforma DOF 19-02-2021 (Mex.).
6 Ídem.
7 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, (CNDH, 2018). Disponible en: *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Justicia-Victimas-Delito%5B1%5D.pdf*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

tiempo eran asesinadas, y como estas no obedecieron, continuaron los crímenes. Ya que se trata de encontrar una herramienta, mediante variantes dentro de la victimización, que permita cuantificar el terreno donde ésta se presenta y establece predicciones sobre el delito para prevenirlo.[8]

1. La victimización primaria

Se refiere a la que se produce directamente por parte del victimario contra su víctima durante la ejecución del hecho delictivo donde resulta lesionado el bien jurídicamente protegido y por lo tanto se inflige a la persona el daño físico, psíquico, sexual o material (según sea el delito cometido) es el momento donde se registran elementos importantes de la conducta del comisor del hecho y de su víctima que pueden contribuir a la explicación de las motivaciones del autor y al esclarecimiento del hecho, así como a la prevención victimal.

2. La victimización secundaria

Esta forma de victimización en cambio, es alusiva a la respuesta del sistema legal a las expectativas de la víctima y la actitud de ésta ante el mismo, lo que se convierte en un indicador importante de la eficacia de la Justicia; también se le denomina revictimización por referirse a los nuevos sufrimientos a la víctima que afronta durante el proceso penal.

Las investigaciones victimológicas realizadas en distintos países (México, Argentina, Estados Unidos, Alemania, etc.) dirigidas a comprobar las actitudes de las víctimas hacia los operadores del Sistema Legal revelan insatisfacciones vinculadas a la falta de confianza en la Justicia, miedo a la represalia del acusado y sus familiares, sentimientos de indefensión, vergüenza, e impotencia; situación que se agudiza ante el tratamiento que se le otorga durante el proceso investigativo como objeto de derecho, a partir de Legislaciones adjetivas que sólo le reconocen su condición de víctima-testigo.

El trato inadecuado a las víctimas por parte de los operadores del Sistema Legal, las torna llenas de reservas y miedos que se traducen en falta de cooperación para el esclarecimiento de los hechos debido a la desconfianza en la Justicia, cuestión ésta nada plausible si se toma en cuenta que el principal testigo de cualquier hecho es la víctima del mismo y que la falta de empatía y seguridad durante la investigación puede conducir a la impunidad del mismo.

8 América Plata Luna, Criminología, criminalística y victimología, 122 (Editorial Oxford, 2007).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

3. La victimización terciaria

Ésta describe las situaciones en que un detenido o acusado puede resultar victimizado por parte de los operadores del sistema legal durante la fase de investigación, juzgamiento y ejecución de la sentencia. Obsérvese aquí que esta tendencia extiende la problematización victimológica hasta la persona del criminal cuando sus derechos o bienes pueden resultar vulnerados en tales circunstancias.[9]

Una vez señalado lo anterior, hemos compartido que es la víctima dentro de un proceso penal, pudiendo señalar que a quien recae el daño o afectación de la comisión delictiva, tanto individual o colectivo, observando que no precisamente debe existir lesiones físicas, sino que también las que se presentan en la psique, en lo emocional, en lo económico y en general en sus derechos fundamentales, pero lo que nos interesa en este tema, es los que se señalan a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización; que en este caso, lo conserniente en la participación de los menores en un proceso penal, ya sea como víctima u ofendido y testigo, dependiendo en la condicion que ostenten en el proceso penal y las que hayan percibido mediante sus sentidos de algun hecho delictuoso determinado, por encontrarse al momento de cometerse el delito, y para estos casos el código nacional de procedimientos penales, nos indica que en su artículo 109 penultimo parrafo, que “en el caso de que las víctimas sean personas menores de dieciocho años, el Órgano jurisdiccional o el Ministerio Público tendrán en cuenta los principios del interés superior de los niños o adolescentes, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en la Constitución, en los Tratados, así como los previstos en el presente Código”.[10]

De lo señalado anteriormente, nos hacen ver las autoridades encargadas y obligadas son tanto el Órgano Jurisdiccional como el Ministerio Público, en vigilar que cuando existen como víctimas menores de dieciocho años, debe prevalecer el “Principio del Interés superior de los niños o adolescentes”, para que prevalezca sus derechos, protección integral y derechos consagrados en la Constitución Politica Mexicana y Tratados Internacionales. Pero el código nacional adjetivo penal, los contempla como Testimonios especiales, señalado en su articulo 366 de dicho ordenamiento legal, y nos indica: “Cuando deba recibirse testimonio de menores de edad víctimas del delito y se tema por su afectación psicológica o emocional, así como en caso de víctimas de los delitos de violación o secuestro, el Órgano jurisdiccional a petición de las partes, podrá ordenar su recepción con el auxilio de familiares o peritos especializados. Para ello

9 Dager Aguilar Avilés, Estudios cubanos sobre victimología, 24 (Editorial Grupo de Investigaciones EUMED/Universidad, 2010).
10 Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], *op. cit.*, nota 5.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

deberán utilizarse las técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación con el imputado. Las personas que no puedan concurrir a la sede judicial, por estar físicamente impedidas, serán examinadas en el lugar donde se encuentren y su testimonio será transmitido por sistemas de reproducción a distancia. Estos procedimientos especiales deberán llevarse a cabo sin afectar el derecho a la confrontación y a la defensa.[11]" En este punto, cabe destacar que la autoridad, puede utilizar técnicas audiovisuales adecuadas que favorezcan evitar la confrontación con el imputado, y la única forma, que se podría, sería que el órgano encargado en la investigación, siendo la Fiscalía General del Estado, utilice de los medios electrónicos, a efecto de que dicha declaración sea grabadas en audio y video, y obviamente sean obtenidas por única vez y con garantías correspondientes, ya que el propio código adjetivo, en su artículo 51, que "durante todo el proceso penal, se podrán utilizar los medios electrónicos en todas las actuaciones para facilitar su operación, incluyendo el informe policial; así como también podrán instrumentar, para la presentación de denuncias o querellas en línea que permitan su seguimiento. La videoconferencia en tiempo real u otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto".[12]

A continuación, debemos contemplar que los delitos graves a los que hacemos referencia, serian todos aquellos delitos que tienen aplicada la prisión preventiva oficiosa, como se establece en el articulo 167 del Código nacional de procedimientos penales, que a la letra dice: "...Las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como las leyes federales para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos, armas de fuego y explosivos, y contra la delincuencia organizada, establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal, de la manera siguiente:

> **I.** Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;
> **II.** Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
> **III.** Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

11 *Ibídem.*
12 *Ibídem.*

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;
X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
XII. Abuso o violencia sexual contra menores, previsto en los artículos 261 en relación con el 260;
XIII. Feminicidio, previsto en el artículo 325;
XIV. Robo a casa habitación, previsto en el artículo 381 Bis;
XV. Ejercicio abusivo de funciones, previsto en las fracciones I y II del primer párrafo del artículo 220, en relación con su cuarto párrafo;
XVI. Enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, en relación con su séptimo párrafo, y;
XVII. Robo al transporte de carga, en cualquiera de sus modalidades, previsto en los artículos 376 Ter y 381, fracción XVII…"[13] En todos estos delitos, las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, debe velar por los derechos humanos a la vida digna, a la supervivencia y al desarrollo de cualquier niño, niñas y adolescentes, y en especial en estos delitos graves, en donde pueden estar involucrados como víctima u ofendido y testigos, por lo que recordemos que aplicar una lógica Proniño ante posibles medidas de protección.

13 *Ibídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

III. AUTORIDADES QUE INTERVIENEN AL DESAHOGAR LA DECLARACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD, QUE SEAN NIÑOS O NIÑAS VÍCTIMAS U OFENDIDO Y TESTIGOS DE UN DELITO GRAVE

La declaración realizada a un menor de edad dentro de una investigación penal representa un caso complejo, por lo que se debe ser muy cuidadoso, ya que la autoridad, debe de estar a merced de obtener la mayor información posible del hecho que vivió el infante, sobre todo, el momento y lugar donde se realizara el delito, en este caso grave, ya que es donde se concretizan los elementos del tipo penal, y también es el momento donde puede ser señalado el autor del delito (sujeto activo), por lo que resulta de gran interés, para poder culpar a alguien, y tener acreditado el hecho, ya que cuando se carecen de datos de prueba, medios de prueba o pruebas suficientes, de una forma científica, para acreditar la responsabilidad penal del sujeto activo, basta para que norme convicción, el señalamiento de la víctima u ofendido o testigo, que allá presenciado el momento de realización del delito grave.

Por parte de las autoridades ministeriales, realizan diversas intervenciones y actuaciones donde participan niñas, niños y adolescentes, ya sea como victimas u ofendidos y testigos; en este caso, la Fiscalía General del Estado, procura justicia, mediante la acreditación del hecho que la ley señala como delito y demostrar la responsabilidad penal del imputado, ya que recordemos que la carga de la prueba, la tiene el Fiscal del Ministerio Público, y podríamos enumerar algunas intervenciones y actuaciones que realiza, siendo las siguientes:

La primera intervención de la autoridad hacia el menor de edad, ya sea víctima u ofendido o testigo, seria por ejemplo cuando es reportado un hecho, que en el interior de un domicilio, se escuchan gritos, y que al parecer una detonación de una arma de fuego, en este caso se traslada la policía municipal para corroborar dicha información, y una vez, en el lugar del hecho, se percata que sale del interior un menor de edad, siendo víctima del delito, ya que pudo presenciar como privaron de la vida a su madre, por lo que el Agente de la policía municipal, se convierte primer respondiente, y una vez que visualiza, el cuerpo sin vida de una mujer, acordona la escena del crimen, es decir, coloca cinta amarilla de prohibido el paso, siendo el lugar donde impide el acceso a cualquier persona, comienza a preguntar al niño o niña, que sucedió, para describirlo en su informe policial homologado, mismo documento que entregaría más tarde a la policía investigadora mediante una acta de entrega y recepción de documentación, entre el Agente de la policía municipal y el Agente Investigador Estatal.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

La segunda intervención y actuación del Agente Investigador Estatal, mismo que es encargado de investigar dicho delito grave, y después de realizar su acta de administración y procesamiento de la escena del crimen, empieza con las entrevistas de los testigos y victimas, que en el mismo caso, vuelve a realizar una entrevista al menor, preguntando de nueva cuenta que fue lo que vio, donde el menor revive todo lo que vivió y sintió en aquel suceso, para posteriormente, si el menor, en su entrevista señala que si puede reconocer físicamente o mediante fotografía al imputado, dando la media filiación del mismo, se estaría haciendo otra actuación.

Posible tercera intervención y actuación por peritos adscrito a la Jefatura de Servicios periciales, en donde, si el menor es el ofendido, y fue agredido dentro de este hecho delictuoso, es presentado ante el perito medico adscrito a la Jefatura de Servicios Periciales, a efecto de que proceda a realizar certificado medico de integridad física, y una vez que es observado, le vuelve a practicar una breve entrevista, preguntando de nueva cuenta, que fue lo que vio o sintió, al final el perito médico, entrega una clasificación de lesiones, indicando sí o no son las que ponen en peligro la vida, tardan en sanas mas o menos de quince días y si o no amerita hospitalización.

La cuarta intervención y actuación, continuaría con otro Agente Estatal de Investigación, un reconocimiento de persona, en este caso del imputado de manera física, y si este no es localizado y presentado, se realizara mediante fotografía, donde el menor, lo señalara dentro de una tira de cuatro o cinco fotografías de otros sujetos con la media afiliación similar, y el menor encerrara al imputado con un circula, señalando porque lo reconocer ante el Agente Estatal de Investigación, en presencia de otro fiscal del ministerio público, que dirige la investigación. Además, una cuarta intervención, se podría ocurrir por parte de la defensa, ya sea privada o pública, que deseen entrevistar a menor de edad, niño o niña, como víctima o testigo, ya que tienen derecho de entrevistarlos, por lo que, de nueva cuenta, se encuentra vulnerable los menores de edad, dentro de un proceso penal en la etapa de investigación.

La Quinta intervención y actuación, seria cuando se esté en la etapa de juicio oral, por parte del órgano jurisdiccional, caso concreto, el Juez de enjuiciamiento, donde el menor debe asistir de nueva cuenta a rendir su declaración ante dicho Juez, para que su testimonio, pueda considerarse como prueba, y tenga valor jurídico reviviendo todo lo que vio y sintió de nueva cuenta con sus sentidos en la comisión del hecho que la ley señala como delito, victimizándolo nuevamente, y además colocándolos en estado de indefensión ante la posible delincuencia organizada, con peligro que puedan atentar contra su vida, a la supervivencia y al desarrollo, para que la declaración o señalamiento del menor, no lo pueda hacer ante el Juez de enjuiciamiento de lo penal, y que su participación no contenga

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

el valor suficiente para que el acusado se quede en prisión con una sentencia condenatoria.

De lo anterior, pudiéndose evitar esta impunidad, ya que se puede recabar bajo los lineamentos y procedimientos de una prueba anticipada, prevista en el codigo nacional de procedimientos penales, en el numeral 304, que dice: "...Hasta antes de la celebración de la audiencia de juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

I. Que sea practicada ante el Juez de control;
II. Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar;
III. Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y
IV. Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio..."[14]

Una vez señalado lo anterior, nos percatamos cuales son los puntos que debe reunir como requisitos, ya que vemos que desde la etapa investigación inicial o complementaria, se puede practicar en presencia del Juez de Control, lo interesante, es que solo procede en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciere temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar, pero no se señala que se pueda recabar la declaracion del menor de edad, con una sola declaración debidamente videograbada ante una cámara de Gesell, permitiendo el registro y preservación de su declaración o testimonio del menor de edad, acompañado por perito psicólogo y su representante legal, desahogándose en presencia del Juez de control competente, ya que deben de estar presentes los sujetos procesales que son parte, para que puedan hacer interrogatorio y contrainterrogatorio, como serian Fiscal del Ministerio Público, el menor de edad, víctima u ofendido o testigo, representante legal del menor, perito psicólogo, asesor jurídico, personal de procuraduría de protección, defensor publico o privado, y si estuviera señalado, el imputado o los imputados.

Por cámara Gesell debemos entender como una herramienta de uso forense y legal creada por el psicólogo norteamericano Arnold Gesell. Tiene la función de

14 *Ibídem.*

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

generar un ambiente ideal para que la posible víctima u ofendido de delito grave pueda detallar el caso al que fue perpetrado. Y como mínimo esta cámara se requieren dos habitaciones y que en medio de las dos, las divida una pared que contega un vidrio de preferencia del tamaño de la pared, y que funcione unos de sus lados como espejo unidireccional, que permitan ver claramente lo que ocurra en la otra habitación, siendo la sala de observación, y en otra, seria la sala de declaración, donde se realizara la declaración de la niña, niño o adolescente; ambas salas deben estar acondicionadas con equipos de audio y de video que permitan su grabación de las diversas acciones. El fiscal del ministerio público, deberá ser el encargado de realizar dicha diligencia, y la defensa, podrá también realizar preguntas, para que quede videograbado ante la presencia del Órgano Jurisdiccional, quien dejaran un registro de documento como inspeccion del disco compacto, con esto se podria realiza una unica declaración de la niña, niño o adolescente.

De lo anterior, no se sabe la razón porque la autoridad, no utiliza los medios electrónicos que se encuentran en sus manos y a disposición, ya que podría recabar una sola declaración, quizás sea por falta de conocimiento, o por falta de infraestructura, por carecer áreas apropiadas para desarrollarla, como son las cámaras de Gesell o por falta de tecnología suficiente para su práctica o porque la autoridad no desea darle la atención debida, esto representa un verdadero problema dentro del proceso penal, ya que implica el riesgo de incurrir en alguna violación procesal, cayendo ante una nulidad de dicha actuación, misma que llevaría como consecuencia hasta una reposición del procedimiento, ya que la Autoridad debe velar por los principios del interés superior de los niños o adolescentes, así como la prevalencia de derechos, como su protección integral y de todos los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, a beneficio de las personas menores de dieciocho años como testigos o víctimas u ofendidos de un delito dentro del proceso penal.

La autoridad, ya sea federal, de alguna entidad federativa, municipal e inclusive las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, son competentes de garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez, derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los tratados internacionales, a efecto de que velen dentro del proceso penal, donde este involucrado una niña, niño o adolescentes, que sea de acorde a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez están obligada a observar, así como es bien señalado dentro del articulo 83 de la Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, que cuando menos deben observar:

> "...Artículo 83. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México,

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

que sustancien procedimientos de carácter jurisdiccional o administrativo o que realicen cualquier acto de autoridad en los que estén relacionados niñas, niños o adolescentes, de conformidad con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez estarán obligadas a observar, cuando menos a:

Garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley;

Garantizar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, esta Ley y demás disposiciones aplicables;

Proporcionar información clara, sencilla y comprensible para las niñas, niños y adolescentes sobre el procedimiento judicial o administrativo de que se trate y la importancia de su participación en el mismo, incluyendo, en su caso, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para niñas, niños y adolescentes con discapacidad;

Implementar mecanismos de apoyo al presentar una denuncia, participar en una investigación o en un proceso judicial;

Garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser representados en términos de lo dispuesto en el Título Quinto, Capítulo Segundo, de la presente Ley, así como información sobre las medidas de protección disponibles;

Proporcionar asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera;

Proporcionar la asistencia de un traductor o intérprete;

Ponderar, antes de citar a una niña, niño o adolescente a alguna audiencia, la pertinencia de la misma, considerando su edad, madurez, estado psicológico, así como cualquier otra condición específica;

Garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela, guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario;

Mantener a niñas, niños o adolescentes apartados de los adultos que puedan influir en su comportamiento o estabilidad emocional, cuando así lo determine la autoridad competente, antes y durante la realización de la audiencia o comparecencia respectiva;

Destinar espacios lúdicos de descanso y aseo para niñas, niños y adolescentes en los recintos en que se lleven a cabo procedimientos en que deban intervenir;

Ajustarse al tiempo de participación máximo para la intervención de niñas, niños o adolescentes durante la sustanciación de los procedimientos de conformidad con los principios de autonomía progresiva y celeridad

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

> procesal, y
> Implementar medidas para proteger a niñas, niños o adolescentes de sufrimientos durante su participación y garantizar el resguardo de su intimidad y datos personales…" [15]

Al mismo tiempo, las mismas autoridades supracitadas, en ámbito de sus competencias, deben garantizar que dentro de los procedimientos jurisdiccionales donde estén relacionados niñas, niños y adolescentes, como victimas del delito o testigos, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez, tenga por lo menos los derechos, señalados en el artículo 86, de la misma ley antes señalada, que son:

> "… I. Se les informe sobre la naturaleza del procedimiento y el carácter de su participación en el mismo, el que en ningún caso podrá ser el de imputado o probable responsable;
> II. Que su participación en un procedimiento se lleve a cabo de la manera más expedita, asistidos por un profesional en derecho y atendiendo a lo dispuesto por la fracción XI del artículo 83 de esta Ley;
> III. Garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela o guarda y custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario, con base en el interés superior de la niñez;
> IV. Que se preserve su derecho a la intimidad, que no se divulguen sus datos de identificación en los términos de esta Ley y las demás aplicables;
> V. Tener acceso gratuito a asistencia jurídica, psicológica y cualquier otra necesaria atendiendo a las características del caso, a fin de salvaguardar sus derechos, en términos de las disposiciones aplicables, y
> VI. Adoptar las medidas necesarias para evitar la revictimización de niñas, niños y adolescentes que presuntamente son víctimas de la comisión de un delito o violación a sus derechos humanos…".

Asimismo, es necesario indicar que la autoridad que debe velar su efectiva proteccion y restitucion de los derechos de niñas, niños y adolescentes, dentro de la estructura de Sistema Nacional DIF, contara con Procuraduria de Proteccion, y estas deben estar en cada entidad fedetariva, donde podran solicitar el auxilio de autoridades de los tres ordenes de gobierno, y estableceran contacto y trabajar conjuntamente con las autoridades administrativas de asistencia social, de servicios de salud, de educación, de protección social, de cultura, deporte y con todas aquellas con las que sea necesario para garantizar los derechos de niñas,

15 Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes [LGDNNA], *op. cit.*, nota 1.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

niños y adolescentes. En el articulo 122 de la ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, en su fraccion II, señala:

> "...Prestar asesoría y representación en suplencia a niñas, niños y adolescentes involucrados en procedimientos judiciales o administrativos, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan al Ministerio Público, así como intervenir oficiosamente, con representación coadyuvante, en todos los procedimientos jurisdiccionales y administrativos en que participen niñas, niños y adolescentes, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables...".

Mediante esta disposición obliga intervenir de manera oficiosa en suplencia a niñas, niños y adolescentes en todo proceso penal, donde este involucrado un menor de edad, sin perjuicio de las atribuciones que le correspondan al Ministerio Público.

Al mismo tiempo, que tenemos una ley general de los derechos, existe un protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, mismo protocolo solo es de observancia para el poder judicial de la federación, junto con los poderes judiciales a nivel local, es decir, a quienes deben impartir justicia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, lo define de la siguiente forma y enlista las obligaciones que se desprenden del mismo:

> "...Artículo 25. Protección Judicial
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro
> recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra
> actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución,
> la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida
> por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
> 2. Los Estados Partes se comprometen:
> a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
> b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
> c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

> De acuerdo con ello el derecho de toda persona a un recurso efectivo cuando se violen sus derechos fundamentales se ubica en el ámbito judicial…"[16]

Continuando con el tema, y una vez observado con los derechos y obligaciones que cuentan las autoridades, en el ambito de su competencia, al recabar una declaración de victima u ofendido o testigo de niños, niñas y adolescentes en la comision de delito considerado como grave, pero ahora debemos establecer algunas recomendaciones para el interrogatorio que se practicara a menores de edad, se podría utilizar las siguientes estrategias para realizar la declaración a menores de edad:

1. Desarrollada dentro de cámara de Gesell, misma que será videograbada la declaración del menor ante la autoridad, deberá está presente el fiscal encargado de la carpeta de investigación y la defensa pública o privada.
2. Hacer sentir en confianza. Antes de preguntarle sobre el punto al que Usted quiere llegar, realícele preguntas sobre algo que le dé confianza y que se sienta cómodo al decirlo frente a cámara y los presentes.
3. Tener cuidado cuando el menor de edad asiente con la cabeza a la pregunta, pero no dice nada. Es necesario que conteste verbalmente a sus preguntas y no que sólo asiente o niegue con la cabeza.
4. Asegurarse de que el menor de edad no se siente intimidado. Identificar el momento en que pueda suceder y cambiar la técnica para que este se sienta tranquilo.
5. Realizar preguntas que permitan al menor de edad explicarse a su manera adecuadamente y que muestren en la videograbación que su testimonio es creíble.

Para el contrainterrogatorio que se practicará a menores de edad, se podría utilizar las siguientes estrategias para realizar la declaración a menores de edad:

1. Utilizar preguntas cortas.
2. Realice preguntas en lenguaje sencilla.
3. Cuando su objetivo sea quitar credibilidad al testimonio, sea especialmente cuidadoso y amable con el menor de edad.
4. No realice preguntas abiertas.
5. Apóyese de audiovisuales.

16 Suprema corte de Justicia de la Nación, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, (SCJN, 2da. ed., 2014). Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-nna*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

IV. CONCLUSIÓN

Se puede concluir que es de suma importancia y necesidad la utilización de camara gesell para las entrevistas de los menores de edad dentro de un proceso penal en donde interviena un menor que deba rendir testimonio; en consecuencia, es necesario la adecuación efectiva de estos espacios dentro de todo los Estados de nuestro país para que esta herramienta sea de fácil acceso y ademas la capacitación de los responsables en su realización de las entrevistas. Ya que se puede observar la necesidad de un perito en materia de psicología, que sea profesional y especialista, ya que, en el acompañamiento del menor de edad, de hacerlo sentir en confianza, para que este se adapte a los procedimientos al desarrollo, lenguaje, ritmo y características del entrevistador, y a la naturaleza del probable delito.

La declaración única podemos establecer que es una diligencia de declaración testimonial que forma parte de una investigación penal. Se aplica en niños, adolescentes o adultos presuntas víctimas de violencia o trata de personas con fines de carácter sexual. Esta declaración, su función es que quede desahogada como prueba, y no llamar a juicio oral a la víctima u ofendido o testigo por los hechos que se haya perpetrado en su contra o en su presencia, ya que este elemento probatorio, llevaría a que el Juez de enjuiciamiento, tenga elementos suficientes para emitir una sentencia condenatoria; en resumen, este desahogo de declaración única, tiene como finalidad evitar la revictimización y, especialmente, reservar la identidad de la víctima.

También de este artículo se pudo observar que se debe solicitar que se aplique correctamente el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, pero no sólo para el órgano jurisdiccional, sino también la autoridad ministerial, y que, en todo proceso penal, donde se encuentra un menor de edad, este participando activamente la Procuraduría de Protección.

Otro aspecto jurídico sería que se pudiera reformar el artículo 304 fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el sentido, que debe agregarse la declaración única de los niñas, niños y adolescentes, cuando sean involucrados en delitos graves, ya que dicho numeral, solo contempla este procedimiento, cuando un testigo, no pueda concurrir a audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, o por motivos que hicieren temer su muerte, o por estado de salud, o por incapacidad física o mental, todas ellas por impedirse a declarar.

Así también, se debe solicitar previamente un dictamen, practicado al menor de edad a declarar, con el fin de que el perito psicólogo, que lo va asistir, vea si cuenta con alguna afectación por el delito que vivió, y le afecte en su desarrollo físico o mental, además para que tenga la noción si está en condiciones de poder

declarar de acuerdo a su edad, madurez, estado psicológico, así como cualquiera otra condición especifica se requiera; el perito psicólogo debe estar capacitado para poder acompañar en todo el proceso al menor de edad.

V. BIBLIOGRAFÍA

América Plata Luna, Criminología, criminalística y victimología, 122 (Editorial Oxford, 2007).

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, (CNDH, 2018). Disponible en: *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Justicia-Victimas-Delito%5B1%5D.pdf*

Dager Aguilar Avilés, Estudios cubanos sobre victimología, 24 (Editorial Grupo de Investigaciones EUMED/Universidad, 2010).

Julio A. Hernández Pliego, Programa de Derecho Procesal Penal, 212-213 (Editorial Porrúa, 2006).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, (SCJN, 2da. ed., 2014). Disponible en: *https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-nna*.

CONCEPCIONES Y PERSPECTIVAS DE LA SEGURIDAD PÚBLICA EN MÉXICO

CONCEPTIONS AND PERSPECTIVES OF PUBLIC SAFETY IN MEXICO

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 18 de octubre de 2022

Jessica MENDIVIL TORRES* Y Miguel Ángel MELÉNDEZ EHRENZWEIG**

Resumen
El presente trabajo tiene por objeto explorar la transición que ha operado en los derechos fundamentales de las víctimas de los delitos gracias a las reformas constitucionales vinculadas al proceso penal y a los Derechos Humanos en general; partiendo de los estándares que al respecto se han establecido desde el formante jurisprudencial, particularmente el interamericano, cuyos precedentes son especialmente relevantes en el paradigma de Derechos Humanos que opera en México.

Palabras clave: Derechos fundamentales, víctima del delito, debido proceso

Abstract
The purpose of this paper is to explore the transition that has operated in the fundamental rights of crime victims thanks to constitutional reforms linked to criminal proceedings and Human Rights in general; starting from the standards that have been established in this regard from the jurisprudential formant, particularly the inter-American one, whose precedents are especially relevant in the Human Rights paradigm that operates in Mexico.

Keywords: Fundamental rights, crime victim, due process

* Profesora Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, en la Facultad de Ciencias Sociales y Administrativas.
** Doctor en Derecho, profesor investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UABC. Miembro del SNI.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Concepciones y perspectivas sobre la seguridad pública. II. La víctima y sus derechos fundamentales. III. Deberes específicos y su relación con los Derechos Humanos. IV. Bibliografía.*

I. CONCEPCIONES Y PERSPECTIVAS SOBRE LA SEGURIDAD PÚBLICA

La seguridad pública, si bien es uno de los elementos que brindan a la ciudadanía ese bienestar social, sin embargo, actualmente es bien sabido que la percepción ciudadana vive con un grado de incertidumbre y falta de confianza dentro del contexto social, gran parte de la población no confía en el entorno social[1].

Ahora bien, ¿qué medidas se han implementado para cambiar la percepción ciudadana? ¿qué operaciones policiales o de seguridad se han brindado a la ciudadanía para cambiar esa percepción?

Día a día se señala una serie de quejas constantes en las que la ciudadanía pide a gritos un cambio social, un entorno de seguridad, pues se cuenta con un sistema jurídico deficiente, sin embargo, dentro de lo normativo se desprende una seguridad para todas aquellas víctimas de delitos, mismas que serán debidamente protegidas por el Estado, así como no le serán vulnerados sus derechos fundamentales, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20 apartado C, contempla un apartado específico sobre los derechos de las víctimas, tema que debe resaltarse en la actualidad, pues deben garantizarse durante un proceso penal los derechos de fundamentales de las mismas.

En este sentido, el artículo 20 constitucional con el transcurrir del tiempo, ha ido evolucionado, y actualmente señala la importancia del Ministerio Público, como autoridad facultado para la investigación de los hechos delictivos debe velar por los derechos fundamentales de las víctimas, tales como la reparación del daño, de conocer la verdad y procuración de justicia eficaz, así como que sus resoluciones deben ser debidamente fundadas y motivadas.

Aunado a lo anterior, la víctima suele enfrentarse a situaciones aún más victimizantes, pues además de ser víctima de un hecho delictivo, en donde es agredida por la conducta delictiva cometida, se convierte en víctima de la autoridad misma, al no ser atendida, al no ser reparado el daño que se le ocasionó

1 Véase del Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, la encuesta de Seguridad y Confianza Ciudadana. Percepción de Seguridad, realizada en Agosto de 2018, consultable en: http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/118754/595651/file/CESOP-IL-72-14-SeguridadyParticipacion-160818.pdf

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

o simplemente ante la indiferencia de las autoridades, no protegiendo ésta los derechos fundamentales que por ley le corresponden. Situación que día a día ha ido en incremento y que lleva como resultado a otras conductas delictivas por ese sentir de la falta de procuración de justicia.

La víctima tiene una presencia de peso y de mucha importancia en el sistema penal, pues si bien es cierto, no resulta ser un tema novedoso el hecho de que dentro de la carta magna se encuentren plasmados sus derechos fundamentales, ocurre que dentro del presente texto se hace notar, como la procuración de justicia no cumple debidamente con su trabajo, cuando está ordenado dentro de la normatividad.

II. LA VÍCTIMA Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dentro del derecho penal, actualmente existe una notable evolución respecto a los derechos que la ley le otorga a la víctima, se ha trabajado mucho en este tema, con el propósito de brindarles una seguridad jurídica, brindándoles mayor protección, reparación del daño, así como que tenga una mayor participación dentro del proceso penal. Con el transcurso del tiempo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, ha contemplado un apartado especial para las víctimas, sin embargo éste precepto constitucional ha venido evolucionando, pues en México se ha tenido un importante desarrollo sobre el tema de las víctimas, al reconocerle el derecho a las mismas, dándole la importancia que éstas tienen en todo el procedimiento penal, brindándole vida jurídica y participación en el mismo como una parte activa del proceso.

Es así, como dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el apartado C del ordenamiento antes invocado, se contempla un apartado específico de derechos de las víctimas[2]. Este precepto, es con la finalidad de

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;
II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;
III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;
IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.
La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;
V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

obtener un equilibrio entre los sujetos procesales, específicamente entre el ofendido y el imputado. Es así, como el numeral antes mencionado ha realizado diversas reformas para cubrir las expectativas y necesidades de protección jurídicas, pues al ser sujeto de la comisión de un hecho delictivo, la víctima con el daño provocado, la carencia de atención, falta de información, así como la ausencia de facilidades para poder acceder a la justicia, son factores que agravan la postura de la víctima dentro del delito en un proceso penal.

Como ya se mencionó, éste precepto normativo ha sufrido diversas reformas, pues desde la promulgación de la Constitución en el año de 1957, así como la Constitución Federal del año 1917, en la misma se hacía mención respecto a los derechos del procesado, no tomando en cuenta a la víctima del hecho delictivo, no es hasta el año de 1993 donde se adiciona un párrafo en el que ya se toma en cuenta a la víctima y se establece cuales serán hasta ese entonces los derechos que deberán tener a quienes se les haya cometido algún hecho delictivo. En el año 2008, algunas de las reformas realizadas dentro de este precepto normativo, eran nombradas como garantías, sin embargo, ocurre que ya con las últimas adecuaciones, se han establecido como derechos.

Es importante tener presente que los derechos fundamentales como víctimas deben siempre ser garantizadas, pues la posición de desventaja de la víctima es común, si se considera que la mayoría de las víctimas son de por sí vulnerables, su condición generalmente es considerada como precaria y de desventaja frente al resto de los sujetos intervinientes, tanto como por el agresor y la defensa, así como por el propio sistema penal.

Para centrarnos en el concepto de víctima y de ahí continuar con los derechos que se tienen en tal situación de agravio, debemos señalar que Rodríguez Manzanera, la define como "cualquier persona física o moral, que sufre como resultado de un despiadado designio, incidental o accidentalmente, puede considerarse víctima"[3]. En el mismo sentido, la declaración sobre los principios fundamentales de justicia paras las víctimas, la define como "las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial

---

o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.
El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;
VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, e
VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

3 Luis Rodríguez Manzanera, Victimología, 57 (Porrúa, 2017)

de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder"[4].

Dentro de este mismo instrumento internacional, en el mismo sentido se han señalado cuáles son los derechos humanos mínimos que tienen las víctimas sobre acceso a la justicia y trato justo, mencionando que "las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional." Así mismo, "Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos." Y "Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico."

El derecho de toda persona al acudir ante los tribunales está garantizado por las leyes fundamentales, pero cuando éste derecho se piensa para las víctimas de los delitos, el enfoque toma matices que hay que identificar. Esto significa, reconocer en la víctima precisamente ese derecho de obligar al Estado a penar a su agresor, o simplemente el derecho que tiene la víctima de que el agresor tenga que ser sancionado, la no impunidad. Una de las razones por las que el derecho penal se legitima es precisamente porque evita la venganza de la víctima[5]. Por lo que se debe de dar una procuración de justicia pronta, es decir, que debe cumplirse en tiempo y forma con los plazos que está establecido por las normas. Es por ello, que los plazos deben mantenerse en el justo equilibrio entre la celeridad necesaria y el tiempo suficiente para la protección de los valores jurídicos, tanto de la víctima como del imputado.

Para la víctima, el tiempo es oro, por lo que, cuando el proceso penal se convierte largo y complicado, alejan la posibilidad de una reparación oportuna que mitigue no solo el sufrimiento apremiante de la víctima, sino que le permita hacer frente a su condición, que en la mayoría de los casos son de vulnerabilidad. Los procesos cuando son tardados suelen ser victimizantes, las idas y venidas tanto

4 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

5 José Zamora Grant, La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio, 12 (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2014)

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

a las dependencias públicas, que en muchas ocasiones son innecesarias y que afectan la economía de las víctimas y más aún el desgaste emocional que sufren, eso sin contar las secuelas y afectaciones sufridas por la agresión[6]. Es importante que se identifique cuáles son las dilaciones injustificadas, como por mencionar las motivadas por la dificultad para allegarse de pruebas y las provocadas por la defensa con el fin claro de retrasar los procedimientos, apoyándose de tecnicismos legales y la dilación aún causada por las cargas de trabajo, así como por la negligencia en la función o por la misma corrupción incluso.

La víctima busca procuración de justicia, la autoridad viola los derechos humanos al no luchar contra la impunidad, entendida como "una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones."[7].

III. DEBERES ESPECÍFICOS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Ahora bien, los deberes específicos en materia de derechos humanos constituyen una modalidad específica de obligaciones que derivan de una obligación general, y cuya naturaleza, límites y alcances estará delimitada por aquella obligación de la que se desprenden.

Es por lo anterior que los deberes exigen a los sujetos obligados –considerando como tales a las mismas autoridades gubernamentales- a su cumplimiento realizando las conductas concretas para atender una situación particular en la que se presenten posibles violaciones a los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ubicó los deberes específicos dentro de la obligación genérica de garantía. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país ha advertido la importancia de reconocer las obligaciones que tienen las autoridades conforme al artículo primero constitucional sosteniendo que:

> [...] todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos,

6 *Ibidem*, 89

7 Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Emitido por la Comisión de Derecho Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en fecha 08 de febrero de 2005, Documento E/CN.4/2005/102/Add.1.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquéllos[8].

Es así, que el Estado tiene la obligación de preservar, vigilar y cuidar los bienes jurídicamente tutelados de la ciudadanía, por lo que, al no brindar la seguridad que se merece y permitir la ola de delincuencia que de manera constante crece, produce una vulneración a los derechos fundamentales.

Es así, que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas identificó la existencia de los deberes específicos pero no vinculados a la obligación de garantía sino a la obligación genérica de protección, reconociendo que:

> "Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto [...], los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado".[9]

De conformidad con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta se ha pronunciado para imponer la necesidad de un ***deber específico de prevención,*** mismo que se transcribe a continuación:

> "el desarrollo de todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así

8 Derechos humanos. Obligaciones constitucionales de las autoridades en la materia, 160073, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, t. 1, junio de 2012, 1a. XVIII/2012 (9a.), p. 257.

9 Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. 80° período de sesiones. Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto. Aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"[10].

De los diversos criterios del máximo tribunal interamericano se desprende que el deber específico de prevención impone a los Estados diversas obligaciones que deben ser implementadas en sus distintas legislaciones y que pueden resumirse de la manera siguiente:

1. Actuar con la debida diligencia a fin de evitar conductas que puedan violar derechos humanos o, en su caso, que puedan contribuir a la consumación de las mismas.
2. Responder a una perspectiva integral de protección capaz de contrarrestar y combatir los factores de riesgo.
3. Fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar respuestas efectivas frente a situaciones de riesgo.
4. Asegurar tanto en la legislación como en la práctica, aquellas medidas que permitan hacer efectivo la salvaguarda de los derechos humanos.

Es por todo lo anterior que, derivado a la forma de operar la justicia en los últimos años en México, es prioritario asegurar la protección a los derechos humanos tanto de la víctima u ofendido como el del imputado. Al respecto, el artículo 1 de la constitución política de los Estados unidos mexicanos menciona la obligación de obedecer y garantizar los derechos humanos de la siguiente manera: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley."[11]

La convención americana sobre derechos humanos en el artículo 8, Garantías Judiciales cita:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo).
11 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1°.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Al respecto, Miguel Carbonell menciona: "la obligación de respetar significa que el estado debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o pongan en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por sí mismos, haciendo uso de los medios que confieren más adecuados"[12].

IV. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de la ONU. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada en su resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados, encuesta de Seguridad y Confianza Ciudadana. Percepción de Seguridad, (2018). http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/content/download/118754/595651/file/CESOP-IL-72-14-SeguridadyParticipacion-160818.pdf.

Comisión de Derecho Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Documento E/CN.4/2005/102/Add.1. Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Emitido el 08 de febrero de 2005.

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. 80° período de sesiones. Observación general No. 31 [80]. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto. aprobada el 29 de marzo de 2004 (2187ª sesión).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989 (Fondo).

Derechos humanos. Obligaciones constitucionales de las autoridades en la materia, 160073, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, t. 1, junio de 2012, 1a. XVIII/2012 (9a.), p. 257.

José Zamora Grant, La víctima en el nuevo proceso penal acusatorio, (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto de Formación Profesional, 2014).

12 Miguel Carbonell, Los derechos humanos en México: régimen jurídico y aplicación práctica, 46 (Flores Editor y Distribuidor, 2015)

Luis Rodríguez Manzanera, Victimología, (Porrúa, 2017).
Miguel Carbonell, Los derechos humanos en México: régimen jurídico y aplicación práctica, (Flores Editor y Distribuidor, 2015).

LA SEGURIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

SECURITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | 18 de octubre de 2022

Pedro PIEDRAHITA-BUSTAMANTE*

Resumen
Este trabajo caracteriza la seguridad como un Derecho Fundamental derivado de una concesión normativa que confiere condiciones materiales y morales que aseguran la dignidad, la supervivencia y la autodeterminación de los sujetos. Se delimitó el concepto de seguridad como la protección de las personas a partir de un contenido ético asociado a la garantía de la libertad. Mediante una metodología cualitativa y método hermenéutico, se analizaron instrumentos internacionales, la Constitución Política de Colombia de 1991 y sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Se concluye que la seguridad es un Derecho Fundamental porque existen declaraciones nacionales e internacionales que lo protegen y concesiones derivadas de la Constitución Política y sentencias que la conciben como un valor constitucional, un derecho colectivo y un derecho individual. Por tanto, la seguridad es un Derecho Fundamental asociado a la dignidad, la supervivencia y al desarrollo de la libertad de las personas.

Palabras clave: Seguridad Humana, Seguridad del Estado, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derechos Civiles.

Abstract
This work characterizes security as a Fundamental Right derived from a normative concession that confers material and moral conditions that ensure the dignity, survival, and self-determination of subjects. The concept of security was defined as the protection of persons based on ethical content associated with the guarantee of freedom. Employing a qualitative methodology and hermeneutic method, international instruments, the Political Constitution of Colombia of 1991, and sentences of the Colombian Constitutional Court were analyzed. It is concluded that security is a Fundamental Right because there are national and international declarations that protect it and concessions derived from the Political Constitution and sentences that conceive it as a constitutional value, a collective right, and an individual right. Therefore, security is a Fundamental Right associated with dignity, survival, and the development of people's freedom.

Keywords: Seguridad Humana, Seguridad del Estado, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Derechos Civiles.

* Politólogo (Universidad Pontificia Bolivariana). Magíster en seguridad y defensa nacionales (Escuela Superior de Guerra). Doctor en cuestiones actuales del derecho español e internacional (Universidad Alfonso X El Sabio). Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín. Líder del Grupo de Investigaciones en Conflicto y Paz de la Universidad de Medellín. ppiedrahita@udemedellin.edu.co

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Sobre la seguridad. III. Metodología. IV. Resultados. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es caracterizar la seguridad como un Derecho Fundamental, es decir, como "una concesión normativa, derivada de una declaración normativa (...) a través de la cual se le confiere a un sujeto una condición material o moral que le asegure dignidad, supervivencia o autodeterminación"[1]. La seguridad siempre mantiene una vigencia en las discusiones sociales, políticas y académicas, aunque a veces se considere que terminan convirtiendo el concepto en una "industria artesanal" pues, los esfuerzos que se realizan para definir y redefinirla se quedan en agendas políticas, en precisar las prioridades, es decir, el foco que tendrá, y en la preocupación tradicional de la seguridad frente a las amenazas militares[2].

Al revisar la literatura especializada, se encuentra que las investigaciones recientes sobre seguridad han señalado la necesidad de entenderla a partir de la naturaleza específica de la guerra (clásica o híbrida) y sus implicaciones estratégicas[3]; abordan la evolución conceptual[4]; identifican los aspectos que influyen en la percepción de seguridad[5]; plantean el papel de la seguridad en momentos de transición de conflicto[6]; proponen modelos de seguridad urbana[7]; realizan aproximaciones empíricas a los atributos y desafíos[8]; desarrollan nuevos enfoques a partir del desarrollo humano[9]; han estudiado la relación entre

1 John Fernando Restrepo Tamayo, Estructura Constitucional del Estado colombiano, 57 (Universidad de Medellín, 2018).
2 David A. Baldwin, *The Concept of Security*, 1 Review of International Studies, 5 (1997).
3 Véase Pedro Piedrahíta Bustamante, *Las nuevas guerras y la transformación de la seguridad y defensa nacionales*, 11 Analecta política, 425-441 (2016).
4 Véase Mario Laborie Iglesias, La evolución del concepto de seguridad (Documento marco Núm. 05/2011), 1-9, Recuperado de Instituto español de estudios estratégicos website: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2011/DIEEEM05-2011EvolucionConceptoSeguridad.pdf; y, Victor Manuel Saavedra Salazar, *Evolución del concepto de seguridad nacional*, en Seguridad ciudadana. Dimensiones, retos y algunos temas selectos, 25-40 (Universidad de Guadalajara, 2011).
5 Véase Alicia Ornelas Aguayo, *Aspectos generales de la percepción de la inseguridad*, en Seguridad ciudadana. Dimensiones, retos y algunos temas selectos, 223-243 (Universidad de Guadalajara, 2011)
6 Véase Dickie Davis *et al.*, ¿Un gran quizás? Colombia: Conflicto y convergencia (Laura Muñoz Bonilla trad., Planeta, 2016); así como, Ariel Fernando Ávila Martínez y Jorge Eduardo Londoño Ulloa, Seguridad y Justicia en tiempos de paz (Penguin Random House, 2017).
7 Véase Pedro Piedrahíta Bustamante, *Un modelo de seguridad urbana para Colombia*, en Geografías del poder territorial, 257-279 (Carlos Alberto Builes Tobón y Olmer Muñoz Sánchez comps., Universidad Pontificia Bolivariana, 2019).
8 Véase Andrés Casas-Casas y Jorge Giraldo Ramírez, Seguridad y convivencia en Medellín. Aproximaciones empíricas a sus atributos y desafíos (Universidad EAFIT, 2015).
9 Véase Mary Kaldor, El poder y la fuerza. La seguridad de la población civil en un mundo global

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

seguridad y libertad tomando como caso la Constitución Política de España[10]; y otras investigaciones han analizado cualitativa y cuantitativamente el tratamiento de la seguridad en la jurisdicción constitucional colombiana[11].

Bajo este contexto se decidió caracterizar la seguridad como un Derecho Fundamental a partir del análisis de instrumentos internacionales y de la Constitución Política de Colombia. Se aclara entonces que la pretensión de este trabajo no es entrar en la discusión conceptual, sino establecer los elementos que permiten considerar a la seguridad como un derecho exigible a partir de un mandato normativo. Algunos trabajos cercanos a esta perspectiva son los de Molinares en 2014[12] y 2016[13] que serán abordados en el desarrollo.

Para delimitar el objeto de estudio no se entrará en las distinciones sobre seguridad nacional, seguridad ciudadana, seguridad humana o seguridad urbana. Se acude entonces al origen de la palabra en el latín que es *securitas* y que significa no tener temor y estar sin preocupaciones; asimismo a la Real Academia Española que la define como "cualidad de seguro", esto es, ser libre o estar exento de riesgo. Por lo tanto, se considera que el objetivo de la seguridad es "proteger el interés colectivo contra los intereses individuales. A la inversa, lo mismo: habrá que proteger los intereses individuales contra todo lo que pueda aparecer, en relación con ellos, como una intrusión procedente del interés colectivo."[14]. Además de partir de que el contenido ético de la seguridad está en la garantía de la libertad.

De igual forma, se considera que en los Estados modernos la seguridad es entendida como una situación que permite a los ciudadanos desarrollar sin riesgos su vida, sus actividades sociales, económicas y políticas. De este modo, es necesario precisar que la seguridad no es un sinónimo de guerra, aunque en ocasiones dependa de cuerpos coercitivos para su garantía.

Con todo, se realiza una caracterización para establecer por qué la seguridad es un Derecho Fundamental. El artículo se compone de cuatro partes más: en la primera se realiza una delimitación conceptual de la seguridad; en la segunda, se indica la metodología y las fases del análisis de la investigación; en la tercera, se describen los principales resultados; y, por último, se indican los hallazgos y conclusiones.

(Alberto E. Álvarez y Araceli Maira Benítez trads., Tusquets Editores, 2010).

10 Luciano José Parejo Alfonso, *Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho*, 45 IUSTA, 107-128 (2016).

11 Ídem.

12 Viridiana Molinares, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003*, 41 Revista de Derecho, 172-210 (2014)

13 Viridiana Molinares, *Protección a la libertad y seguridad personal en Colombia: avances de un proceso*, 34 Cuestiones Constitucionales, 65-102 (2016)

14 Michel Foucault, Nacimiento de la biopolítica, 85-86 (Horacio Pons trad., Fondo de Cultura Económica, 2007).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

II. SOBRE LA SEGURIDAD

Hablar de seguridad es un asunto complejo, pues a veces se asocia con la guerra. En este sentido, se debe señalar que la seguridad no es un sinónimo de guerra, dado que ésta es violencia colectiva sistemática ejercida por un grupo de personas especializadas en violencia que pueden ser "personal militar, policía, guardianes, carceleros, verdugos y funcionarios judiciales"[15]. Es colectiva, porque es un fenómeno marcado por la suma de conductas individuales; sistemática ya que es constante en períodos de tiempo; y, es ejercida por especialistas en violencia, dado que son las personas que tienen la capacidad de controlar los medios para ocasionar daños a otras personas y objetos[16]. La guerra tiene una dimensión política, pues en su desarrollo participan emprendedores políticos que activan, conectan, coordinan y representan a las partes enfrentadas[17]. De este modo, la "guerra es un fenómeno social violento", tal vez el fenómeno social más perceptible, repetido, modificador y variado de todos[18].

La seguridad en cambio es estrategia, es decir, obedece al planeamiento estratégico en la política práctica y su principal objetivo es la protección de los sujetos. El planeamiento de la seguridad inicia aclarando el objetivo (qué se quiere alcanzar); luego es necesario establecer los medios (con qué); posteriormente las formas (cómo hacerlo) y, finalmente es necesario determinar los riesgos de los resultados potenciales.

No obstante, la seguridad y la guerra mantienen una relación, pues a partir de la naturaleza de la guerra que se tenga en un determinado Estado, se define el enfoque de la seguridad. Por ejemplo, en la guerra clásica[19] donde los enfrentamientos son simétricos en campos abiertos, los únicos actores que pueden generar amenazas a la seguridad son los Estados o aquellos grupos que pretenden acabarlo; mientras que, en una naturaleza de guerra híbrida, la asimetrización de los actores y su presencia particular en zonas urbanas genera una atomización de las amenazas y afectación más directamente a los ciudadanos.

El concepto de seguridad proviene del latín *securitas* que significa no tener temor, estar sin preocupaciones. Para la Real Academia Española es cualidad de seguro; ser libre o estar exento de riesgo. En los Estados modernos, la seguridad se entiende como una situación en la cual los ciudadanos pueden desarrollar sin riesgo su vida, sus actividades sociales, económicas y políticas. En otras palabras,

15 Charles Tilly, Violencia colectiva, 34 (Hacer, 2007).
16 *Ibidem*, 5-34.
17 *Ibidem*, 33.
18 Gaston Bouthoul, La Guerra, 13-16 (Oikos-Tau, 1971).
19 Las concepciones clásicas de la seguridad llevan a una escisión de las funciones, entendiendo que la seguridad es un asunto interno y de Policía, mientras que la defensa es un asunto internacional y de Militares. Para ampliar esto, vea: (Pedro Piedrahíta Bustamante, *Las nuevas guerras y la transformación de la seguridad y defensa nacionales*).

busca proteger el interés colectivo respecto a las afectaciones generadas por los intereses individuales[20]. Desde esta óptica se entiende que la seguridad tiene una relación directa con la libertad.

Esta correspondencia se da a partir del desarrollo de la teoría política de la libertad, dado que los ciudadanos libres son aquellos que son protegidos en la expansión de su libertad en tres dimensiones: primera, "todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra las injerencias de poderes exteriores, en particular del poder estatal"; segundo, "todo ser humano debe participar (...) en la formación de las normas que deberán regular su conducta"; y, tercero, "todo ser humano debe disfrutar del poder efectivo de traducir a comportamientos concretos los componentes abstractos previstos por las normas constitucionales"[21].

En este orden de ideas la seguridad empieza por la protección de los ciudadanos frente a los excesos del Estado; continúa en la garantía de la participación y termina en la materialización efectiva de las normas constitucionales. Bobbio lo expresa así:

> "La imagen del hombre libre se presenta como la del hombre que no debe todo al Estado porque considera siempre que la organización estatal es un instrumento, no un fin; participa directa o indirectamente en la vida del Estado, es decir, en la formación de la llamada voluntad general; tiene suficiente capacidad económica para satisfacer algunas necesidades fundamentales de la vida material y espiritual, sin las cuales la primera libertad sería vacía, y la segunda, estéril."[22].

De este modo, la libertad configura el contenido ético de la seguridad, pues en su ausencia termina siendo simple militarismo, una forma de anular la individualidad, lograr los objetivos por las armas y la imposición de la fuerza sobre las instituciones civiles. Es decir, sin ética la seguridad termina convertida en violencia o en formas de control a través de la influencia o el poder. La primera entendida como una forma de incidir en la elección de las personas, en particular a través del desaliento y el condicionamiento; y, la segunda, como un modo de controlar el comportamiento, imposibilitando el obrar, en particular a través de la violencia[23]. La seguridad sin libertad está en las orillas de la guerra.

En otro orden de ideas, las definiciones más usadas de seguridad en el mundo son: seguridad pública, seguridad ciudadana y seguridad humana[24]. La

20 Michel Foucault, *op. cit*.
21 Norberto Bobbio, Teoría general de la política, 526-527 (Trotta, 2009).
22 *Ibidem*, 527.
23 Norberto Bobbio, El problema de la guerra y las vías de la paz, 146 (Gedisa, 2008).
24 Juan Pablo Mesa Mejía, *El concepto de seguridad. Un análisis a partir de los enfoques de la*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

primera relacionada con la seguridad nacional, el orden público y la seguridad democrática; la segunda, con seguridad urbana y seguridad personal; y la tercera, con el desarrollo humano y la seguridad social.

La seguridad pública es un concepto asociado al realismo político en las Relaciones Internacionales y hace referencia a la capacidad de un Estado para mantenerse libre de las amenazas de potencias[25]. En esta perspectiva, el Estado es responsable de la protección y garantía de su propia seguridad al tiempo que exige la lealtad de los ciudadanos[26].

La seguridad ciudadana es un concepto asociado al liberalismo político y tomó relevancia en los 80 y 90 a partir de reflexiones académicas que iban más allá del ámbito militar como la de Buzan[27] quien planteó que la seguridad debía superar el paradigma estatal y pasar a la protección del individuo, señalando además sus dimensiones: política, económica, medioambiental y societal. Esta perspectiva hace énfasis en la protección de libertades individuales, en los derechos humanos, en el mantenimiento del sistema democrático y en la generación de confianza[28].

La seguridad humana aparece en el debate académico luego de que el politólogo británico Booth[29] señalara que la seguridad no se había adaptado a los nuevos contextos de la Posguerra Fría; frente a lo que propuso entenderla como una forma de emancipación abarcando asuntos económicos, físicos y de justicia social. Esto se plasmó posteriormente en el Informe sobre Desarrollo Humano de 1994 donde se abordó la necesidad de una transición del pensamiento de una "seguridad nuclear a la seguridad humana", la cual "atañe a la seguridad de los individuos y de las comunidades más que a la seguridad de los Estados, y comprende tanto los derechos humanos como el desarrollo humano"[30].

Existe una cuarta definición denominada seguridad urbana[31] que se concentra en los procesos sociales que se desarrollan en el espacio urbano y plantea la importancia del control territorial más allá de los mecanismos coercitivos. Por tanto, es una seguridad que pretende: identificar las prácticas sociales en el espacio incluyendo sus significados históricos en determinados períodos, comprender la

---

seguridad pública, la seguridad ciudadana y la seguridad humana, en Seguridad y convivencia en Medellín. Aproximaciones empíricas a sus atributos y desafíos, 99 (Andrés Casas-Casas y Jorge Giraldo Ramírez comps., Universidad EAFIT, 2015).

25 Véase George Kennan, *The Sources of Soviet Conduct*, 4 Foreign Affairs (1947), citado en Pedro Piedrahíta Bustamante, *Las nuevas guerras y la transformación de la seguridad y defensa nacionales*, 431.

26 Mario Laborie Iglesias, *op. cit.*, 1.

27 Barry Buzan, People, states and fear: an agenda for international security studies in the post-Cold War era, (Rowman & Littlefield International, 2007)

28 Alexandra Abello Colak y Jenny Pearce, De una policía centrada en el Estado a una centrada en la comunidad, 8, Recuperado de International Centre for Participation Studies, University of Bradford website: https://core.ac.uk/download/pdf/136490.pdf

29 Ken Booth, *Security and emancipation*, 4 Review of International Studies, 319 (1991).

30 Mary Kaldor, *op. cit.,* 279.

31 Pedro Piedrahíta Bustamante, *Un modelo de seguridad urbana para Colombia.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

relación del desarrollo de los ciudadanos respecto del espacio urbano al tiempo que se determinan sus antecedentes, los avances y retrocesos. En pocas palabras, un enfoque que se desarrolla a partir de: "¿cuál es la forma en la que se organiza el espacio urbano?, ¿cómo están distribuidos los bienes públicos?, ¿cómo están distribuidas las instituciones políticas, económicas y sociales?"

Con todo, en esta investigación no se entrará en discusiones de enfoques y por tanto se adopta el concepto de seguridad en su sentido genérico, esto es, entendida a partir de su objetivo de protección y de su contenido ético asociado a la libertad.

III. METODOLOGÍA

La investigación es cualitativa con un método hermenéutico. Se usaron fuentes primarias y secundarias como artículos, informes internacionales y sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, de las cuales se extrajeron datos relevantes asociados a la definición de Derecho Fundamental como "una concesión normativa, derivada de una declaración convencional (...) a través de la cual se le confiere a un *sujeto* una condición material o moral que le asegure dignidad, supervivencia o autodeterminación"[32]. Es decir, los datos fueron agrupados a partir de cuatro elementos: primero, concesión normativa; segundo, otorgada a un sujeto; tercero, que confiere una condición material o moral; y, cuarto, que lo otorgado asegure la dignidad, la supervivencia o autodeterminación.

El análisis se realizó en dos fases. La primera consistió en identificar la adecuación de la seguridad a los elementos de un Derecho Fundamental en aquellos instrumentos del derecho internacional. La segunda siguió el mismo proceso, pero en el ámbito interno, revisando la Constitución Política de Colombia de 1991 y el material jurisprudencial.

IV. RESULTADOS

1. A nivel internacional

El derecho a la seguridad ha sido previsto en diversos instrumentos internacionales. El principal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el Artículo 3 establece: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". De manera implícita se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), el cual establece que en garantía del derecho a formar y a afiliarse a sindicatos (Artículo 8): "No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho

32 John Fernando Restrepo Tamayo, *op. cit.*, 57.

que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos".

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) se asocia de manera más directa el derecho a la seguridad cuando se le atribuye al Estado la responsabilidad de protección contra la injerencia o ataques arbitrarios a la vida de las personas, al respecto: "Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En el ámbito regional se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos la cual establece: "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales".

2. A nivel nacional

En la Constitución Política de 1991 existe una referencia directa a la relación existente entre la garantía de la libertad y la protección de las personas:

> **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

En materia jurisprudencial existe una Sentencia hito, la T-719 de 2003, dado que en ella la Corte Constitucional establece: "los presupuestos jurisprudenciales que determinan el alcance del derecho a la libertad y seguridad personal y recuerda al ejecutivo el compromiso gubernamental en torno a su protección bajo las particularidades del conflicto colombiano"[33]. Allí, la Corte considera el derecho a la seguridad como aquel:

> "Que faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuandoquiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades

33 Viridiana Molinares, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003*, 176.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad."

No obstante, se precisa en la Sentencia que la seguridad no es un derecho absoluto ni ilimitado y por tanto en los casos que el legislador "no ha delimitado su alcance específico en cada situación, los funcionarios administrativos o los jueces deben señalar su ámbito en el caso concreto, ponderando los diferentes principios y reglas relevantes, para así determinar la medida de protección a aplicar".

Además, es relevante que la Corte Constitucional aborde el contenido histórico del derecho a la seguridad y su importancia en el derecho constitucional comparado a partir de una serie de referencias históricas. En un primer momento hace alusión a la trayectoria del derecho a la seguridad en el sistema jurídico francés a partir de la Revolución Francesa de 1789, donde en el Artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 "establece como objeto de toda asociación política la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". De igual forma, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución Francesa de 1793 se expresa que "la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, sus derechos y su propiedad".

Posteriormente, la Corte Constitucional hace referencia al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y a lo señalado por juristas franceses como Robert Jaques quien en 1993 estableció que existen dos tipos de inseguridades: la primera asociada a la delincuencia y al terrorismo; y, la segunda a la represión ejercida por el sistema oficial. Termina la Corte Constitucional citando a otros autores franceses para indicar una concepción más amplia de la seguridad como un "conjunto de garantías que posibilitan el ejercicio de los derechos constitucionales, que pueden manifestarse de múltiples formas de conformidad con los diversos riesgos a los que se ven sujetos los individuos."

Finalmente, en la Sentencia T-719 se incluye una revisión constitucional comparada e indica que el derecho a la seguridad ha sido consagrado expresamente en relación con el derecho a la libertad en las constituciones de países como: Austria, Portugal, Turquía, Rumania y España. Y en relación con otros derechos en las Constituciones de: Canadá, Suráfrica, Eslovenia, Antigua y Barbuda, Uruguay, Finlandia, Trinidad y Tobago, Brasil y Chile.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Por otra parte, se encuentra la Sentencia T-339 de 2010, en la cual se establece que para garantizar el derecho a la seguridad el sujeto que exige la protección debe:

> "Probar, al menos sumariamente, los hechos que demuestran o permiten deducir que se encuentra expuesto a una amenaza. En esta medida, debe acreditar: a) la naturaleza e intensidad de la amenaza respecto de la cual se pide protección y; b) que se encuentra en una situación de vulnerabilidad o especial exposición a la materialización del inicio del daño consumado".

De tal forma, las personas pueden exigir el derecho a la seguridad cuando exista un riesgo extraordinario o extremo, el cual, según lo establece la Corte Constitucional, está más asociado al concepto de amenaza, pues la protección por parte del Estado debe aparecer en la contingencia de un posible daño y en la manifestación real que ponga en peligro la integridad de la persona. Por tanto el derecho a la seguridad "opera para proteger a las personas de aquellas situaciones que se ubican en el nivel de riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar".

La diferenciación entre riesgo y amenaza es precisada posteriormente en la Sentencia T-078 de 2013, indicando que en situaciones de riesgo no se presenta la violación a la seguridad, pues el riesgo deriva de la existencia humana. Por tanto, el derecho a la seguridad opera cuando las personas están sometidas a amenazas, es decir, cuando existe una "alteración del uso pacífico del derecho a la seguridad personal, en el nivel de amenaza ordinaria, y de los derechos a la vida y a la integridad personal, en virtud de la amenaza extrema". Al respecto en la Sentencia T-719 se ejemplifican varios casos de personas expuestas a riesgos extraordinarios, así:

> En virtud de (i) su cargo o función (como un alto funcionario); (ii) el tipo de tareas o actividades que desarrollan (como defensores de derechos humanos, periodistas, líderes sindicales, docentes o, como se vio en un caso decidido por el Consejo de Estado, conductores de bus en zonas de conflicto armado); (iii) el lugar geográfico en el que se encuentran o viven; (iv) su posición política de disidencia, protesta o reivindicación (tal es el caso de las minorías políticas y sociales); (v) su colaboración con las autoridades policiales o judiciales para el esclarecimiento de delitos; (vi) su distanciamiento o separación de los grupos armados al margen de la ley (como sucede con los "reinsertados" o "desmovilizados"); (vii) su situación de indefensión extraordinaria (como ocurre con las personas en condiciones de indigencia o los desplazados por el conflicto interno); (viii) encontrarse bajo el control físico de las autoridades (tal como sucede

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> con quienes se encuentran privados de su libertad o con los soldados que prestan su servicio militar obligatorio) y, (ix) ser niños, titulares de derechos fundamentales prevalecientes y sujetos de un especial grado de protección por su notoria situación de indefensión.

La propia Corte sostiene que las autoridades competentes deben ser diligentes e interpretar a partir de sus funciones y con un criterio protectivo, "que refleje la intención del Constituyente y busque preservar, ante todo, el goce de sus derechos fundamentales". Por lo tanto, en los casos en que exista más de una autoridad competente frente a un requerimiento de seguridad, el deber de éstas es el de coordinación para no imponer a las personas cargas administrativas innecesarias. En este contexto, las entidades públicas implicadas en la seguridad en Colombia, son: la Fuerza Pública, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría, la Defensoría del Pueblo, los jueces, la Unidad Nacional de Protección adscrita al Ministerio del Interior, la Dirección Nacional de Inteligencia y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario adscrito al Ministerio de Justicia.

En otro orden de ideas, en la Sentencia T-078 de 2013, se establece el alcance del derecho a la seguridad a partir de una triple connotación jurídica, la cual se construye a partir de la Sentencia hito T-719 de 2003: primero, como valor constitucional, que se deriva del preámbulo y el Artículo 2 de la Constitución Política:

> "**Preámbulo:** (...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga (...)
> **Artículo 2:** (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.".

Segundo, como derecho colectivo, es decir un derecho general para todos los miembros de la sociedad quienes en algún momento pueden ver afectados sus bienes jurídicos y aquellas disposiciones contempladas en la Constitución, al respecto:

> "**Artículo 88:** La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el

> espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.
>
> También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.
>
> Asimismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos."

Y, tercero, como un derecho individual que otorga a las personas la protección por parte del Estado cuando se encuentren expuestas a amenazas que no tienen el deber jurídico de tolerar. Por tanto, acorde a esa sentencia de la Corte, el derecho a la seguridad constituye:

> "Una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades del Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad."

Posteriormente, en la Sentencia T-078 de 2013, se aclara que el derecho a la seguridad no está expresamente en la Constitución Política, sino que se deriva de una interpretación sistemática del preámbulo y de artículos como el 2, 12, 17, 18, 28, 34, 44, 46 y 73 Superiores y de Acuerdos Internacionales que son normas internas, como: Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 7, # 1); el PIDCP (artículo 9, # 1); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 1) y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Y que la seguridad no se ajusta solo a los casos donde se amenace la libertad individual sino que además a todas las garantías que se puedan ver afectadas y que requieran protección del Estado, como la vida y la integridad.

Finalmente, según la investigación de Molinares[34], la Corte Constitucional colombiana entre 1992 y 2001[35] expidió 33 sentencias de revisión de tutelas y

34 Viridiana Molinares, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003.*

35 Las sentencias fueron: "C-588/92, T401/92, T439/92, T-490/92, T-585/92,C-150/93, C-175/93, C-301/93, C-411/93, C-426/93, C-524/93, T-009/93, T-063/93, T-065/93, T-121/93, T-162/93, T-434/93, T-450/93, C-394/94, T-333/95, C-626-96, C-686/96, T-649/96, C-182/97, T-026/97, T-201/97, C-533/00, C-634/00 C-660/00, T-1705/00, C-774/01" Viridiana Molinares, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003,* 174.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

constitucionalidad sobre la protección del derecho a la seguridad y la libertad, las cuales equivalen al 7,39% del total. Y en el período 2002 a 2010[36] 83 sentencias de un total de 471 que representan casi el 18% de los fallos (174-175). La investigadora evidencia en su estudio que las sentencias en este tema "representan el 12.64 % del total referido a las libertades, facultades e inmunidades constituyéndose en el derecho, en el ámbito de las libertades, sobre el cual se solicita mayor protección judicial." (175-176).

Luego, Molinares[37] realiza una actualización del estudio y aborda el período 2011-2014, con el objetivo de establecer si en éste hubo una fluctuación cuantitativa y cualitativa sobre el tratamiento del derecho a la seguridad y la libertad. De los principales hallazgos señala que la Corte Constitucional expidió un total de 22 sentencias relativas a estos derechos, 18 de tutela y cuatro de constitucionalidad (78). Concluye la autora que en Colombia el derecho a la seguridad y la libertad no son derechos consolidados por la persistencia del conflicto armado interno que genera riesgos habituales a las personas; no obstante, la Corte Constitucional ha generado un proceso de protección garantista generando precedentes en materia de protección y de revisión de constitucionalidad (101).

V. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo fue caracterizar la seguridad como un Derecho Fundamental a partir de la definición de Restrepo[38] compuesta por cuatro elementos: que exista una concesión normativa declarada convencionalmente; otorgada a un sujeto; la cual le confiere una condición material o moral; que asegura alguna de estas condiciones: la dignidad, la supervivencia o la

36 Las sentencias fueron: "T-062/02, T-362/02, T-839/02, C-1024/02, C-478/03, T-455/04, T-679/04, T684/04, C-101/05, C-237/05, T-321/05, T 659/05, C-730/05, C-1001/05, T-1069/05, T-406/06, T-693/06, T-1085/06, T-133/07, C-176/07, C-479/07,T-1032/07, C-226/08, C-318/08, C-425/08, T-957/06, C-316/02, C-371/02, C-580/02, C-805/02, C-251/02, C-688/02, C-430/03, C-530/03, T-719/03, C-1056/04, T-596/04, T899/04, C-863/04, T-659/05, T- 1303/05, C-850/05, C-1260/05, T- 524/05, T-634/05, T-686/05, T-212/06, C-187/06, T-439/06, T-1032/06, C-291/07, C-720/07, T-715/07, T-824/07, T-895/07, C-226/08, C-1198/08, T-496/08, T-1101/08, T-1254/08, T-1037/08, T-578/10, T-339/10, T-728/10, T-134/10, C-185/02, T-223/02, C-284/02, C-713/02, C-039/03, T-493/03, C-316/02, C-123/04, T-1239/ 04, T-723/06, T-724/06, C-806/02 , C-194/05, C-239/05, C-665/05, T-780/05, T.- 865/06, T-434/07, T-444/07, T..393/'0, T-479/10, T-096/04, T-888/10, T-372/10, T-217/10, T-113/09, T-774/08, T-661/08, T-436/08, C-189/08, T-786/07, T-226/07, C-400/06, T-1055/06, T-1023/05, T-1168/05, T-676/05, T-694/05, T-484/05, T521/05, C-204/05, T-1035/04, T-853/04, T-1047/03, T-1082/03, T-338/04, C-528/03, T-722/02, T-785/02, T-868/02, T- 894/02, T-895/02, C-984/02, C-030/03, C-184/03, T-268/03, T-310/03, C-416/02, T-190/02, T-195/02, C-292/02, T-364/02" Viridiana Molinares, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003, 175.*

37 Viridiana Molinares, *Protección a la libertad y seguridad personal en Colombia: avances de un proceso.*

38 John Fernando Restrepo Tamayo, *op. cit.*

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

autodeterminación. En un primer momento se realizó una delimitación sobre el concepto de seguridad, llegando a una noción genérica entendida a partir de su objetivo de protección de las personas y su contenido ético asociado a la garantía de la libertad.

En un segundo momento, se revisaron los instrumentos internacionales, los cuales permitieron situar a la seguridad como un Derecho Fundamental. De este modo se analizaron cuatro instrumentos: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el PIDESC; el PIDCP; y la Convención Americana de Derechos Humanos. En un tercer momento, se analizaron los instrumentos nacionales, empezando por la Constitución Política de 1991 y, posteriormente, revisando la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, donde se hizo énfasis en las sentencias T-719 de 2003, T-339 de 2010 y T-078 de 2013. Además, se consideraron las investigaciones de Molinares en 2014 y 2016 que dan cuenta del abordaje sistemático que dicha Corporación ha hecho del derecho a la seguridad y la libertad desde 1992.

Para concluir, hay que señalar que la seguridad es un Derecho Fundamental en tanto: primero, autoridades competentes del ámbito internacional y nacional así lo declaran y lo protegen; es decir, existe una consagración positiva que determina y compromete a las autoridades gubernamentales a su protección, en particular, en el contexto del conflicto armado colombiano (Sentencia T-719 de 2003).

Además, aunque la concesión normativa no está expresamente en la Constitución Política de Colombia, se deriva de la interpretación sistemática de ésta a partir de diferentes artículos [2, 12, 17, 18, 28, 34, 44, 46 y 73], Acuerdos Internacionales y sentencias que, además, le dan una triple connotación jurídica: como valor constitucional, derecho colectivo y derecho individual

Esta concesión ha sido delimitada por la Corte Constitucional a la existencia de un riesgo extraordinario o extremo, es decir, que la protección del derecho a la seguridad por parte del Estado opera solo en las manifestaciones reales que pongan en peligro la integridad de la persona y que por tanto ésta no tiene el deber jurídico de soportar. En la Sentencia T-078 de 2013 se aclara que este riesgo está más asociado al concepto de amenaza y por tanto el derecho aplica cuando exista un alteración del uso pacífico del derecho en sí mismo y de los derechos a la vida e integridad personal.

Segundo, la seguridad es un Derecho Fundamental otorgado a aquellas personas que demuestren que se encuentran expuestas a una amenaza y que se hallen en especial situación de vulnerabilidad y exposición a la materialización de un daño (Sentencia T-339 de 2010). En este sentido, según la Corte Constitucional los sujetos de especial protección, son: altos funcionarios, defensores de derechos humanos, periodistas, sindicalistas, docentes, conductores de bus en zonas de conflicto armado, minorías políticas y sociales, personas ubicadas en zonas de riesgo, personas que colaboran con autoridades policiales o judiciales en un

proceso, desmovilizados, desplazados por el conflicto, personas privadas de la libertad, soldados y niños.

Tercero, es un derecho que confiere un atributo material de protección cuando existe la injerencia o ataques arbitrarios a la vida y a la integridad personal. Pero además, confiere un atributo moral asociado a la libertad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política en la Sentencia T-719 de 2003 y en la Sentencia T-078 de 2013, donde se reconoce la garantía de la libertad frente a las amenazas asociadas a la seguridad.

Finalmente, la seguridad es un Derecho Fundamental en tanto está asociado a los principios de dignidad y de supervivencia, dado que sin seguridad no puede existir un desarrollo de la libertad de la persona; y sin supervivencia simplemente no habría una garantía del derecho a la vida como se mencionó a lo largo de este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alexandra Abello Colak y Jenny Pearce, De una policía centrada en el Estado a una centrada en la comunidad, Recuperado de International Centre for Participation Studies, University of Bradford website: https://core.ac.uk/download/pdf/136490.pdf

Alicia Ornelas Aguayo, *Aspectos generales de la percepción de la inseguridad*, en Seguridad ciudadana. Dimensiones, retos y algunos temas selectos, 223-243 (Universidad de Guadalajara, 2011).

Andrés Casas-Casas y Jorge Giraldo Ramírez, Seguridad y convivencia en Medellín. Aproximaciones empíricas a sus atributos y desafíos (Universidad EAFIT, 2015).

Ariel Fernando Ávila Martínez y Jorge Eduardo Londoño Ulloa, Seguridad y Justicia en tiempos de paz (Penguin Random House, 2017).

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución política de Colombia (1991).

Barry Buzan, People, states and fear: an agenda for international security studies in the post-Cold War era (Rowman & Littlefield International, 2007)

Charles Tilly, Violencia colectiva (Hacer, 2007).

Colombia. Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-719. [MP: Manuel José Cepeda].

___. (2010). Sentencia T-339. [MP: Juan Carlos Henao].

___. (2013). Sentencia T-078. [MP: Gabriel Eduardo Mendoza].

David A. Baldwin, *The Concept of Security*, 1 Review of International Studies, 5–26 (1997).

Dickie Davis *et al.*, ¿Un gran quizás? Colombia: Conflicto y convergencia (Laura Muñoz Bonilla trad., Planeta, 2016)

Gaston Bouthoul, La Guerra (Oikos-Tau, 1971).

George Kennan, *The Sources of Soviet Conduct*, 4 Foreign Affairs (1947).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

John Fernando Restrepo Tamayo, Estructura Constitucional del Estado colombiano (Universidad de Medellín, 2018).

Juan Pablo Mesa Mejía, *El concepto de seguridad. Un análisis a partir de los enfoques de la seguridad pública, la seguridad ciudadana y la seguridad humana,* en Seguridad y convivencia en Medellín. Aproximaciones empíricas a sus atributos y desafíos, 99-127 (Andrés Casas-Casas y Jorge Giraldo Ramírez comps., Universidad EAFIT, 2015).

Ken Booth, *Security and emancipation*, 4 Review of International Studies, 313-326 (1991).

Luciano José Parejo Alfonso, *Sobre el binomio libertad y seguridad en el derecho*, 45 IUSTA, 107-128 (2016).

Mario Laborie Iglesias, La evolución del concepto de seguridad (Documento marco Núm. 05/2011), Recuperado de Instituto español de estudios estratégicos website: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2011/DIEEEM05-2011EvolucionConceptoSeguridad.pdf.

Mary Kaldor, El poder y la fuerza. La seguridad de la población civil en un mundo global (Alberto E. Álvarez y Araceli Maira Benítez trads., Tusquets Editores, 2010).

Michel Foucault, Nacimiento de la biopolítica (Horacio Pons trad., Fondo de Cultura Económica, 2007).

Norberto Bobbio, El problema de la guerra y las vías de la paz (Gedisa, 2008).

___, Teoría general de la política (Trotta, 2009).

OEA. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (Núm. B32). Recuperado de OEA website: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

ONU. (1948). La Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de ONU website: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

___. (1966a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Núm. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966). Recuperado de https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

___. (1966b). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Núm. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre). Recuperado de ONU website: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Pedro Piedrahíta Bustamante, *Las nuevas guerras y la transformación de la seguridad y defensa nacionales*, 11 Analecta política, 425-441 (2016).

___, *Un modelo de seguridad urbana para Colombia*, en Geografías del poder territorial, 257-279 (Carlos Alberto Builes Tobón y Olmer Muñoz Sánchez comps., Universidad Pontificia Bolivariana, 2019).

PNUD. (1994). Informe sobre el Desarrollo Humano. Recuperado de http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_1994_es_completo_nostats.pdf

RAE. (2019). «Diccionario de la lengua española»—Edición del Tricentenario.

Recuperado el 4 de septiembre de 2019, de «Diccionario de la lengua española»—Edición del Tricentenario website: https://dle.rae.es/

Victor Manuel Saavedra Salazar, *Evolución del concepto de seguridad nacional*, en Seguridad ciudadana. Dimensiones, retos y algunos temas selectos, 25-40 (Universidad de Guadalajara, 2011).

Viridiana Molinares, *Protección a la libertad y seguridad personal en Colombia: avances de un proceso*, 34 Cuestiones Constitucionales, 65-102 (2016).

___, *Reconceptualización del derecho a la libertad y seguridad personal: Análisis de la sentencia T-719/2003*, 41 Revista de Derecho, 172-210 (2014)..

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

EL IUSPOSITIVISMO Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS

IUSPOSITIVISM AND ITS COMPATIBILITY WITH THE HUMAN RIGHTS

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2022

Bruno Adalberto GÁMEZ OCHOA*

Resumen

La predicación del Derecho, tiene como consecuencia que los conceptos que se dicen respecto a su cualidad puedan significar distintos géneros. El género, constituye la identidad u otredad en su relación con distintos entes. De este modo, lo que se dice respecto al deber ser del Derecho, condiciona su relación con otras entidades; Derecho Positivo y Derechos Humanos, pueden significar entidades que guarden relación de identidad, en razón a su construcción discursiva o se rechacen debido a la otredad. Esto sucede con los distintos conceptos de Derecho positivo, pues su conceptualización puede complicar su armonización con los Derechos Naturales, debido que lo que se predica de uno u otro, determina si pueden ocupar el mismo espacio discursivo con relación de género y especie, entidad primaria y entidad secundaria. El elemento que condiciona que la relación del Iuspositivismo y Derechos Humanos sea posible, es la moral debido que el positivismo formalista propugna la separación del Derecho con otras entidades entre ellas la moral.

Palabras clave: Derecho positivo, Derechos Naturales, Estado, Derecho Internacional, formalismo, social, reglas.

Abstract

The predication of Law has the consequence that the concepts that are said about its nature can mean different genres. Genre constitutes identity or otherness in its relationship with different entities. In this way, what is said regarding the nature of Law conditions its relationship with other entities; Positive Law and Human Rights, can mean entities that are related to identity, due to their discursive construction or are rejected due to otherness. This happens with the different concepts of positive law, since its conceptualization can complicate its harmonization with Natural Rights, since what is predicated of one or the other determines if they can occupy the same discursive space with a relationship of genre and species, primary entity and secondary entity. The element that determines that the relationship between positive law and Human Rights is possible is morality because formalist positivism advocates the separation of Law with other entities, including morality.

Keywords: Positive Law, Natural Rights, State, International Law, formalism, social, rules.

* Carlos Santiago Nino, Dworkin and Legal Positivism, 356 Mind, 519 (1980).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Las corrientes positivistas. II. Positivismo jurídico y su compatibilidad con los Derechos Humanos. III. Conclusión. IV. Bibliografía.*

I. LAS CORRIENTES POSITIVISTAS

El positivismo legal es una de las corrientes iusfilosóficas que pretenden describir la naturaleza del Derecho. La corriente positivista engloba dentro de su núcleo, distintas teorías respecto a la naturaleza del positivismo, todas ellas partiendo del análisis de la norma. Entre los argumentos expuestos por las corrientes positivistas, se encuentra la idea de que no existen leyes naturales que apliquen en todas las sociedades; también se dice que no hay una forma racional de justificar de manera objetiva la validez de los estándares morales; y que los sistemas jurídicos son autosuficientes para dar soluciones a cada caso posible[1].

De estos argumentos, se deduce que ningún componente abstracto, que tenga su origen en la moral, es útil para establecer un orden en la sociedad. Las leyes naturales, derivadas de la dignidad humana y los estándares morales, son entes vagos y, por lo tanto, cada sociedad puede adoptar diferentes concepciones de los significados de estos elementos axiológicos. Sin embargo, se dice que los sistemas jurídicos, son necesarios y suficientes para solucionar problemáticas de la sociedad.

El positivismo, se puede separar en dos grandes tesis: por un lado, la tesis social sostiene que la ley útil para una determinada sociedad, es un hecho de interés social[2]. Esta postura contempla como legitimidad de la norma jurídica, los hechos sociales, de manera que el contenido de la norma, es obtenido en abstracto de los hechos sociales relevantes para la comunidad. Por otro lado, se tiene la tesis de la separación, manifestando que la moral y el Derecho son dos conceptos distintos y que la disciplina jurídica no requiere de un contenido axiológico[3]. Mientras la tesis social encuentra la legitimidad de su contenido en los fenómenos sociales, la tesis de la separación encuentra su legitimidad en la misma norma[4].

Por lo tanto, la teoría de la separación, se puede entender como la corriente del positivismo, que no contempla ningún contenido moral, mientras que la

1 Carlos Santiago Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, 356 Mind, 519 (1980).
2 Szymon Mazurkiewicz, *Legal Positivism Social Source Thesis and Metaphysical Grounding: Employing Metaphysical Grounding Based on Metaphysical Laws*, 2 *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 5-7 (2019), DOI: https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2019.2.5, véase tambien: Gideon Rosen, *What is a Moral Law?*, en Oxford Studies in Metaethics 12, 135 (Russ Shafer-Landau comp., Oxford, 2017).
3 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 27-29 (Jorge M Seña trad., Gedisa, 2013).
4 Brian Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, 2 Ethics, 285-288 (2001), DOI: https://doi.org/10.1086/233474.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

tesis social, de forma implícita sí puede reconocer un mínimo moral, debido a su vínculo con los fenómenos sociales, sin embargo, el factor moral debe ser entendido como producto de la norma para que la corriente se mantenga en el campo positivista[5].

Dos grandes exponentes del positivismo: Hans Kelsen y H.L.A. Hart, crearon sus propias teorías de Derecho, llevando el análisis de la norma hasta la construcción de un sistema jurídico, donde se observa una relación de Individuo, Estado, y el Derecho Internacional[6]. Cabe mencionar que la postura de Kelsen se encuadra en la tesis de la separación, mientras que la teoría de Hart, puede ser entendida como una subespecie de la tesitura positivista social.

1. La tesis de la regla de reconociendo de H.L.A. Hart

La teoría de Derecho de Hart, estriba en la clasificación de dos sistemas de reglas, estas son las reglas primarias y reglas secundarias. Las reglas primarias son las que se dirigen a regular la conducta de las personas, siendo típicamente reglas con carácter coercitivo; por lo que respecta a las reglas secundarias, estas se subdividen en tres, la regla de reconocimiento, regla de cambio y regla de adjudicación[7]. Hart se refiere a las reglas primarias como las normas que regulan la conducta de las personas, y las secundarias son las que resuelven defectos del sistema jurídico, como lo sería el problema estático de las normas, la ineficiencia, o la falta de certeza.

La regla primaria se puede entender como la que regula la conducta de las personas en las relaciones privadas, como lo sería la elaboración de un contrato, un testamento, o la prohibición de una determinada conducta como el robo; es decir, esta influye en la conducta de las personas, con el objetivo de regular su comportamiento por medio de lenguaje prescriptivo.

Dentro de la clasificación de las reglas secundarias, la regla de reconocimiento tiene la cualidad de reconocer cual es la regla que se debe aplicar en un caso en concreto. Al ser esta la que define cual es la regla que se debe aplicar, se puede entender que tiene un carácter directivo; como menciona Carlos Nino, el uso de lenguaje directivo tiene la función de indicar una determinada acción[8]. Por lo

5 Ferrajoli menciona en sentido similar, que, para el positivismo jurídico, "no es verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley [...]." Luigi Ferrajoli, Derecho y razón: teoría del garantismo penal, 35 (Trotta, 1995).

6 Mario Iván Urueña-Sánchez, *El positivismo de Kelsen y Hart en el derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica*, 31 International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 205 (2017), DOI: https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.pkhd.

7 Herbert L. A. Hart, El concepto del derecho, 117 (Genaro R. de Carrió trad., Abeledo-Perrot, 1998), véase también, Marcus G. Singer, *Hart's Concept of Law*, 8 The Journal of Philosophy, 197–200 (1963), DOI: https://doi.org/10.2307/2023267.

8 Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, 64 (Astrea, 2010).

tanto, la regla de reconocimiento, indica cual es la regla o acción que los sujetos del Derecho deben ejercer.

Es precisamente, la regla de reconocimiento, la que coloca la teoría de Hart en el bloque del positivismo social, ya que la validez de la regla de reconocimiento, proviene de la sociedad civil, en virtud que los particulares reconocen como suya la norma debido a su contenido, mismo que se adecua a los fenómenos sociales[9]. Por lo tanto, se puede entender que las personas pueden reconocer la norma como suya, cuando esta cumpla con un mínimo de Derechos Humanos[10]. Si la norma no se adecua a las necesidades sociales y a un contenido mínimo moral, como lo es la justicia, las personas pueden abstenerse a reconocer como suya la norma, y, en consecuencia, esta inmediatamente perdería su validez.

2. La teoría pura de Derecho de Kelsen

El positivismo formalista de Hans Kelsen, tiene como rasgos característicos la validez de la norma y su pureza. La norma jurídica, se entiende como tal, cuando es producida mediante un proceso formal y por una autoridad competente. Lo que interesa para la teoría, es la formalidad en que la norma jurídica es creada; en cuanto a la pureza de la norma, significa que se encuentra hueca, es decir, la norma no tiene un valor o un fin subyacente[11].

Esto significa, que el legislador solo debe cumplir con el requisito formal para que la norma sea válida[12]. Bajo este criterio, no se puede desconocer una norma cuando no cumpla con un contenido moral, ya que la validez jurídica de la norma no se le atribuye por su contenido, sino por su forma de creación[13]. Además de excluir el contenido moral de la norma, la teoría pura propone separar del Derecho, todo componente ajeno al ámbito jurídico, como lo es la psicología, sociología y filosofía.

Debido que la Teoría Pura de Derecho de Kelsen, no admite la moral dentro del contenido normativo, significa que este postulado se encuadra en la teoría de la separación. En este caso, la teoría no solo queda separada del contenido axiológico, sino también de la propia filosofía y otras disciplinas que aportan conocimiento al ámbito jurídico.

9 Herbert L. A. Hart, *op. cit.*, 132-137.
10 Véase: S. B. Drury, *H.L.A. Hart's Minimum Content Theory of Natural Law*, 4 Political Theory, 534 (1981).
11 Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, 15-30 (Roberto J. Vernengo trad., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981). Confróntese: Ronald M. Dworkin, Los derechos en serio, 65-68 (Ariel, 1989).
12 Neil Duxbury, *Kelsen's Endgame*, 1 The Cambridge Law Journal, 56 (2008).
13 Barna Horvath, *Comment on Kelsen*, 3 Social Research, 318-320 (1951).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

II. POSITIVISMO JURÍDICO Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS

1. La institucionalización de los Derechos Humanos

Debido a los sucesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, en el que los judíos fueron excluidos de la raza humana[14], la comunidad internacional se percató que no era factible confiar los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos internos. Esto por motivo que, los actos barbáricos del holocausto judío, estaban legitimados democráticamente en la legislación alemana.

Esto provocó la creación de regímenes de Derechos Humanos, e instituciones en la esfera internacional pública, para garantizar que no ocurriese nuevamente una violación de Derechos Humanos de esa categoría[15]. La creación de estas instituciones, fue con propósito de identificar y clasificar qué Derechos pueden ser legitimados globalmente, pero también tuvo como fin proporcionar un foro de debate con objeto de intercambiar información sobre criterios, y eventualmente resolver violaciones de Derechos Humanos[16].

Por lo tanto, los tribunales internacionales y sus mecanismos, no son exclusivos para dirimir controversias de Derechos Humanos. La solución de estos conflictos tiene otra dimensión, y es dentro de esta esfera, donde el tribunal internacional crea Derechos Humanos desarrolla los mismos. Todo esto con la finalidad de que su jurisprudencia impregne los ordenamientos jurídicos nacionales.

Cuando se dice que el tribunal internacional crea Derechos Humanos, es porque estas prerrogativas no son naturales, sino que encuentran su pilar fundante en la dignidad humana[17], pues su discurso da contorno y asigna valor a los Derechos Humanos. Para esto, es importante señalar cómo se originan los Derechos Humanos, ya que es necesario para entender la función de los organismos internacionales y su relación con los Estados Nación.

Los Derechos Humanos, en el ámbito internacional, tienen un origen post institucional, ya que el entramado organizacional crea estos Derechos a partir de la dignidad humana, algunos de ellos son el Debido Proceso, Derecho a la Educación, Derechos Políticos, etcétera, para hacer contraste, se tiene a los

14 Avishai Margalit y Gabriel Motzkin, *The Uniqueness of the Holocaust*, 1 Philosophy & Public Affairs, 70 (1996).
15 Alejandro Saiz Arnaiz, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación*, 42 Teoría y Realidad Constitucional, 222-223 (2019), DOI: https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23636.
16 Emilie M. Hafner-Burton y Kiyoteru Tsutsui, *Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises*, 5 American Journal of Sociology, 1383 (2005), DOI: *https://doi.org/10.1086/428442*.
17 Erin Daly, Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person, 130-133 (University of Pennsylvania Press, 2013). Pritchard, menciona que la dignidad humana, es algo que todas las personas tienen, sin importar su estatus socioeconómico, y que requiere un mínimo de respeto: Michael S. Pritchard, *Human Dignity and Justice*, 4 Ethics, 301 (1972).

Derechos Naturales, estos son pre institucionales, pertenecen a los individuos de forma natural, desde el nacimiento, y son atemporales. Ejemplos de estos Derechos, son la Vida, la Libertad, la Salud, entre otros[18].

Por lo anterior expuesto, se entiende que las prerrogativas inherentes al hombre son los Derechos Naturales, y los Derechos Humanos son creaciones artificiales de los tribunales internacionales. Esto no resta importancia a los Derechos Humanos, ya que estos encuentran su fundamento en el discurso de la dignidad humana, como un razonamiento que engloba los mínimos necesarios para que el hombre pueda desarrollarse en sociedad; además, los Derechos Humanos tienen objetivos de gran valor para el hombre, como la educación o acceso a la justicia.

Cabe mencionar que los Derechos Humanos recogen Derechos Naturales y los desarrollan potencializándolos, como lo es el compuesto por el Derecho Natural a la vida, vinculado con el Derecho Humano a la salud, por un lado, y por otro los Derechos Humanos a la reproducción, privacidad y autonomía. Mediante estos, se tiene en desarrollo el Derecho Humano a la clonación. En la actualidad, los procesos en genética han logrado grandes avances en la clonación, sin embargo, hay frenos morales que impiden ciertos avances clínicos[19]. Mediante el sustento de los Derechos Humanos mencionados, se tiene que el Estado no puede frenar los avances en la clonación sin una justificación *prima faccie*[20] de peso moral elevado, ya que una clonación puede significar una mejor, y probablemente más longeva vida.

Así, la labor de los tribunales internacionales es abrir debate sobre el alcance de los Derechos Humanos, ampliando su catálogo y extendiendo el alcance de los ya existentes. Para esta labor, es indispensable de una colaboración de los Estados, debido que ellos son los garantes de los Derechos Humanos. Sin embargo, hay que considerar si es posible, que el positivismo sea compatible con los Derechos humanos creados por los tribunales internacionales.

2. La compatibilidad del positivismo con los Derechos Humanos

Una de las razones, por la que los positivistas no consideran un contenido mínimo de Derechos Humanos dentro de la norma, es por la creencia que los juicios morales no son universales, y, por lo tanto, cada sociedad o incluso dentro de esta, se tendrán criterios distintos de un mismo Derecho Humano. Sin embargo, en la actualidad los tribunales internacionales realizan interpretaciones en abstracto de Derechos Humanos, estableciendo los mínimos para su realización.

18 Charles Beitz, *What Human Rights Mean*, 1 Daedalus, 41 (2003).
19 Carmel Shalev, *Human Cloning and Human Rights: A Commentary*, 1 Health and Human Rights, 137-139 (2002), DOI: https://doi.org/10.2307/4065317.
20 Robert K. Shope, *Prima Facie Duty*, 11 The Journal of Philosophy, 279-281 (1965), DOI: https://doi.org/10.2307/2023089.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

La jurisprudencia internacional proporciona criterios que pueden ser tomados en cuenta en caso de conflicto entre Derechos Humanos. Cabe mencionar que, de esta forma, no se está considerando la moral particular, sino una moral socialmente compartida, y que, en ciertos casos, hay un consenso detrás de la interpretación; además estos criterios jurisprudenciales son adecuados mediante un procedimiento jurídico en el ordenamiento nacional, por lo que la formalidad de creación positivista se salva.

En cuanto al postulado formalista de Kelsen, respecto a la norma pura y ausente de contenido moral, no sería posible adecuarlo con el contenido axiológico de la jurisprudencia internacional. La forma de lograr su compatibilidad, seria incluyendo un contenido mínimo moral en la norma, sin embargo, esto cambiaría por completo la Teoría Pura de Derecho de Kelsen.

En otro punto, el positivismo analítico de Hart, sí es posible compatibilizarlo con los Derechos Humanos, ya que la regla de reconocimiento, en su dimensión fundante, encuentra su legitimidad en el reconocimiento por parte de la sociedad. Si se considera que, en la actualidad los Derechos Humanos han evolucionado a tal grado que en la cotidianidad es difícil no ver un Derecho Humano, se puede entender que el reconocimiento de la norma por parte de la sociedad esté condicionada a un contenido moral.

También es importante recordar la importancia que tiene el Estado, en el desarrollo y eficacia de Derechos Humanos. Como se mencionó previamente, los tribunales internacionales son el foro de discusión sobre el desarrollo y creación de Derechos Humanos, sin embargo, para que esto se logre, es necesaria la participación del Estado. La forma de participación del Estado, es adecuar su sistema jurídico para que las sentencias o jurisprudencia irradie su sistema.

La participación del Estado es con el fin de que los Derechos Humanos no se queden con naturaleza moral, sino que tomen forma de naturaleza legal[21], y de esta manera, se estreche el campo factico donde se requieren los Derechos Humanos y los criterios jurisprudenciales de los tribunales internacionales. Es importante señalar que los Derechos Humanos, para que tomen fuerza vinculante dentro de los ordenamientos de los Estados, es mediante la positivización[22].

Actualmente, el positivismo legal ha sufrido cambios en sus criterios y ha dejado el formalismo jurídico detrás, debido a la violación de Derechos Humanos en la segunda guerra mundial. Actualmente, se sigue utilizando el silogismo como forma de interpretación y argumentación, dicha técnica fue adoptada y usada tradicionalmente por positivistas.

21 Alessandro Ferrara, *Two Notions of Humanity and the Judgment Argument for Human Rights*, 3 Political Theory, 416 (2003).
22 Seyla Benhabib, *The Legitimacy of Human Rights*, 3 Daedalus, 102 (2008).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Además de la subsunción por medio del silogismo jurídico, se tiene también la ponderación de principios como herramienta para los casos en que sea necesario resolver un conflicto donde colisionen Derechos Humanos[23]. De esta forma, se puede hacer ajustes a las teorías positivistas como la de Hart, para que se adecue a los Derechos Humanos, o incluso se puede crear una nueva teoría positivista, no formalista ni con rasgos de la teoría de la separación, pero que si permita interpretar entre líneas Derechos Humanos.

III. CONCLUSIÓN

El positivismo jurídico, tiene diferentes teorías respecto al concepto de Derecho; de la misma manera, tiene diferentes propuestas para modelo iuspositivistas. Las diferentes propuestas de las teorías, se pueden englobar en dos diferentes tesis: el postulado de la separación y la social. La tesis de la separación[24] es complicada de ajustar a los Derechos Humanos, su rigidez en cuanto al contenido de la norma, con su categórica exclusión de contenido moral, no se puede modificar, ya que, al hacerlo, se cambia de forma drástica su esencia. En cambio, la tesis social, puede ser compatible haciendo adecuaciones, y estas no cambiaran la sustancia de la teoría.

En lo que respecta a los tribunales internacionales, una de sus funciones es desarrollar Derechos Humanos a partir del discurso de la dignidad humana, este punto es importante, debido que esta práctica hace evolucionar el contenido axiológico, y tiene como efecto la progresividad de los Derechos Humanos. Cabe mencionar, que su desarrollo, puede ser útil como base para otras generaciones de Derechos.

Los instrumentos internacionales son útiles para el desarrollo y creación de los Derechos Humanos, sin embargo, se requiere su positivización para que tengan naturaleza legal, y de esta forma, puedan ser aplicados por el Estado y exigidos por la sociedad civil. Para este punto, es necesario una colaboración del Estado, por motivo de su carácter garante. En este orden de ideas, se entiende que la normatividad es esencial para los Derechos Humanos, debido que, si se dejan en el plano moral, no se puede tener certeza jurídica de su garantía; la forma de garantizarlos, es mediante su positivización.

Actualmente, el positivismo jurídico podría tener vigencia y ser compatible con los Derechos Humanos, ya que, mediante ajustes en sus postulados, se puede considerar un mínimo de contenido moral en sus normas. Además, en la actualidad se cuenta con distintos instrumentos internacionales, que vigilan las malas prácticas de los Estados y pueden interceder para evitar otro suceso desafortunado como lo ocurrido en Alemania a mediados del siglo veinte.

23 Robert Alexy, *op. cit*., 204-205.
24 *Ibidem*, 27-29.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Alejandro Saiz Arnaiz, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación*, 42 Teoría y Realidad Constitucional, 221–245 (2019), DOI: https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23636.

Alessandro Ferrara, *Two Notions of Humanity and the Judgment Argument for Human Rights*, 3 Political Theory, 392-420 (2003).

Avishai Margalit y Gabriel Motzkin, *The Uniqueness of the Holocaust*, 1 Philosophy & Public Affairs, 65-83 (1996).

Barna Horvath, *Comment on Kelsen*, 3 Social Research, 313-334 (1951).

Brian Leiter, *Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered*, 2 Ethics, 278–301 (2001), DOI: https://doi.org/10.1086/233474.

Carlos Santiago Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, 356 Mind, 519-543 (1980).

___, Introducción al análisis del derecho (Astrea, 2010).

Carmel Shalev, *Human Cloning and Human Rights: A Commentary*, 1 Health and Human Rights, 137-151 (2002), DOI: https://doi.org/10.2307/4065317.

Charles Beitz, *What Human Rights Mean*, 1 Daedalus, 36-46 (2003).

Emilie M. Hafner-Burton y Kiyoteru Tsutsui, *Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises*, 5 American Journal of Sociology, 1373–1411 (2005), DOI: *https://doi.org/10.1086/428442*.

Erin Daly, Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person (University of Pennsylvania Press, 2013).

Gideon Rosen, *What is a Moral Law?*, en Oxford Studies in Metaethics 12, 135–159 (Russ Shafer-Landau comp., Oxford, 2017).

Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho (Roberto J. Vernengo trad., Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981).

Herbert L. A. Hart, El Concepto del Derecho (Genaro R. de Carrió trad., Abeledo-Perrot, 1998).

Luigi Ferrajoli, Derecho y razón: teoría del garantismo penal (Trotta, 1995).

Marcus G. Singer, *Hart's Concept of Law*, 8 The Journal of Philosophy, 197–200 (1963), DOI: https://doi.org/10.2307/2023267.

Mario Iván Urueña-Sánchez, *El positivismo de Kelsen y Hart en el Derecho internacional contemporáneo: una mirada crítica*, 31 International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 193-220 (2017), DOI: https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-31.pkhd.

Michael S. Pritchard, *Human Dignity and Justice*, 4 Ethics, 299-313 (1972).

Neil Duxbury, *Kelsen's Endgame*, 1 The Cambridge Law Journal, 51-61 (2008).

Robert Alexy, *El Concepto y la validez del Derecho* (Jorge M Seña trad., Gedisa, 2013).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Robert K. Shope, *Prima Facie Duty*, 11 The Journal of Philosophy, 279-281 (1965), DOI: https://doi.org/10.2307/2023089.

Ronald M. Dworkin, Los Derechos en Serio (Ariel, 1989).

S. B. Drury, *H.L.A. Hart's Minimum Content Theory of Natural Law*, 4 Political Theory, 533-546 (1981).

Seyla Benhabib, *The Legitimacy of Human Rights*, 3 Daedalus, 94-104 (2008).

Szymon Mazurkiewicz, *Legal Positivism Social Source Thesis and Metaphysical Grounding: Employing Metaphysical Grounding Based on Metaphysical Laws*, 2 *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej*, 5-19 (2019), DOI: https://doi.org/10.36280/AFPiFS.2019.2.5..

DERECHO PÚBLICO COMPARADO Y/O EXTRANJERO

TRABAJO DECENTE Y SU GARANTISMO A TRAVÉS DE INSTITUCIONES GUBERNAMENTALES: COMPARACIÓN ENTRE EL ESTADO MEXICANO Y EL ESTADO ESPAÑOL

DECENT WORK AND ITS GUARANTEE THROUGH GOVERNMENT INSTITUTIONS: COMPARISON BETWEEN THE MEXICAN STATE AND THE SPANISH STATE

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2022

Edgar Octavio MATA CORIA* y Miguel Ángel MELÉNDEZ EHRENZWEIG**

Resumen

El trabajo decente es un discurso internacional que pretende a través del objetivo 8 de la agenda 2030, garantizar el trabajo formal tanto en el ámbito interno de los Estados, así como en el ámbito cruzado de relaciones laborales entre los Estados. Este objetivo surge de la necesidad de ir disminuyendo el trabajo informal. Es cierto que ante los tribunales administrativos y judiciales del trabajo se puede reclamar acciones y omisiones por parte del empleador – patrón – que tiendan a configurar el trabajo informal, sin embargo, la vía judicial o administrativa no es la mediad idónea para garantizar a los trabajadores el acceso al trabajo decente. Se hará un análisis del tipo de Estado y tipo de Gobierno entre el Estado constitucional mexicano y el Estado constitucional español, y como estos hacen frente, desde sus diferencias, a una misma problemática: garantizar el trabajo decente nacional y transnacional.

Palabras clave: trabajo decente, trabajo informal, trabajo trasnacional, inspección del trabajo y seguridad social, tribunales judiciales y administrativos del trabajo, acceso directo e indirecto a la justiciabilidad de los derechos laborales.

Abstract

Decent work is an international discourse that seeks, through objective 8 of the 2030 agenda, to guarantee formal work both in the internal sphere of States, as well as in the crossed field of labor relations between States. This objective arises from the need to reduce informal work. It is true that actions and omissions by the employer - employer - that tend to configure informal work can be claimed before the administrative and judicial labor courts, however, the judicial or administrative route is not the ideal measure to guarantee workers access to decent work. An analysis will be made of the type of State and type of Government between the Mexican constitutional State and the Spanish constitutional State, and how they face, from their differences, the same problem: guarantee national and transnational decent work.

Keywords: decent work, informal work, transnational work, labor inspection and social security, judicial and administrative labor courts, direct and indirect access to the justiciability of labor rights.

* Maestro en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California y profesor de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la propia Universidad.

** Doctor en Derecho, profesor investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la UABC. Miembro del SNI.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Objetivo ocho de la agenda 2030, y su relación con las normas constitucionales y ordinarias laborales: los Estados mexicano y español. III. ¿Por qué el garantismo de los derechos sociales se debe dar de forma estricta a través de instituciones gubernamentales? IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende dar razones suficientes para establecer la medida estatal idónea para el cumplimiento al objetivo ocho (trabajo decente y crecimiento económico) de la agenda 2030, documento titulado: "Transformar Nuestro Mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"[1], la cual se debe dar a través de instituciones gubernamentales, especializadas y correctamente capacitadas y no a través de un sistema de poder judicial –pensando inclusive en un sistema donde se garantice la pronta y expedita justicia–.

Se analizarán las instituciones gubernamentales tanto del Estado mexicano como del Estado español, especializadas para que a través de sus funciones se garantice el trabajo decente. Es decir, establecer las condiciones para que el obrero no se encuentre desarrollando sus actividades subordinadas, sin percibir los mínimos derechos vitales para alcanzar una calidad de vida digna para él y su familia, en virtud de que se hace énfasis en que los derechos prestacionales de los trabajadores trascienden al núcleo familiar, por lo que deben ser suficientes para garantizar derechos como la educación, alimentos, vivienda, seguridad social y actividades culturales o recreativas.

En relación a lo anterior, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha estado pronunciando en razón de la importancia de atender el problema global que existe en relación al índice de trabajo informal. En este sentido el Estado mexicano y el Estado español, cada uno atendiendo a su sistema constitucional de protección a los derecho sociales, económicos, culturales y ambientales, crean y administran instituciones que hagan frente a esta problemática del trabajo informal –o como bien lo conceptualiza el Estado español "trabajo irregular" –, por lo que de aquí en adelante se referirá al trabajo informal o irregular como sinónimos.

Estos dos Estados coinciden en la conceptualización de la institución denominada "Inspección del Trabajo y Seguridad Social", que se encarga de vigilar, inspeccionar – y sancionar en su caso– aquellas personas denominadas "patrones", a fin de que den cumplimiento a las normas constitucionales y ordinarias en materia de derechos laborales.

1 Organización de las Naciones Unidas [ONU], 25-09-2015. *http://www.onu.org.mx/agenda-2030/*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En este sentido se analizará la normatividad constitucional y ordinaria de estos dos Estados, en relación con la institución Inspección del Trabajo y Seguridad Social, y determinar si son suficientes para garantizar las condiciones integrarles que dan lugar al trabajo decente.

II. OBJETIVO OCHO DE LA AGENDA 2030, Y SU RELACIÓN CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y ORDINARIAS LABORALES: LOS ESTADOS MEXICANO Y ESPAÑOL

El objetivo 8 de la agenda 2030 se titula "Trabajo Decente y Crecimiento Económico", y dentro de mismo se encuentra la meta 8.8 que establece: Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

En esta meta se hacen notar tres aspectos esenciales. El primero, "protección de derechos laborales"; el segundo, "promover un entorno de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores"; tercero, protección especial a personas con empleos precarios (donde se encuentra los distintos obreros más vulnerables).

En este sentido, se tiene que dejar claro que, cuando se habla de trabajo informal o irregular, o empleos precarios, no significa que el trabajador tenga que llegar a un estado de vulnerabilidad extrema. Es decir, la determinación de si un obrero se encuentra en condiciones precarias o informales no obedece a un mayor o menor grado de satisfacción de sus derechos prestacionales, por lo que, en estricto sentido, se estatuye que la sola falta de uno de estos derechos sociales es suficiente para determinar que el empleado se encuentra en un estado de vulnerabilidad, y que esta vulnerabilidad trasciende al núcleo familiar.

Y aquí surge una particularidad especial, consistente en la trascendencia de los derechos laborales del empleado al núcleo familiar, en consecuencia, si un trabajador se encuentra en condiciones precarias o informales de trabajo, ese núcleo familiar sigue la misma suerte. De ahí la importancia fundamental de atender los problemas del trabajo informal o precario a través de las instituciones idóneas y mediante políticas publicas efectivas, con procedimientos simples –lejos de ser complejos– que faciliten el garantismo de estos derechos con la mayor prontitud, ya que no sólo se está salvaguardando la estabilidad económica de la clase obrera, sino la estabilidad económica del núcleo familiar como institución intrínseca de la sociedad. En este sentido, al contar con núcleos familiares que alcancen niveles de vida dignos, se contará entonces con una sociedad económicamente activa, lo que contribuye en gran importancia para el sostenimiento económico del Estado.

1. Normas constitucionales y ordinarias en materia de derechos laborales: España

La Constitución Española[2], en su "preámbulo", establece la garantía de la convivencia democrática, un orden económico y social justo, el ejercicio de los derechos humanos, culturas y tradiciones, lenguas e instituciones, y el progreso cultural y económico asegurando una calidad de vida digna. El preámbulo de la Constitución española establece los fines que deben cumplir las normas constitucionales, en este sentido, el Estado español deberá crear y promulgar las normas ordinarias, así como la creación de instituciones que materialicen el cumplimento de las normas constitucionales.

En el punto "2." del artículo 10 de la misma Constitución se establece que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales [...]".[3] Lo que quiere decir que la interpretación de las normas constitucionales españolas no sólo están sometidas a las directrices establecidas en el "preámbulo", sino se encuentran igualmente sometidas a los estándares de protección de los derechos humanos establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).[4]

En relación a lo anterior la DUDH, establece en el apartado del preámbulo "[...] el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia", esto se relaciona con el artículo 3° donde se establece que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[5] Los artículos 22, 23 (3.) y 25 (1.), predican derechos como: el derecho a la seguridad social a todo miembro de la sociedad, la satisfacción de los DESC, condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, remuneración equitativa y satisfactoria que asegure a la familia conforme a la dignidad humana, el aseguramiento de la salud y bienestar, alimentación, vestido, vivienda, por mencionar los más importantes.

De estos derechos referidos *in supra*, se desprende la importancia de garantizar los derechos laborales mínimos, por la trascendencia que éstos tienen en la vida familiar y que, al final, componen el resultado de la sociedad, es decir, si un Estado conserva una sociedad progresista o una sociedad con restricciones y regresiva.

Entonces, España tiene que dar cumplimiento a estos estándares de garantismo y aseguramiento de derechos sociales, a través de las normas constitucionales.

2 Constitución Española, CE, Boletín Oficial del Estado [BOE] 27-12-1978, última reforma BOE 27-09-2011.
3 Ídem.
4 Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], 10-12-1948.
5 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En este sentido, conforme a la Constitución española[6], en sus artículos 10°, 35 (1. y 2.), 39, 40 (1.), 41 y 42, se establecen derechos fundamentales como: la dignidad humana, derecho al trabajo, la creación de un estatuto de los trabajadores —norma reglamentaria que contendrá las reglas para alcanzar los estándares constitucionales en la protección y garantismo de los derechos sociales—, asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, seguridad social, la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero.

De conformidad con estos derechos constitucionales, el Estado español crea y promulga las normas ordinarias consistentes en: a) Ley del Estatuto de los Trabajadores,[7] b) Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social,[8] y c) Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.[9]

En cuanto a la Ley del Estatuto de los Trabajadores,[10] ésta dispone normas que regulan la relación entre las clases trabajadora y patronal, derechos y obligaciones bilaterales y los derechos básicos –que serían los derechos mínimos en la legislación mexicana–, sin embargo, no pronuncia disposiciones en el sentido del actuar por parte de las instituciones gubernamentales para garantizar y asegurar los derechos básicos sociales.

La norma donde se establece la facultad del Estado para garantizar y asegurar los derechos sociales a través de las instituciones creadas y facultadas para ello, es precisamente el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social,[11] en cuyo articulado se establecen las siguientes facultades –se señalan de forma general–: la vigilancia del cumplimiento de las normas en materia de relaciones laborales, representación laboral, prevenciones riesgos, empleo, migraciones, trabajo de extranjeros, seguridad social, funciones de arbitraje, conciliación y mediación. Lo interesante en esta norma reglamentaria, y que vale la pena mencionar, es que dentro de las facultades de los inspectores (artículo 7 "1°") es "entrar libremente, sin previo aviso y en cualquier momento, en todo centro o lugar de trabajo sujeto a inspección y a permanecer en ellos...". Esta regla resulta grave, pero en cierta medida aceptable. Grave, en el sentido de que atenta directamente contra el derecho de propiedad privada de los

6 Constitución Española, *op. cit*., nota 2.
7 Ley del Estatuto de los Trabajadores [LET], Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 23-10-2015
8 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [ROFITSS], Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 16-02-2000
9 Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social [OSITSS], Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 22-07-2015.
10 Ley del Estatuto de los Trabajadores [LET], *op. cit*., nota 7.
11 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [ROFITSS], *op. cit.,* nota 8.

sujetos inspeccionados, y aceptable –sin hacer mención alguna sobre la justicia o injusticia de la medida– en el sentido de que persigue principio social, que es la garantía de los derechos básicos en las fuentes de empleo.

Otro aspecto a resaltar de este reglamento,[12] la forma de actuación del sistema de inspección, que regula el artículo 14 (1.) y que a la letra dice: "La actividad inspectora responderá al principio de trabajo programado, sin perjuicio de la que exijan necesidades sobrevenidas o denuncias. La actividad inspectora responderá a los programas de objetivos generales y territoriales establecidos a este reglamento". Es decir, que el actuar de la actividad inspectora debe ser conforme a los programas establecidos, y aquí es donde se equivoca la presente normatividad, ya que, para hacer frente a los índices de trabajo informal y precario, es necesario que se reglamente de forma definitiva el método sistemático y continuo de la actividad inspectora, estableciendo las sanciones respectivas a los funcionarios que no den debido cumplimiento, y no dejarse a programas políticos que no atiendan a las necesidades actuales de la clase trabajadora, sino a las necesidades políticas.

Aunado a la norma referida *in supra*, con el objetivo de reestructurar y reforzar el sistema de inspección de trabajo y seguridad social, se promulga la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social,[13] creándose un modelo organizativo de inspección con base en los principios de unidad de función y concepción Única e integral del sistema, aunado a los principios de calidad y eficacia en la prestación del servicio.

2. Normas constitucionales y ordinarias en materia de derechos laborales: México

En 2011 se dio una reforma constitucional al artículo 1°, que contiene –a manera de extracto y no de forma literal– lo siguiente: "el reconocimiento de los derechos humanos en la constitución y en los tratados internaciones en los que el Estado mexicano es parte; la interpretación de los derechos humanos conforme a la constitución y a los tratados internacionales; la obligación del Estado mexicano en garantizar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".[14]

Los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, no están referidos como tal en la Constitución mexicana, pero se desprende de sus normas dentro del apartado "De los Derechos Humanos y sus garantías", en este sentido, tienen una relación intrínseca con el principio de progresividad, ya que estos derechos

12 Ídem.
13 Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social [OSITSS], *op. cit.*, nota 9.
14 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CP, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917, última reforma DOF 28-05-21.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

por ser prestacionales, necesitan la actividad del Estado para su cumplimiento, garantismo y justiciabilidad.

Esto trae consecuencias catastróficas al momento de que el Estado determina la forma en que se garantizarán estos derechos sociales, ya que al no tener una norma constitucional que prescriba de forma luminosa, en qué consiste esta forma progresiva, permite que sea interpretada y materializada en distintos posibles significados, y no siempre los más idóneos o plausibles, al grado de que en lugar de existir un verdadera progresividad, lo que resulta de hecho es una regresividad o restricción de los derechos sociales. Como ejemplo tenemos las reformas catastróficas a la limitación de los salarios vencidos a 12 meses a partir de la reforma del 2012 al artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo y la terrible regulación de la subcontratación regulada en la misma norma del trabajo.[15]

Pareciera, a razón de los dos ejemplos referidos *in* supra, que el Estado crea o reforma normas que se encuentran en el ámbito antijurídico para migrarlos al ámbito jurídico. Dicho de otra manera, que actos ilegales se convierten en legales, con base en una argumentación fallida, a razón de interpretaciones incorrectas de los principios constitucionales. En ocasiones el Estado regula actos antijurídicos que no desea hacerles frente.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, al pertenecer la materia del trabajo, los derechos económicos, sociales y culturales, tiene una importante limitante. Esta limitante se encuentra en el artículo 2° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[16] ratificado por México en 1981, que a la letra dice:

> "Artículo 2
> 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
> 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

15 Ley Federal del Trabajo [LFT], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 01-04-1970, última reforma DOF 18-05-2022 (Mex.).

16 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], 3-01-1976. */www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Pacto_IDESC.pdf*

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

> 3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos."

El numeral "1", establece que el Estado sólo se compromete a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) hasta el máximo de los recursos disponibles. El numeral "3" establece que los países en desarrollo para efectos de garantizar los derechos económicos, se atenderá primeramente a la economía nacional.

Es decir, el Estado sólo está obligo a garantizar el trabajo decente hasta el máximo de los recursos económicos que disponga, por lo que no incurre en responsabilidad alguna si las medidas tomadas por el Estado para garantizar el derecho al trabajo decente y digno, son insuficientes. Bastará entonces que el Estado demuestre que ha dispuesto de todos los recursos económicos a su alcance para garantizar dicho derecho.

En este entendido, el Estado mexicano para poder cumplir con la meta 8.8 del objetivo 8 de la agenda 2030 deberá optimizar sus recursos, evitando crear y promulgar leyes, reglamentos, normas y políticas públicas en materia de trabajo decente o digno,[17] económicamente imposibles de cumplir.

A partir del 2012, se empezó una reestructuración en el ámbito de administración y justicia laboral, en torno a los conceptos de equidad, justicia social y trabajo digno y decente. En 2017 se reformó el artículo 123 constitucional,[18] creándose los tribunales laborales y centros de conciliación, suprimiendo las Juntas de Conciliación y Arbitraje federales y locales. En 2019 se reforma la Ley Federal del Trabajo,[19] implementándose un nuevo procedimiento judicial para la solución de los litigios suscitados entre la clase obrera y patronal. En ese mismo año se reestructura la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, donde se crea precisamente la *Unidad de Trabajo Digno*.

Todas estas reformas tienen el objetivo de garantizar el equilibrio y justicia social, mediante la difusión de los derechos laborales y la creación de fuentes de empleo que cumplan con los requisitos esenciales del trabajo digno o decente. Se adoptan medidas y procedimientos de inspección para garantizar el cumplimiento de las normas laborales por la clase patronal.

En este sentido, el artículo 2° Ley Federal del Trabajo,[20] reformado el 30 de noviembre del 2012, establece:

17 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *op. cit.*, nota 1.
18 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CP], *op. cit.*, nota 14.
19 Ley Federal del Trabajo [LFT], *op. cit.*, nota 15.
20 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> "Artículo 2o.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.
>
> Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo.
>
> El trabajo digno o decente también incluye el respeto irrestricto a los derechos colectivos de los trabajadores, tales como la libertad de asociación, autonomía, el derecho de huelga y de contratación colectiva. Se tutela la igualdad sustantiva o de hecho de trabajadores y trabajadoras frente al patrón.
>
> La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres."

El artículo anteriormente citado, se encuentra integrado por cinco párrafos de los cual los tres primeros se refieren al trabajo digno o decente, dejando claro la intención del legislador, que es precisamente suprimir todo trabajo *informal*.

El primer párrafo prescribe que toda relación laboral deberá contener un trabajo decente. El segundo párrafo, establece de forma enunciativa más no limitativa el alcance del concepto de trabajo digno o decente, estableciendo la no discriminación en todas las formas en que ésta pueda darse; el acceso a la seguridad social, este derecho va de la mano con el derecho a la vivienda, ya que en México el sistema de vivienda para la clase obrera, proviene de las aportaciones que el empleado hace a la institución de seguridad social al cual se encuentra afiliado; un salario remunerador, entendiendo este como aquel que no debe ser menor al salario mínimo, es decir, al mínimo vital que permitirá al trabajador alcanzar una vida digna, y trascienda a todos los integrantes de

la familia, garantizado principalmente seguridad social, vivienda, alimentos y educación; capacitación continua con el fin de que el empleado tenga aspiraciones de crecimiento laboral, esto afecta de forma positiva al empleador ya que mantiene un estado laboral prospero; y condiciones opimas de seguridad e higiene, estas condiciones deben de implementarse de forma estricta, en virtud de que es una causal principal por las cuales aumenta el riesgo de trabajo y en consecuencia aumentan las indemnizaciones y pensiones que deberá cubrir el Estado, a través de las instituciones de seguridad social, por lo que hacer énfasis en las condiciones de seguridad e higiene dentro de las fuentes de trabajo, como medidas preventivas no solo beneficia a la clase trabajadora, sino también al propio Estado.

El tercer párrafo, ordena que el trabajo decente deberá ser comprendido en las relaciones colectivas de trabajo, por lo que, en la celebración de los contratos colectivos de trabajo deberá atenderse siempre al trabajo decente. Los trabajadores afiliados a sindicatos cuentan con condiciones laborales que de forma significativa son superiores a las mínimas establecidas en la Ley Federal del Trabajo. Por lo que se considera que este tipo de trabajadores logran alcanzar una calidad de vida digna a través del trabajo decente y prestaciones remuneradas.

Siguiendo la normatividad laboral que prescribe el trabajo decente o digno (se recuerda que las normas laborales utilizan estos dos conceptos como sinónimos), se encuentra el Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones, artículo 18 que a la letra dice:

> "ARTÍCULO 18. Las Autoridades del Trabajo podrán, a solicitud de parte o en ejecución de los Programas de Inspección, realizar Inspecciones de asesoría y asistencia técnica con la finalidad de fomentar entre trabajadores y patrones, entre otros aspectos, el cumplimiento de la normatividad laboral, el trabajo digno o decente, la inclusión laboral, el impulso a la creación de empleos formales, elevar la capacitación y la productividad y promover una cultura de la prevención de riesgos de trabajo, salvaguardando en todo momento los derechos humanos laborales." [21]

El precepto antes citado, establece que toda autoridad laboral en el ámbito de su competencia realizará inspecciones de asesoría y asistencia técnica con el fin de fomentar entre la clase obrera y patronal el cumplimiento de las normas laborales, en consecuencia, el trabajo digno o decente y el impulso de la creación de empleos formales.

21 Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones [RGITAS], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 17-06-2014 (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

De conformidad con lo anterior los inspectores del trabajo en el ámbito de su competencia deberán realizar inspecciones en las fuentes de trabajo, a fin de evaluar si el patrón está cumpliendo con sus obligaciones derivadas de la relación laboral que lo une al trabajador. En caso de encontrar irregularidades que provoquen el desempeño de un trabajo indecente, indigno o informal, entonces, aplicará las sanciones correspondientes.

Igualmente, el trabajo digo o decente es la visión de la Secretaria del Trabajo y Previsión Social, establecida en el Manual de Organización que a la letra dice:

> "Visión
> Ser la Dependencia del Gobierno Federal que contribuya en el ámbito de sus funciones a que más mexicanos se incorporen de manera formal a un trabajo decente y digno, con mejores remuneraciones y prestaciones de Ley, para construir una sociedad más igualitaria, incluyente y con justicia social, consolidando una relación armónica entre los trabajadores y los empleadores de México."[22]

De la parte medular de la visión que la Secretaria del Trabajo y Previsión Social (STPS) prescribe, se identifican dos conceptos centrales: 1) trabajo formal, 2) trabajo decente o digno. Estos conceptos se han venido describiendo en distas leyes, reglamentos y normas laborales, y que es la naturaleza del objetivo 8 de la agenda 2030.[23]

Entonces, la STPS, reconoce que, a través del trabajo formal, decente y digno, el obrero puede acceder a una calidad de vida digna. La visión es, mediante el trabajo formal y decente, construir de una sociedad más igualitaria, con justicia social, armonizando las relaciones laborales entre las clase obrera y patronal.

En el año 2019, la Secretaria del Trabajo expide el reglamento interior, donde se crea la unidad administrativa denominada "Unidad de Trabajo Digno (UTD)", con fundamento en la fracción "IV" apartado "A" artículo 2, que a la letra dice: "

> "Artículo 2. Al frente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, habrá un Secretario del Despacho, quien para el desahogo de los asuntos de su competencia se auxiliará de:
> A. Unidades Administrativas:
> [...[
> IV. Unidad de Trabajo Digno:
> a) Direcciones de Coordinación Regional;
> [...]"[24]

22 Manual de Organización General de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social [MOGSTPS], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 06-01-2015 (Mex.).
23 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *op. cit.*, nota 1.
24 Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social [RISTPS], Diario Oficial de la

En el artículo 10 del Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, se establecen la atribuciones de la UTD.[25] En la fracción "XV" de dicho artículo, se establece la acción de promover políticas públicas encaminadas a la inclusión laboral y trabajo digno, lo que confirma el interés genuino del Estado para dar cumplimiento a la meta 8.8 del objetivo 8 de la agenda 2030.[26] Este interés genuino tiene un alcance únicamente institucional, debido a su reciente creación, sin embargo, se espera que los programas, políticas públicas y acciones que pronuncie la UTD dentro de sus facultades, se efectúen de forma coordinada con las Instituciones de Seguridad Social como lo es el Instituto Mexicano del Seguro Social, de tal forma que, derivada de las inspecciones, se pueda afrontar la problemática del trabajo informal, dando así, una solución integral al trabajador.

III. ¿POR QUÉ EL GARANTISMO DE LOS DERECHOS SOCIALES SE DEBE DAR DE FORMA ESTRICTA A TRAVÉS DE INSTITUCIONES GUBERNAMENTALES?

De conformidad con un informe de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 30 de abril del 2018: "En África, 85,8 por ciento de los empleos son informales. La proporción es de 68,2 por ciento en Asia y el Pacífico, 68,6 en los Estados Árabes, 40,0 por ciento en las Américas y 25,1 por ciento en Europa y Asia Central.".[27] ¿Por qué es esto?

Pensemos en un escenario en donde la justicia pronta y expedita es un principio que es alcanzado por los tribunales en materia del trabajo, la pregunta que se haría entonces es ¿sí es suficiente para evitar la proliferación de trabajos informales, irregulares o precarios?

La respuesta es simple: no, no es suficiente. Eso se debe a que los tribunales del trabajo no son la vía idónea para garantizar el trabajo digno o formal. Es decir, cuando un trabajador acuda a exigir o accionar los tribunales laborales, significa que el Estado ha fallado. Ha fallado en el sentido de que el trabajador se ha visto obligado a exigir al Estado la garantía de sus derechos sociales, lo que significa que ya se ha encontrado en un estado de vulnerabilidad o condición precaria, extremo que se debe evitar en estricto sentido.

Es decir, el principio garantista de estos derechos consiste en que se debe prevenir que el trabajador llegue al extremo de buscar la justicia y garantía de sus derechos. La propia acción del trabajador para reclamar salarios devengados y no pagas, vacaciones, aguinaldos, seguridad social, vivienda, condiciones óptimas

Federación [D.O.F.] 23-08-2019 (Mex.).

25 Ídem.

26 Organización de las Naciones Unidas [ONU], *op. cit.*, nota 1.

27 Redacción, "Organización Internacional del Trabajo", Organización Internacional del Trabajo, 16 de octubre del 2018. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang--es/index.htm

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

de salud e higiene, por mencionar algunas, implica que está propenso por represalias patronales al despido, evidentemente injustificado, o a ser obligado a renunciar. Lo que aumenta el índice de desempleo.

De conformidad con lo anterior, la garantía al cumplimiento efectivo del derecho al trabajo decente o formal, debe ser a través de los organismos e instituciones gubernamentales, es decir, que el trabajador encuentre sus derechos garantizados de forma indirecta y no por medio de una acción directa del empleado. En otras palabras, nos referimos a la *forma garantista indirecta*, como aquella en donde las instituciones -en este caso sería la Inspección del Trabajo y Seguridad Social tanto para el Estado mexicano, como español- debidamente facultadas deben garantizar en las fuentes de trabajo todas las condiciones que integra el trabajo formal, de tal forma que el trabajador al acudir a solicitar empleo, ya se encuentren dadas. Esto contribuirá a tres aspectos que el Estado mexicano como español persigue: a) se evitaría que la que la clase trabajadora se encuentre en un estado de vulneración o condición precaria, y por ende el núcleo familiar, siendo aquí en donde se reduciría el índice de trabajo informa, irregular y fraudulento, b) aumento en el índice de conservación de las fuentes de empleo, y c) descongestionamiento por juicios laborales ante los tribunales competentes. La *forma garantista directa*, es aquella en donde el trabajador de forma personal acude ante los tribunales del trabajo para exigir el cumplimiento de los derechos sociales no percibidos, esta forma tiene como consecuencia: a) un aumento en el índice de trabajo informal o en condiciones precarias, b) aumento de procedimientos judiciales, c) aumento en el índice de desempleo, y d) núcleos familiares en condiciones vulnerables o precarias.

Por último, se hará énfasis en el concepto de progresividad, ya que, como se ha mencionado en repetidas ocasiones, los DESCA obedecen a este principio, por lo que los derechos laborales siguen la misma suerte. El problema se da por una mala interpretación de este principio.

El principio de progresividad, como forma de aplicación directa a los derechos del trabajo, con el fin de alcanzar la formalidad en la economía laboral, se aplica precisamente en aquel ámbito donde ya existe una formalidad laboral, donde las condiciones ya están dadas, y lo que se busca es aumentar la calidad de vida digna del empleado y del núcleo familiar.

En este sentido, lo que no se puede hacer es aplicar este principio en el ámbito del trabajo en condiciones precarias, en los trabajadores vulnerables, en todo empleado que labora en condiciones informales o irregular. Este problema no debe ser atendido bajo el principio de progresividad, ya que estas condiciones indignas deben ser atendidas bajo el principio de inmediatez. Es decir, el Estado debe realizar acciones inmediatas para salvaguardar a todas aquellas personas que se encuentren en empleos irregulares y fraudulentos. No pueden esperar a

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

que las condiciones mejores de forma progresiva, el Estado no debe permitir tal extremo, esto resulta inconcebible.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Estado mexicano y español, fallan en su normatividad constitucional y ordinaria, y en el actuar de sus instituciones especializadas para garantizar el trabajo digno, formal y decente.

SEGUNDA. Esta falla se debe a la falta de reglamentación del procedimiento de inspección por parte de las instituciones autorizadas para dicha función, en el sentido de que se sujeta a programas políticos inestables y descontinuos, que obedecen a cambios y preferencia en el ámbito político.

TERCERA. Se debe reglamentar de forma efectiva el procedimiento de inspección, sustentado en principios de idoneidad, eficacia y continuidad permanente.

CUARTA En este sentido, se debe optar por la *forma garantista indirecta*, para reducir los índices de trabajo informal o irregular.

QUINTA. El problema de trabajo informa o irregular, no debe ser atendido bajo el principio de progresividad, sino bajo el principio de inmediatez. Es decir, los trabajadores y los núcleos familiares dependientes, no pueden esperar a que las condiciones mejoren de forma progresiva. Como se dijo con anterioridad, pensar en este extremo, es inconcebible. El Estado tiene la obligación de realizar acciones inmediatas, para otorgar condiciones laborales formales a los trabajadores afectados y a los núcleos familiares dependientes, con el fin de que alcen un nivel de vida digno.

V. BIBLIOGRAFÍA

Giuseppe De Vergottini, Derecho Constitucional Comparado, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).

Gregorio Peces-Barba, Reflexiones sobre derechos sociales. Derechos sociales y ponderación, (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2da. ed., 2009).

Francisco Bastida Freijedo, Reflexiones sobre derechos sociales. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2da. ed., 2009).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CP], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917, última reforma DOF 28-05-21.

Constitución Española, CE, Boletín Oficial del Estado [BOE] 27-12-1978, última reforma BOE 27-09-2011.

Organización de las Naciones Unidas [ONU], 25-09-2015. *http://www.onu.org.mx/*

agenda-2030/

Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], 10-12-1948.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], 3-01-1976. */www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Pacto_IDESC.pdf*

Ley del Estatuto de los Trabajadores [LET], Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores 23-10-2015.

Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social [OSITSS], Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 22-07-2015.

Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social [ROFITSS], Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, 16-02-2000.

Ley Federal del Trabajo [LFT], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 01-04-1970, última reforma DOF 18-05-2022 (Mex.).

Manual de Organización General de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social [MOGSTPS], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 06-01-2015 (Mex.).

Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones [RGITAS], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 17-06-2014 (Mex.).

Reglamento Interior de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social [RISTPS], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 23-08-2019 (Mex.).

Redacción, "Organización Internacional del Trabajo", Organización Internacional del Trabajo, 16 de octubre del 2018. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_627202/lang--es/index.htm

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS IN COLOMBIA: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2022

Fernando Carlos TERREROS CALLE* y Aura María GÓMEZ PÉREZ**

Resumen

Este trabajo tiene por objeto analizar la figura jurídica denominada estado de cosas inconstitucional (ECI), una creación normativa jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, que tiene efectos inter comunis a partir de la protección de los derechos fundamentales de personas pertenecientes a una misma comunidad o que tienen en común la afectación de los mismos derechos fundamentales derivada de una vulneración sistemática y permanente de estos. Para tal fin, revisaremos la aplicación de esta norma jurídica implícita en cuatro sentencias en las que la Corte Constitucional colombiana ejerce como dinamizador de la interpretación constitucional bajo el amparo de ser la garante de la estructura y contenido normativo de la Constitución Política, a pesar de lo controvertido que puede resultar la aplicación del ECI, especialmente en lo que atañe a las competencias y límites formales que debe observar esta Corte para establecer con claridad su competencia frente a la posibilidad de desequilibrar el sistema de pesos y contrapesos.

Palabras clave: Constitucionalismo, supremacía constitucional, rigidez constitucional y garantía jurisdiccional.

Abstract

The purpose of this work is to analyze the legal figure called the unconstitutional state of affairs (ECI), a jurisprudential normative creation of the Colombian Constitutional Court, which has inter communis effects from the protection of the fundamental rights of people belonging to the same community or who have in common the affectation of the same fundamental rights derived from a systematic and permanent violation of these. For this purpose, we will review the application of this implicit legal norm in four sentences in which the Colombian Constitutional Court acts as a catalyst for constitutional interpretation under the protection of being the guarantor of the structure and normative content of the Political Constitution, despite how controversial the application of the ECI can be, especially with regard to the competences and formal limits that this Court must observe in order to clearly establish its competence in the face of the possibility of unbalancing the system of checks and balances.

Keywords: Unconstitutional state of affairs, inter communis effects, implicit rule.

* Abogado, especialista en derecho administrativo, magister en educación superior, magister en derecho y doctor en derecho. Profesor investigador, integrante del grupo de investigación GICPODERI de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. fernando.terreros00@usc.edu.co

** Abogada, Magister en derecho, doctoranda en derecho. Profesora de la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad Católica Lumen Gentium UNICATÓLICA. aura.gomez@javeriana.edu.co

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Estado de cosas inconstitucional. III. Desarrollo Jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional. IV. Análisis del Caso de la Vulneración de los Derechos Fundamentales al Agua, Salud y a la Alimentación de los niños y niñas Wayúu del Departamento de la Guajira a través de la Sentencia T-302 de 2018 y la Sentencia T-359 de 2018. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El estado de cosas inconstitucional es una figura jurídica de origen jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia, consiste en la competencia que se abroga la propia Corte, en el ejercicio de sus facultades como suprema guardiana de la Constitución Política de 1991,[1] para que, además de ejercer el control jurídico de las normas, pueda añadir órdenes dirigidas a la autoridad administrativa para que haga o deje de realizar determinadas conductas que quebrantan el orden constitucional.

Se analizarán cuatro sentencias. La Sentencia SU-559 de 1997,[2] sobre el derecho a la educación de los niños y niñas colombianos y las condiciones laborales de los profesores de los colegios públicos; la Sentencia T-025 de 2004,[3] sobre los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado, derivado de la violencia y, las Sentencias T-302 de 2018 y T-359 de 2018,[4] sobre los derechos fundamentales a la alimentación, al agua, a la salud y a la vida de los habitantes indígenas de la Guajira en Colombia.

II. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es una institución dinamizadora del sistema jurídico colombiano y sin duda alguna, el estado de cosas inconstitucional es una manifestación concreta de este dinamismo que se aleja del estricto formalismo jurídico en un Estado constitucional que intenta ofrecer garantías a los derechos fundamentales a través de la lectura sistémica de su ordenamiento jurídico.

Es claro que esta posición garante de la Corte Constitucional ha tenido un

1 Constitución Política de Colombia, [C.P.].
2 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], enero 1, 1997, Antonio Barrera Carbonell, Sentencia SU-559-97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
3 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], enero 22, 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia T-025/04, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
4 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 25, 2018, Cristina Pardo Schlesinger, Sentencia T-302/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.). y Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 31, 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, Sentencia T-359/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

importante impacto no sólo en Colombia, sino también un alto reconocimiento social, jurídico y académico, a pesar de las controversias que pueda suscitar su implementación, especialmente frente a los límites y competencias del Tribunal Constitucional, frente a las otras ramas del poder público.

Su fundamento constitucional se deriva de los artículos 4[5] y 86[6], el primero sitúa la Constitución como norma de normas y el segundo faculta a toda persona para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante procedimiento preferente y sumario la protección de los derechos fundamentales a través de una acción de amparo denominada tutela, pues la Corte Constitucional, en sede de revisión, puede pronunciarse de fondo sobre los asuntos puestos a discusión y si nota un quebranto importante y sistemático de los derechos fundamentales, puede declarar el estado de cosas inconstitucional y, en consecuencia, impartir órdenes a los órganos ejecutivos para que restablezca el orden constitucional.

Desde una perspectiva descriptiva, argumentativa y hermenéutica, la Corte Constitucional ha establecido el estado de cosas inconstitucional, de donde se desprenden dos aspectos que pueden ser objeto de discusión: (i) el tema de los alcances y límites que debe tener la Corte Constitucional, en cuanto a la interpretación de la Carta Fundamental y, (ii) el caso concreto frente a los alcances y el sentido que esta interpretación pueda tener en el caso concreto de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional, en el ámbito procesal constitucional.

De una parte, la Corte Constitucional ha venido fortaleciendo una línea jurisprudencial a partir de la Sentencia SU-559 de 1997,[7] en la que fijó criterios iniciales en lo que denominó "estado de cosas contrario a la Constitución",

5 Artículo 4 Superior. "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades." Constitución Política de Colombia, *op. cit*., nota 1.

6 Artículo 86 Superior. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." *Ibídem*.

7 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota, 2.

figura que no se encuentra expresamente establecida en el texto constitucional, elaborando un acto de construcción jurídica, que nos conduce a evaluar las competencias de "creación" de derecho por parte de este tribunal constitucional, como un ejemplo más de la utilización de la discreción judicial en los Estados Constitucionales de Derecho en los que este tipo de tribunales está generando normas implícitas que son de obligatorio cumplimiento.

La generación de estas normas implícitas, que en palabras de Gómez Martínez,[8] se abroga la Corte Constitucional con "ulteriores poderes", al crear este tipo de reglas, trae como consecuencia la atribución de un "poder discrecional de decidir cuándo resulta aceptable proceder a la protección de los derechos fundamentales y cuando no", con lo que planteamos el segundo punto de discusión sobre los alcances procesales del establecimiento de esta regla.

Uno de los sustentos teóricos que se relaciona con asuntos procedimentales para establecer el estado de cosas inconstitucional es el principio de economía, según el cual las actuaciones de la administración y del órgano judicial deben ser eficientes en su procedimiento, a fin de evitar trámites innecesarios en el proceso de garantizar los derechos y las libertades.

La Corte Constitucional utiliza este argumento para establecer el estado de cosas inconstitucional, a fin de evitar la proliferación de acciones de tutela sobre una misma situación social o jurídica; pero no sólo como una manera de unificar su jurisprudencia, sino como una herramienta para conminar al Estado a garantizar los derechos fundamentales vulnerados sistemáticamente a través de esa situación social o jurídica.

Este trabajo es descriptivo y pretende ilustrar sobre la naturaleza de esta regla jurisprudencial y la forma en que se ha ido desarrollando, hasta llegar a la descripción del acto de construcción jurídica del estado de cosas inconstitucional en la Guajira – Colombia.

III. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

1. Sentencia SU-559/97. Estado de cosas inconstitucional frente al derecho a la educación de los niños y niñas colombianos y las condiciones laborales de los profesores de los colegios públicos

En esta sentencia, la Corte Constitucional decide revisar de forma acumulada los expedientes T-115839 y T-116052,[9] en los que profesores del magisterio que se encargan de impartir educación primaria y secundaria en colegios públicos

8 Diego León Gómez Martínez, El principio de inmediatez en la acción de tutela. Los Argumentos de la Interpretación, (USC y DIKÉ, 2da. ed., 2018).
9 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 2.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

del País, solicitan la protección del derecho a la igualdad y la afiliación de todos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la Corte hace un análisis frente a la distribución que debe existir sobre el situado fiscal, en el sentido de que debe ser el relacionado con las necesidades del servicio de educación en los departamentos y distritos, por consiguiente un reparto del situado que atienda a factores diferentes, no tiene sentido constitucional.

En este sentido, la Corte Constitucional analizó que la distribución de los educadores debe responder a las necesidades de la educación, haciendo claridad que estas necesidades se centran en los alumnos y los potenciales beneficiarios del servicio.[10]

En medio del análisis, la Corte Constitucional se muestra consciente de que los docentes oficiales de acuerdo con las necesidades del servicio pueden acarrearle trastornos a muchos educadores, pero lo considera un costo inevitable si se desea dar cumplimiento a las órdenes constitucionales de destinar los recursos del situado fiscal a la educación y a la salud, de asegurar que todas las personas, y, en particular, las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos y de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación, acudiendo a otro principio constitucional que ubica al interés general sobre los intereses particulares, siempre que no se vulneren derechos y libertades.[11]

La Corte Constitucional armoniza estos intereses púbicos con el derecho a la educación de los niños, considerando que, en Colombia, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás de conformidad con el artículo 44 Superior[12] al afirmar que para el caso del conflicto entre el derecho a la educación y los derechos laborales de los educadores, es claro que debe darse la precedencia al primero, pues la labor del docente se encuentra enfocada precisamente al servicio educativo de los niños.[13]

10 Ídem.
11 Ídem.
12 Pedro Alfonso Pabón Parra, Constitución Política esquemática, (Ediciones Doctrina y Ley, 2013); Artículo 44 Superior. "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás." Constitución Política de Colombia, [C.P.]., *op. cit*., 1.
13 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 2.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

En este caso, la Corte Constitucional, deja claro que la regla aplicable a situaciones de conflicto entre los derechos de los niños y los derechos de los demás, es precisamente la de prevalencia de los derechos de los niños. Esta norma no implica que en estos casos no se deba intentar armonizar los distintos derechos que colisionan, pero indica claramente que existe una prioridad evidente para todas las situaciones de conflictos que se puedan presentar.

Finalmente, argumenta la Corte Constitucional la aplicación del principio del *ius variandi*, en cuanto a la discrecionalidad limitada de la administración para variar el sitio de trabajo de los docentes, pues la Corte había señalado con anterioridad que la administración goza de un margen adecuado de discrecionalidad para modificar la ubicación territorial de sus funcionarios y es a lo que llama *ius variandi*, pues este marco de discrecionalidad se amplía con respecto a las actividades estatales, entre las cuales debe contarse el servicio educativo, por tener una íntima relación con los derechos fundamentales de los niños añadiendo que el servicio educativo:

> "... debe ser prestado a nivel nacional, sin importar la categoría ni el grado de desarrollo de los municipios o de las regiones. En estas condiciones, y en atención a la orden constitucional impartida al Estado de solucionar las necesidades insatisfechas de la población en materia de educación, es apenas natural que la administración pública pueda contar con posibilidades amplias para trasladar a sus funcionarios de acuerdo con las exigencias del servicio."[14]

Con base en ese análisis dogmático y hermenéutico-procedimental, la Corte Constitucional le da alcance a su capacidad de interpretación y amplía el dilema sobre la discrecionalidad judicial de sus actuaciones, para declarar lo que llamó en su momento *estado de cosas* que se originaron por las acciones de tutela, pues logró determinar que la situación que se describía en ellas sucedía en muchos municipios, y discrecionalmente advierte a las autoridades competentes que tal *estado de cosas* deberá corregirse dentro del marco de las funciones que a ellas atribuye la ley, en "un término que sea razonable", lo cual podría ser mucho o poco tiempo, dependiendo cómo lo entiendan los órganos administrativos y el tiempo que ocupen en articular sus actuaciones.

Los órganos administrativos a los que ordenó la Corte Constitucional comunicar su decisión fueron el Ministro de Educación, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y los demás miembros del CONPES Social; así como los Gobernadores y las Asambleas Departamentales y los Alcaldes y los Concejos Municipales.

14 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Todo lo anterior, el análisis hecho por la Corte Constitucional de manera sistemática con el ordenamiento jurídico y las órdenes impartidas a las autoridades administrativas tiene su sustento teórico en el principio de colaboración armónica entre los poderes del Estado, en los que el órgano judicial, se ve en la imperiosa necesidad de colaborar con los órganos administrativos para la realización de los fines del Estado, haciendo énfasis en que, de la misma forma en que debe comunicarse la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de un determinado estado de cosas que resulte violatorio de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, considera la Corte Constitucional que el deber de colaboración armónica se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela, aunque acepta que los recursos con que cuenta la administración son escasos, considera que el medio legítimo a través del cual la Corte Constitucional realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos, pues si el estado de cosas no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales que puede dar lugar a un requerimiento concreto de la Corte Constitucional sobre las autoridades administrativas, frente a hacer o dejar de realizar alguna actividad atentatoria contra los derechos fundamentales.[15]

2. Sentencia T-025 de 2004. Estado de cosas inconstitucional frente a los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado, derivado de la violencia

Colombia es uno de los países con más desplazamiento interno de su población a causa de las guerras internas del Estado contra grupos guerrilleros y paramilitares, la Sentencia T-025 de 2004, fue el producto de la acumulación de 108 expedientes correspondientes a igual número de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares, todos pertenecientes a población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.[16]

Los accionantes se encuentran ubicados actualmente en las siguientes capitales de departamento y municipios: Armenia, Barrancabermeja, Barranquilla, Bogotá, Bucaramanga, Buenaventura, Calarcá, Cali, Florencia, Girón, Ibagué, Itagüí, Medellín, Neiva, Obando, Pasto, Pereira, Piedecuesta, Popayán, Riohacha, Taminango y Villavicencio. Salvo algunas excepciones, los tutelantes se encuentran inscritos en el Registro Único de Población Desplazada.

15 Ídem.
16 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 3.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Al momento de la Sentencia, existía desorden en cuanto a la forma de atender a las víctimas de desplazamiento forzado, pero la mayoría de ellos recibieron algún tipo de ayuda humanitaria de emergencia durante los primeros tres meses siguientes a su desplazamiento, sin embargo, se hacía indispensable construir políticas públicas coherentes y acordes con la situación del desplazamiento humanitario, pues las ayudas no llegaban de forma oportuna y completa a todas las víctimas.

La Corte Constitucional consideró que con esta situación se estaban vulnerando diversos derechos fundamentales de los desplazados, quienes habían interpuesto acciones de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.

A pesar de estar inscritos en el Registro Único de Población Desplazada, algunos de los demandantes no habían recibido en absoluto ninguna ayuda humanitaria por parte del Estado en sus diferentes órdenes y niveles. Ni siquiera habían recibido orientación adecuada para tener acceso a los programas de atención a la población desplazada, que incluían ayudas en materia de vivienda digna, proyectos productivos, educación y salud, siendo revictimizados, pues al no saber cómo solicitar la protección de sus derechos pasaban de una institución estatal a otra, sin soluciones de fondo.

En la particular situación social de los colombianos, especialmente las poblaciones campesinas e indígenas, quienes se encuentran, en su mayoría, en situación de pobreza y difícilmente pueden acudir a sus familiares para mitigar su tragedia de desplazamiento, el Estado debe entrar a jugar un papel importante a través de políticas públicas, no solo a resolver el problema contingente, pues, aunque es importante, no soluciona de fondo la problemática social y económica de estas personas.

Las respuestas que las entidades dieron a los solicitantes, muchas veces *só*lo se produjeron después de que interpusieron la acción de tutela y otras veces sólo les contestaron que no había suficiente apropiación presupuestal para atender sus solicitudes, en un aparente caos institucional, debido a la magnitud del problema.

La mayoría de los jueces negaron la protección de los derechos por diferentes razones como falta de legitimación para interponer la acción de tutela, razones de improcedencia, fallas en la carga probatoria, ausencia de vulneración de

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

derechos, existencia de temeridad y limitaciones propias del juez frente a lo que pueden ordenar los desplazados; sin embargo, algunos jueces concedieron esta protección bajo el siguiente argumento más o menos consolidado:

> "Algunos de los jueces de instancia concedieron la tutela para la protección de los derechos de la población desplazada, entre otras razones, por considerar que en un Estado Social de Derecho es necesario que se llegue a una solución definitiva del problema del desplazamiento y, porque el comportamiento omisivo asumido por la Red de Solidaridad y de otras entidades responsables de la atención de la población desplazada, deja al descubierto la vulneración de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los peticionarios."[17]

Aunque la sentencia T-025 de 2004, es bastante extensa, los problemas jurídicos que se planteó resolver, tenían que ver con el contenido, alance y limitaciones de la grave situación de vulnerabilidad que aqueja a la población desplazada, quienes enfrentan problemas por la dificultad de acceso a la solución de problemas por parte de las entidades demandadas, quienes utilizaban tiempos excesivamente prolongados para otorgar las ayudas previstas, en parte debido al altísimo volumen de tutelas que presentaban los desplazados de forma reiterada y además que había situaciones que iban a ser examinadas por primera vez por la Corte Constitucional.

Es interesante observar que la Corte Constitucional, aparte de plantearse si se estaban o no vulnerando derechos fundamentales como la petición, el trabajo o la vivienda digna, entre otros; se plantea la siguiente pregunta: ¿procede la acción de tutela para examinar las acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada para determinar si problemas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de la respectiva política estatal contribuyen de manera constitucionalmente relevante a la violación de sus derechos constitucionales fundamentales?

El interés se fundamenta en que la Corte Constitucional se preocupa, además de verificar la vulneración de derechos fundamentales, de que las políticas públicas contribuyen de manera relevante a la vulneración de derechos fundamentales, cuando el objetivo de las políticas públicas es precisamente el bienestar social, es decir que, a través de ellas, se actúa de manera preventiva, evitando la transgresión de estos derechos.

Ello avocó a la Corte Constitucional a revisar el problema de la población desplazada en general, sus derechos a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección

17 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 3.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños.[18]

Para declarar el estado de cosas inconstitucional, manifestó que esa violación de derechos fundamentales ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla, es decir, la Corte Constitucional asumió el papel de revisar estructuralmente el funcionamiento del Estado a partir de una situación crítica y generalizada de una población individualizada.

A pesar de que desde el año 1997, existe una ley que desarrolla los derechos constitucionales de los desplazados,[19] que las autoridades se han preocupado por su protección y han desarrollado instrumentos de diversa índole, como el documento CONPES 3075 de 1999,[20] para ejecutar estos planes, las acciones para implementar estas medidas han resultado insuficientes para garantizar los derechos de la población desplazada y satisfacer sus necesidades, es decir, a pesar de existir un reglamento detallado, los esfuerzos han sido insuficientes.

Para la Corte Constitucional, la declaratoria formal de estado de cosas inconstitucional, tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deban ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados.[21]

Por tal razón en la sentencia referida, la Corte Constitucional ordenó al *Consejo Nacional Para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia* que asegure la coherencia entre las obligaciones fijadas por las autoridades competentes y el volumen de recursos efectivamente destinados a proteger los derechos de los desplazados y estableció un mínimo en la garantía de los derechos de los desplazados en dos puntos: (i) que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas y, (ii) la satisfacción por el Estado del mínimo prestacional de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de

18 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 3.
19 Ley 387/97, julio 18, 1997, Gaceta del Congreso, [G.C.] [Colom.].
20 Gobierno de Colombia, Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado, CONPES 3057, (1999).
21 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 3.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

desplazamiento, y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento.

Frente al apoyo que el Estado debe prestar para la estabilización económica de estas personas, estableció la Corte Constitucional que, como mínimo, se deben identificar las condiciones específicas del desplazado y de su familia involucrando a las víctimas de este fenómeno para establecer alternativas de subsistencia digna ya sea a través de un proyecto individual o un proyecto colectivo que facilite su estabilización económica.

Frente a la posibilidad de retorno a sus tierras, estableció la Corte cinco condiciones mínimas así: (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal y, (v) proveer el apoyo necesario para que el retorno se efectúe en condiciones de seguridad y los que regresen puedan generar ingresos para subsistir autónomamente.[22]

La jurisprudencia constitucional ha resaltado que los desplazados tienen derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato consagrado en el artículo 13 Superior: "el grupo social de los desplazados, por su condición de indefensión merece la aplicación de las medidas a favor de los marginados y los débiles, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, incisos 2° y 3° que permiten la igualdad como diferenciación, o sea la diferencia entre distintos."[23]

En el artículo 13[24] Superior se establece el derecho a la igualdad de las personas, sin embargo, hay que entender que la igualdad solo puede predicarse de sujetos en iguales condiciones, como las personas desplazadas por la violencia son

22 Ídem.

23 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 14, 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-098/02, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

24 Artículo 13 Superior. "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan." Constitución Política de Colombia, [C.P.]., op. cit., nota 1.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

sujetos que se encuentran en una condición especial de vulnerabilidad, se les puede dar un trato diferenciado, especial, frente al resto de la población.

Este punto fue reafirmado en la Sentencia T-602 de 2003, en la cual se dijo que "si bien el legislador y las entidades gubernamentales deben tratar de igual modo a todas las personas, pues así lo estipula el artículo 13 de la Constitución, las víctimas del fenómeno del desplazamiento forzado interno sí merecen atención diferencial".[25] Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el "punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno",[26] y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que "de otra manera se estaría permitiendo la vulneración de derechos fundamentales."

Los derechos fundamentales que se encontraron vulnerados y que dieron origen a la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en este caso son los siguientes: (i) el derecho a la vida en condiciones de dignidad dadas; (ii) los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, los discapacitados y las personas de tercera edad, y de otros grupos especialmente protegidos "en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse"; (iii) el derecho a escoger su lugar de domicilio; (iv) los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación; (v) por las características propias del desplazamiento, quienes lo sufren ven sus derechos económicos, sociales y culturales fuertemente afectados; (vi) en no pocos casos, el desplazamiento implica una dispersión de las familias afectadas, lesionando así el derecho de sus miembros a la unidad familiar y a la protección integral de la familia; (vii) el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida; (viii) el derecho a la integridad personal, que resulta amenazado tanto por los riesgos que se ciernen sobre la salud de las personas desplazadas, como por el alto riesgo de ataques al que están expuestos por su condición misma de desposeimiento; (ix) el derecho a la seguridad personal; (x) la libertad de circulación por el territorio nacional; (xi) el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio; (xii) el derecho a una alimentación mínima; (xiii) el derecho a la educación, en particular el de los menores de edad; (xiv) el derecho a una vivienda digna; (xv) el derecho a la paz; (xvi) el derecho a la personalidad jurídica, puesto que por el hecho del desplazamiento la pérdida de los documentos de identidad dificulta su registro como desplazados y el acceso a las distintas ayudas y, (xvii) el derecho a la igualdad, dado que a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de esta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban

25 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 23, 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-602/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
26 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

de reseñar, y también a discriminación y en no pocas oportunidades, el hecho del desplazamiento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el artículo 13 de la Carta.[27]

La Sentencia T-268 de 2003,[28] estableció tres parámetros para que las autoridades están obligadas a acatar: (i) el principio de favorabilidad en la interpretación de las normas que protegen a la población desplazada; (ii) los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno y, (iii) el principio de prevalencia del derecho sustancial en el contexto del Estado Social de Derecho.

En síntesis, "las medidas especiales en favor de los desplazados facilitan que éstos se tornen menos vulnerables, agencian la reparación de las injusticias derivadas del desplazamiento involuntario y se orientan a la realización efectiva de ciertos derechos de bienestar mínimo que constituyen la base para la autonomía y el autosostenimiento de los sujetos de desplazamiento."

De acuerdo con la Sentencia T-025-04,[29] la Corte se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre los derechos de la población desplazada. Las sentencias han estado dirigidas principalmente a: (i) corregir actuaciones negligentes o discriminatorias y omisiones de las autoridades encargadas de atender a la población desplazada;[30] sentencia T-1635-00;[31] (ii) señalar las responsabilidades institucionales en la atención de la población desplazada; sentencia SU-1150-00;[32] (iii) precisar los derechos constitucionales de la población desplazada; Sentencia T-268-03;[33] (iv) fijar criterios para la interpretación de las normas que regulan la ayuda para esta población, de tal manera que se garanticen efectivamente sus derechos Sentencia T-098-02;[34] (v) rechazar el retardo injustificado o la omisión de las autoridades para atender a quienes se ven afectados por el desplazamiento forzado; Sentencia T-790-03;[35] (vi) urgir el desarrollo de políticas y programas adecuados para la atención de este fenómeno; sentencia SU-1150-00;[36] (vii)

27 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.,* nota 3.
28 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 27, 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-268/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
29 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.,* nota 3.
30 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 5, 1997, M.P. Alejandro Martinez Caballero, Sentencia T-227/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
31 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], noviembre 27, 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia T-1635/00, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
32 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 30, 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia SU-1150/00, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
33 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 28.
34 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 23.
35 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], septiembre 11, 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-790/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
36 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 32.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

precisar los elementos que determinan la condición de desplazado; Sentencia T-227-97;[37] (vii) señalar los obstáculos que impiden una atención adecuada de la población desplazada y que favorecen o agravan la vulneración de sus derechos; Sentencia T-419-03;[38] (viii) indicar falencias u omisiones en las políticas y programas diseñados para atender a la población desplazada; Sentencia T-602-03[39] y, (ix) otorgar una protección efectiva a la población desplazada, en particular cuando se trata de personas especialmente protegidas por la Constitución como son los niños, las mujeres cabezas de familia, las personas de la tercera edad y las minorías étnicas.[40]

Con el fin de garantizar una protección efectiva de la población desplazada, la Corte Constitucional ha ordenado: (i) a las distintas autoridades que participan en la protección de la población desplazada, incluir a los accionantes en los programas y políticas existentes en un plazo breve que va desde las 48 horas a los 3 meses siguientes a la notificación de la sentencia; sentencia SU-1150-00,[41] sentencia T327-01,[42] sentencia T-098/02;[43] (ii) al Presidente de la República, coordinar con los distintos ministerios y entidades encargadas de la atención de la población desplazada, las acciones indispensables para garantizar, en un plazo de máximo de 30 días, la solución definitiva de los problemas que enfrentaban los accionantes; sentencia SU-1150-00,[44] Sentencia T-1635-00;[45] (iii) adelantar en un plazo de 48 horas todas las gestiones necesarias para trasladar al accionante a un lugar donde su vida e integridad no corran peligro; Sentencia T-258-01;[46] (iv) a la Red de Solidaridad Social, incluir al accionante en el Registro Único de Población Desplazada; (v) que se constituya el Comité Municipal de Atención Integral de la Población Desplazada en un plazo de 10 días, a fin de que ese Comité estableciera en un plazo máximo de 20 días, el programa de reubicación y estabilización de los accionantes; Sentencia T-1346-01;[47] (vi) a la Red de Solidaridad Social coordinar con el Instituto de Bienestar Familiar la inclusión de los menores demandantes en los programas existentes en dicha entidad y tramitar de manera preferencial y rápida, ante la entidad que corresponda la solicitud de subsidio familiar de

37 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 30.
38 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 22, 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra Sentencia, T-419/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
39 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 25.
40 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 21, 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-215/02, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
41 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 32.
42 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 26, 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-327/01, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
43 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 23.
44 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 32.
45 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 31.
46 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 5, 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia T-258/01, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
47 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], diciembre 12, 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia T-1346/01, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

vivienda; Sentencia T-268-03;[48] (vii) a la Red de Solidaridad Social otorgar la ayuda humanitaria de emergencia solicitada; Sentencia T-419-03;[49] (viii) al Director Nacional de la Red de Solidaridad Social que incluya a los accionantes en un proyecto productivo articulado a un programa de seguridad alimentaria; Sentencia T-602, 2003;[50] (ix) a la Red de Solidaridad Social para que en un plazo de 48 horas realice las gestiones necesarias ante las entidades competentes para que se suministre la atención integral de salud requerida por la actora; Sentencia T645-03;[51] (x) a la Red de Solidaridad Social, brindar en un plazo de 48 horas la asesoría necesaria a la actora sobre las distintas alternativas de consolidación económica; Sentencia T-669-03;[52] (xi) que la Red de Solidaridad Social asista y asesore efectivamente a la actora; Sentencia T-721-03;[53] (xii) a la Defensoría del Pueblo diseñar y dictar cursos de promoción de derechos humanos y de respeto de los derechos de la población desplazada a las distintas autoridades, con el fin de sensibilizarlas frente a esta problemática; Sentencia T-227-97;[54] (xiii) al Gobierno Nacional, para que en un plazo razonable reglamente la Ley 715 de 2001 en lo concerniente al traslado y reubicación de docentes amenazados; Sentencia 795-03;[55] (xiv) a la Defensoría del Pueblo, velar por la divulgación y promoción de los derechos de la población desplazada; Sentencia T-1635-00;[56] (xv) al Procurador General de la Nación, ejercer la vigilancia del cumplimiento de lo ordenado en la sentencia;[57] y, (xvi) a la Defensoría del Pueblo, instruir a la población desplazada sobre sus derechos y deberes constitucionales.[58]

Estas reiteradas violaciones a los derechos fundamentales de las personas desplazadas por factores de violencia, se han repetido tantas veces y son de tal extremo de gravedad, que ameritaron la intervención de la Corte Constitucional mediante la Sentencia en comento debido a que las acciones emprendidas por los órganos administrativos han sido insuficientes para superar el problema, razón por la cual la guardiana de la Constitución, decidió declarar el estado de cosas inconstitucional, frente a lo cual hace seguimiento en el sentido de verificar

48 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 28.
49 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 22, 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra Sentencia, T-419/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
50 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 25.
51 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 6, 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia T-645/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
52 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 6, 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia T-669/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
53 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 20, 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis, Sentencia T-721/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
54 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 30.
55 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], septiembre 11, 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia T-795/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
56 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 31.
57 Ídem.
58 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 53.

el cumplimiento de las órdenes impartidas.

3. Sentencias T-302 de 2018 y T-359-2018. Estado de Cosas Inconstitucional frente al acceso al agua, salud y alimentación de los niños y niñas de la Guajira, Colombia

Estas sentencias merecen un estudio mucho más profundo, pues se trata de los derechos de los niños y niñas Wayúu. Una tribu asentada en la Guajira colombiana y su análisis será enfocado especialmente hacia el derecho a la alimentación de esta población, como un derecho humano que se desprende de los discursos internacionales y que, hasta la fecha, el Estado no ha podido satisfacer por diferentes motivos. Por esta razón, comenzaremos haciendo un recorrido por las normas internacionales que protegen a los niños y niñas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 incluye los derechos a la salud y a la alimentación como un componente del derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado en el 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, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad."[59]

Dicha Declaración fue desarrollada a través de dos pactos cuyos efectos son vinculantes para los Estados que los han ratificado. En primer lugar, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; en segundo lugar, el pacto para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el que mayor relevancia tiene debido a que el derecho a la alimentación se cuenta dentro de estos derechos.

El Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[60] en su artículo 6.1 establece:

> "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente."[61]

59 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 [LDUDDHH], 10-12-1948.
60 El PIDCP fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. 167 Estados son Partes del Pacto. El Comité de Derechos Humanos supervisa el cumplimiento del Pacto mediante los mecanismos de informes periódicos, denuncias interestatales y, bajo el Primer Protocolo Facultativo, analiza denuncias de particulares. Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos [PIDDCP], 23-03-1976.
61 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Por su parte el artículo 24.1 dispone:

> "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."[62]

En el Pacto de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales (PIDESC) se reconocen de manera más exacta los derechos de estar libre de hambre y el derecho a la alimentación adecuada en su artículo 11 establece:

> "1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.
> 2. Los Estados Parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: (*a*) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;
> (*b*) asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan."[63]

El Estado colombiano ratificó el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) a través de la Ley 74 de 1968,[64] el cual gracias a la Constitución Política de 1991 fue incluido dentro de ésta a través del artículo 93 inciso 1 de la misma:

62 Ídem.
63 Ídem.
64 Ley 74/68, diciembre 26, 1968, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

> "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."[65]

La Constitución Política de 1991 reconoce de manera explícita y directa el derecho a la alimentación, en poblaciones específicas como lo son, los niños, las mujeres embarazadas y las personas de la tercera edad, esto se evidencia en los artículos 43[66], 44[67] y 46[68].

En este orden de ideas, el Estado colombiano está en la obligación de garantizar los derechos de los niños y niñas ya que estos prevalecen sobre los demás. En el departamento de la Guajira desde hace 9 años (2010-2019), sucede una crisis humanitaria en la que se han visto comprometidos al menos 4.770[69] niños y niñas Wayúu quienes han muerto por desnutrición y distintas causas derivadas de esta.

En una Acción Integral realizada por la Defensoría del Pueblo llamada "Crisis Humanitaria en la Guajira 2014" se revela que además de las problemáticas de desnutrición en esta región también se evidencia la ineficacia por parte del Estado para garantizar derechos tan fundamentales para el desarrollo de estos pueblos, como lo son los servicios básicos e integrales de salud, educación y protección.

La Guajira es uno de los departamentos que, según la Encuesta Nacional de Salud y Situación Nutricional (ENSIN, 2010), registra los más altos índices

65 Constitución Política de Colombia, [C.P.]. *op. cit*., nota 1.

66 Artículo 43 Superior. "La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia". Ídem.

67 Artículo 44 Superior. "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia." Ídem.

68 Artículo 46 Superior. "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia." Ídem.

69 "4.770 niños muertos en La Guajira es una barbarie": Corte Constitucional". La cifra, que corresponde a los últimos 8 años, la expuso el alto tribunal en audiencia para hacer seguimiento a la sentencia que declaró estado de cosas inconstitucional."- Artículo publicado en El Heraldo por Sandra Guerrero, 15 de octubre de 2018.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

de desnutrición global (peso para la edad); de hecho, ocupa el primer lugar en Colombia con una prevalencia de 11.2% (Defensoría del Pueblo, 2014).

a) Contenido normativo internacional del Derecho a la Alimentación

Según el cuaderno 1 de trabajo sobre el Derecho a la alimentación:

> "Los instrumentos internacionales vinculantes (hard law) imponen obligaciones jurídicas a los Estados que los han ratificado, que se obligan a garantizar la aplicación efectiva de dicho acuerdo en el ámbito nacional. Adoptan la forma de tratados, pactos o convenciones. El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966) es uno de ellos. Los instrumentos internacionales no vinculantes establecen directrices y principios e imponen obligaciones morales a los Estados signatarios, pero estos no están obligados jurídicamente a cumplir sus disposiciones. A pesar de ello, han contribuido significativamente al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Adoptan la forma de declaraciones, recomendaciones o resoluciones. La Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (1974), La Declaración Mundial sobre la Nutrición (1992). El derecho humano a la alimentación está recogido en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con una doble vertiente: el derecho fundamental a estar protegido contra el hambre y el derecho a una alimentación adecuada."[70]

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11.1[71] se exponen las definiciones y diferencias entre el Derecho a estar Protegido contra el Hambre y el Derecho a la Alimentación Adecuada, el primero está íntimamente relacionado con el Derecho a la Vida y el segundo abarca mucho más, ya que involucra la necesidad de lograr un entorno económico, político y social que permita a las personas alcanzar la seguridad alimentaria por sus propios medios.

El Derecho a estar protegido contra el hambre es considerado como un derecho fundamental por parte del PIDESC, ya que es el nivel mínimo que debe garantizarse para todo hombre, mujer, adolescente y niño, independientemente del nivel de desarrollo que pueda tener el Estado. Según el CESCR "un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos

70 La Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Cuadernos de trabajo sobre el derecho a la alimentación. El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones, (Aecid, 2013).

71 Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos [PIDDCP], *op. cit.*, nota, 60.

esenciales, prima facie, no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser" (GC 3, párr. 10). La noción de un "contenido mínimo esencial" de derechos fundamentales articula la idea de que el Estado debe dar prioridad a las necesidades más urgentes de los individuos".[72]

El Derecho a estar protegido contra el hambre está directamente relacionado con el derecho a la vida mientras que el derecho a la alimentación adecuada va mucho más allá, ya que se basa en la necesidad de construir un entorno económico, político y social que permita a las personas alcanzar la seguridad alimentaria por sus propios medios.

En el contexto de un nivel de vida adecuado y el derecho a estar protegido contra el hambre, el reconocimiento del derecho a la alimentación implica aceptar que el hambre y la desnutrición no son solamente consecuencia de la falta de alimentos, sino principalmente por la pobreza, las desigualdades sociales y la falta de acceso a la asistencia sanitaria, la educación, el agua potable y condiciones adecuadas e higiénicas.[73]

El Estado colombiano, en el caso de los niños y niñas Wayúu, debe garantizarles el Derecho a la Alimentación, más específicamente el derecho a estar protegido contra el hambre, así lo interpretó la Corte Constitucional en las sentencias Sentencia T-302-18 y Sentencia T-359-18.[74]

IV. ANÁLISIS DEL CASO DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL AGUA, SALUD Y A LA ALIMENTACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS WAYÚU DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA A TRAVÉS DE LA SENTENCIA T-302 DE 2018 Y LA SENTENCIA T-359 DE 2018

La actual situación en el Departamento de la Guajira es preocupante, desde hace 8 años hasta la fecha más de 4.770 niños han muerto por desnutrición y sus causas son diversas, incluyendo la falta de alimentos y atención en salud. Según lo afirmó la Corte Constitucional en la Sentencia T-302 de 2018,[75] las estadísticas de niños muertos por desnutrición "confirman una verdad conocida desde hace varios años por los órganos de control, instituciones internacionales y organismos de la sociedad civil, y es que los niños y niñas wayúu todos los meses mueren de hambre".

72 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 10 (Quinto período de sesiones, 1990).
73 Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos [PIDDCP], op. cit., nota, 60, art. 11.
74 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 4.
75 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Agrega en la declaratoria de estado de cosas inconstitucional, que es una situación que tiene múltiples causas y que a la vez debe ser atendida en al menos tres frentes o ejes temáticos: alimentación, agua y salud. Dice igualmente que esta división temática, acogida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus medidas cautelares otorgadas a favor del pueblo Wayúu en el 2015, también se refleja en los planes del Gobierno nacional formulados en respuesta a las distintas órdenes judiciales.

1. Análisis de la Sentencia T-302 de 2018 sobre los derechos a la vida, la salud, la alimentación y el agua de las comunidades indígenas de la Guajira - Colombia

El 5 de febrero de 2016, el señor Elson Rafael Rodrigo Rodríguez Beltrán presentó acción de tutela ante el Tribunal Superior de Bogotá contra el Presidente de la República, el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, la Directora del Departamento de Prosperidad Social, la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Superintendente Nacional de Salud, el Director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, la Gobernadora de La Guajira, y los alcaldes de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao "y con la citación e intervención de los representantes de los pueblos Wayúu y de los señores Procurador General de la Nación y Defensor del Pueblo". El actor considera vulnerados los siguientes derechos:

> "Derecho a la vida (artículo 11), derecho a la salud (artículos 49 y 50), derechos fundamentales de los niños (artículo 44), derecho a la igualdad (artículo 13), Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humano (sic), Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre derechos económicos, sociales y culturales, Convenio 169 de la OIT. Lo anterior en conexión con el Preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 7, 93 y 94 Superiores."[76]

Solicita al Tribunal que ordene a las entidades accionadas "desarrollar acciones de emergencia, urgentes y prioritarias de protección de los niños wayúu que se encuentran en grave riesgo de morir por desnutrición y que se cumplan de

76 Ídem.

manera inmediata y en su totalidad las medidas cautelares impuesta (sic) por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos."

Asimismo el accionante pide "adoptar las medidas cautelares o provisionales urgentes, como suministro de agua y alimentos y la prestación efectiva y de calidad de los servicios de salud para proteger los derechos citados como violados o amenazados de los niños del pueblo Wayúu, en especial se ordene al Gobierno Nacional y demás accionadas que en un término perentorio adopte medidas de emergencia, prioritarias y urgentes para evitar más muertes de niños por desnutrición y que se cumplan de manera inmediata y en su totalidad las medidas cautelares adoptadas por la CIDH".

En primera instancia admitieron la acción de tutela y se notificó a todas las entidades accionadas, estas últimas deciden contestar y en resumen solicitan al tribunal que se les desvincule por falta de legitimación. Aunque el fallo de primera instancia fue favorable al pueblo Wayúu, las entidades demandadas lo impugnaron.

Mediante Auto del 21 de abril de 2016, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, declaró la nulidad de lo actuado "a partir del auto admisorio de la demanda, dejando a salvo las pruebas recaudadas -artículo 138 del Código General del Proceso-,[77] así como la medida provisional al efecto dispuesta en el mentado proveído", debido a que el auto admisorio habría omitido vincular al proceso a la Presidencia de la República, la Consejería Presidencial para la Primera Infancia, el Ministerio de Educación Nacional, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, las Secretarías de Salud y Educación de La Guajira y las mismas Secretarías de los municipios de Maicao, Manaure, Uribia y Riohacha.

Se profirió un nuevo fallo de primera instancia, en el que el Tribunal, reiteró el contenido del fallo dictado el 1° de marzo de 2016 y la misma parte resolutiva reproducida en el apartado 4 de esta providencia. Se profirió Fallo de segunda instancia, en sentencia del 27 de julio de 2016, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, confirmó la decisión de instancia, pero frente a las órdenes a impartir resolvió lo siguiente:

> "**Primero**: La orden dispuesta en el numeral segundo (2°) de la parte resolutiva, lo es con destino a la Presidencia de la República, que será la entidad encargada de coordinar las gestiones y esfuerzos que se requieran para solventar la crisis humanitaria acaecida en el departamento de La Guajira, misma que habrá de rendir mensualmente un reporte de las gestiones adelantadas a la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, sin perjuicio de los informes que se han

77 Ley 1564/12, julio 12, 2012, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

de remitir a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.

Segundo: El lapso otorgado para acatar las precisas disposiciones aquí impuestas, esto es, que se efectúe por parte de la Presidencia de la República un organigrama con tiempos razonables y reales, dando una fijación de plazos claros y detallados para la materialización de cada uno de los instalamentos que corresponda adoptar en torno a la satisfacción de las principales áreas de cobertura que son menester, o sea, desnutrición, salud y falta de acceso al agua potable y salubre de los niños y niñas Wayúu, será de quince (15) días computados a partir de la data de su notificación, según aquí se consideró.

Tercero: En lo demás, el fallo impugnado permanece incólume." (segunda instancia, fl. 150 del expediente de revisión)[78]

La Corte Suprema de Justicia consideró, en primer lugar, que "las abiertas y ostensiblemente graves circunstancias de desnutrición, mal estado de salud y falta de acceso al agua potable y salubre en que se encuentran los niños y niñas pertenecientes a la comunidad indígena Wayúu... son un hecho notorio", para lo cual citó el análisis realizado por la Defensoría del Pueblo en el informe "Crisis Humanitaria en La Guajira 2014".

La Corte señaló como vulnerados los derechos de los niños y niñas Wayúu a la vida y a la salud y descartó los argumentos de algunas entidades demandadas en cuanto a la falta de legitimación por activa, sin embargo, consideró necesario modificar el fallo de primera instancia y "determinar que la orden impartida en punto del Presidente de la República habrá de direccionarse en cabeza del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República".

a) Normas Jurídicas Relevantes para el caso de análisis

Desarrollo armónico e integral de toda persona menor de edad. Artículo 44 Constitución Política 1991.[79] El artículo 8 de la Ley 1098 de 2006 define el interés superior del niño como "[...] el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes."[80] Artículo 7 Constitución Política, reconocimiento por parte del Estado de la diversidad étnica y cultural

78 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 4.
79 Constitución Política de Colombia, [C.P.]., *op. cit.*, nota 1.
80 Ley 1098/06, noviembre 18, 2006, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

en Colombia. Artículo 13 Superior, derecho a la igualdad. El derecho a la autodeterminación de los pueblos.[81] El artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT establece:

> "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente."[82]

Derecho al agua -Sentencias T-406 de 1992, T-570 de 1992, T-539 de 1993-.[83] Derecho a la Alimentación -ART.44, 64, 65, 66, 78 y 81 Constitucionales;[84] PIDESC art 11.1; Observación General 12 Comité PIDESC).[85] Derecho a la salud -Ley 1751 de 2015;[86] Sentencia C-313 de 2014-.[87] En la decisión, se confirmó en todas sus partes el fallo del 27 de julio de 2016 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la Sentencia del 1° de marzo de 2016, emitida por el Tribunal Superior de Riohacha, tutelando los derechos invocados y declarando el estado de cosas inconstitucional en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales a la alimentación, a la salud, al agua potable y a la participación de los niños y niñas del pueblo Wayúu, ante el incumplimiento de los parámetros mínimos constitucionales aplicables a las políticas públicas del Gobierno Nacional, del Departamento de La Guajira, de los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribia y de las autoridades indígenas con jurisdicción en esos municipios.

Finalmente, ordenó que se tomen las medidas adecuadas y necesarias para constituir un Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas para la superación del estado de cosas inconstitucional constatado. El mecanismo deberá realizar las tareas previstas y estará dirigido a: (i) garantizar los derechos de los niños y niñas del pueblo Wayúu al agua, a la alimentación, a

81 Constitución Política de Colombia, [C.P.]., *op. cit*., nota 1.
82 Convenio no. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [CSPITPI], junio 27, 1989.
83 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], junio 5, 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, Sentencia T-406/92, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.); Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 26, 1992, M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, Sentencia T-570/92, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.); Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], noviembre 22, 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia T-539/93, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
84 Constitución Política de Colombia, [C.P.]., *op. cit*., nota 1.
85 Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos [PIDDCP], *op. cit*., nota 60.
86 Ley 1751/15, febrero 16, 2015, Gaceta del Congreso, [G.C.] [Colom.].
87 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 29, 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia C-313/14, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

la salud, a la igualdad y a la diversidad cultural; (ii) cumplir las cuatro condiciones establecidas en el punto resolutivo décimo para la superación del estado de cosas inconstitucional y, (iii) cumplir los objetivos mínimos constitucionales que se establecen en el punto resolutivo cuarto de esta sentencia.

Ordenó también a la Defensoría del Pueblo que realice un seguimiento y acompañamiento permanente de la construcción y ejecución del o los planes que se formulen de acuerdo con esta sentencia, para lo cual deberá ejercer todas las facultades constitucionales y legales con las que cuenta la entidad. Igualmente ordenó a la Defensoría del Pueblo que evalúe semestralmente el progreso del plan o los planes que formulen las entidades vinculadas por esta sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación.

Los indicadores, las acciones y los plazos deberán ser conocidos por la Procuraduría General de la Nación, previo concepto de la Defensoría del Pueblo. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación deberá pronunciarse sobre los reportes semestrales remitidos por la Defensoría del Pueblo y deberá formular las recomendaciones que considere conducentes para el cumplimiento de los objetivos constitucionales mínimos establecidos en el punto resolutivo cuarto de esta sentencia.

Ordenó a las entidades estatales nacionales y entidades territoriales vinculadas a este proceso, que deben vigilar continuamente la implementación de las acciones formuladas en esta sentencia a la luz de los parámetros mínimos constitucionales desarrollados. Y dispuso que para que se entienda superado el estado de cosas inconstitucional, al menos deberán alcanzar los mínimos niveles de dignidad en los indicadores básicos de nutrición infantil, en los términos establecidos en esta sentencia. A saber: (i) el indicador de tasa de mortalidad por desnutrición en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país; (ii) el indicador de prevalencia de desnutrición crónica en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país; (iii) el indicador de prevalencia de desnutrición global en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país; (iv) la prevalencia de desnutrición aguda en el Departamento de La Guajira alcance la meta establecida en el marco del mecanismo especial de seguimiento que se pondrá en marcha de acuerdo con el punto resolutivo cuarto de esta sentencia, o alcance el nivel promedio del país.

2. Análisis de la Sentencia T-359 de 2018, sobre los derechos a la vida, la salud, la alimentación y el agua de las comunidades indígenas de la Guajira - Colombia

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Los accionantes, en su calidad de autoridades tradicionales de las comunidades indígenas del pueblo Wayúu ubicadas en el municipio de Uribia –La Guajira–, en el mes de septiembre de 2017, interpusieron acciones de tutela en contra del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (Min vivienda), y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo ESP de Uribia.

Afirman que las comunidades indígenas Wayúu, ubicadas en el municipio de Uribia –La Guajira, atraviesan una grave crisis humanitaria causada, entre otros aspectos, por la falta de abastecimiento de agua potable, la escasez de alimentos, el efímero servicio de salud y la falta de atención integral a los niños, niñas y adolescentes, madres lactantes y gestantes.

Exponen que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictó medidas cautelares en favor de las niñas, niños y adolescentes pertenecientes al pueblo indígena Wayúu en los municipios de Manaure, Riohacha y Uribia del departamento de La Guajira , ampliadas en favor de madres gestantes y lactantes; solicitando al Estado colombiano, entre otras cosas, adoptar medidas inmediatas para que las comunidades beneficiarias tengan, a la mayor brevedad posible, acceso al agua potable y salubre, de manera sostenible y en cantidad suficiente para su subsistencia.

Los accionantes denuncian el incumplimiento de las medidas cautelares concedidas a las comunidades Wayúu por la CIDH. Señalan que la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo ESP de Uribia no presta un servicio integral, ya que no garantiza el suministro mínimo vital de agua a las comunidades accionantes y, ante las solicitudes de prestación del servicio, simplemente indican a los peticionarios que deben llenar un formato, sin que al cabo del tiempo llegue el carro tanque a las comunidades, aduciendo imprevistos que le impiden cumplir sus obligaciones.

Agregan que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, por su parte, no ejecuta sus políticas públicas para minimizar la crisis humanitaria y cumplir las medidas cautelares decretadas por la CIDH.

a) Normas jurídicas relevantes para el caso

Decreto 2591 de 1991.[88] Artículo 86 de la Constitución Política de 1991. Dignidad humana -Artículo 1 Superior-.[89] Mínimo vital al agua potable -Art. 11 y 12 del PIDESC-.[90] Igualdad -Artículo 13 Superior-.[91] Diversidad étnica y cultural -Artículo 7 Superior-.[92]

88 Decreto 2591 de 1991, noviembre 19, 1991, Gaceta del Congreso, [G.C.] [Colom.].
89 Constitución Política de Colombia, [C.P.], *op. cit*., nota 1.
90 Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos [PIDDCP], *op. cit*., nota 60.
91 Ídem.
92 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

La Corte Constitucional decidió confirmar el fallo de primera instancia, dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira, el 2 de octubre de 2017, en primera y única instancia y, en consecuencia, tutelar los derechos fundamentales a la salud, al agua potable, a la alimentación y a la seguridad alimentaria de los niños y niñas del pueblo Wayúu, de conformidad con lo establecido en la Sentencia T-302 de 2017,[93] que declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la materia.

También ordenó a las autoridades accionadas dentro de este trámite divulgar esta sentencia dentro del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas que deberá constituirse en cumplimiento del numeral tercero de la parte resolutiva de la Sentencia T-302 de 2017,[94] de forma tal que todos los órganos que componen el Mecanismo Especial conozcan la decisión.

Gracias a la decisión de la Sentencia T-302 de 2017,[95] la Corte Constitucional declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional en relación con el goce de los Derechos Fundamentales de la población Wayúu; más específicamente, por el vacío frente a la ayuda oportuna por parte de las entidades encargadas de garantizar dichos Derechos Fundamentales, tanto a adultos como a niños los cuales son sujetos de especial protección, puesto que pertenecen a una comunidad constitucionalmente protegida.

Esta sentencia permitió dar paso a la creación del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas que deberá constituirse en cumplimiento del numeral tercero de la parte resolutiva de la Sentencia T-302 de 2017,[96] de forma tal que todos los órganos que componen el Mecanismo Especial conozcan la decisión.

Esta sentencia es, en realidad, una reiteración de la Sentencia T-302 de 2017,[97] que declara un estado de cosas inconstitucional en el departamento de La Guajira. En este caso, el accionado es el Ministerio de Vivienda porque no hay distribución de agua potable en los tres municipios principales de los pueblos Wayúu, es decir, el abastecimiento de agua potable es nulo.

V. CONCLUSIONES

El estado de cosas inconstitucional es una figura jurisprudencial creada por la Corte Constitucional inicialmente para evitar la proliferación de acciones de tutela sobre asuntos relacionados con un mismo grupo social y así garantizar el principio de eficacia de la administración judicial.

93 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 8, 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, Sentencia T-302/17, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
94 Ídem.
95 Ídem.
96 Ídem.
97 Ídem.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ridp.udem.edu.mx

La declaratoria de estado de cosas inconstitucional es excepcional, pues solo procede cuando hay una vulneración masiva y constante de derechos fundamentales de un determinado grupo poblacional. El estado de cosas inconstitucional solo puede presentarse en un modelo de Estado constitucional en el que el Tribunal Constitucional puede de manera sistemática analizar situaciones sociales en las que se presente una continua vulneración de derechos fundamentales.

A través de esta figura jurídica, la Corte Constitucional, además de ejercer el control jurídico de las normas, puede añadir órdenes dirigidas a la autoridad administrativa para que haga o deje de realizar determinadas conductas que quebrantan el orden constitucional. Al tiempo que el estado de cosas inconstitucional es una forma de colaboración armónica entre los poderes del Estado, también funge como una herramienta para que la Corte Constitucional conmine a los órganos administrativos a realizar todo lo que esté a su alcance para garantizar los derechos de los ciudadanos.

Queda planteada la discusión académica respecto de los alcances y límites que debe tener la Corte Constitucional, en cuanto a la interpretación de la Carta Fundamental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, 10 (Quinto período de sesiones, 1990).

Diego León Gómez Martínez, El principio de inmediatez en la acción de tutela. Los Argumentos de la Interpretación, (USC y DIKÉ, 2da. ed., 2018).

Gobierno de Colombia, *Plan de acción para la prevención y atención del desplazamiento forzado*, CONPES 3057, (1999).

Herbert Lionel Adolphus Hart, Post Scriptum, en La Decisión Judicial. El Debate Hart - Dworkin, (Herbert Lionel Adolphus Hart y Ronald Dworkin, Siglo de hombre editores, 2005).

Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Cuadernos de trabajo sobre el derecho a la alimentación. El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones, (Aecid, 2013).

Pedro Alfonso Pabón Parra, Constitución Política esquemática, (Ediciones Doctrina y Ley, 2013).

PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y JUSTICIA. UNA REVISIÓN (IN)CÓMODA A UN PUNTO DEL PROCESO DE PAZ EN COLOMBIA

POLITICAL PARTICIPATION AND JUSTICE. AN (IN) COMFORTABLE REVIEW OF AN POINT OF THE PEACE PROCESS IN COLOMBIA

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 14 de octubre de 2022

John Fernando RESTREPO*, Diana Marcela TRUJILLO y Kevin Alexander JARAMILLO*****

Resumen

El presente trabajo parte de reconocer el enorme logro social de llevar a puerto exitoso la negociación entre Gobierno y la guerrilla de las Farc. Un proceso harto complejo que ha sufrido múltiples instancias y sus consecuente fracasos. Para esta ocasión, el proceso logró ver luz verde desde el punto de vista sustancial; y ahora viene el complejo proceso de implementación a la vida civil de los rebeldes y la instalación de políticas públicas más allá del clásico argumento del conflicto armado interno. Simultáneo a ello es necesario establecer los límites normativos (óptica penal y constitucional) que aparecen sobre la mesa para identificar qué tanto pueden justificarse las concesiones normativas en el contexto de la justicia transicional, en la que se busca sostener el equilibrio entre el derecho a la paz, la sujeción al derecho y la reivindicación de los derechos de las víctimas.

Palabras clave: proceso de paz, justicia transicional, derecho internacional, justicia, paz y derechos de las víctimas.

Abstract

The present work starts from recognizing the enormous social achievement of bringing to a successful port the negotiation between the Government and the Farc. A very complex process that has suffered multiple instances and its consequent failures. On this occasion, the process managed to see the green light from the substantial point of view; and noy comes the complex process of implementing the rebels into civilian life and the installation of public policies beyond the classic argument of the internal armed conflict. Simultaneously with this, its necessary to establish the regulatory limits (criminal and constitutional optics) that appear on the table to identify how much regulatory concessions can be justified in the context of transitional justice, which seeks to maintain the balance between the right to peace, subjection to the law and vindication of the rights of the victims.

Keywords: peace process, transitional justice, international law, justice, peace and victims´ rights

* Profesor de la Universidad de Medellín. jfrestrepo@udemedellin.edu.co
** Profesora de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia. diana.trujillo32@tdea.edu.co
*** Profesor de la Universidad de Medellín. kjaramillo@udemedellin.edu.co

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Principios. III. La participación política y la paz. IV. Justicia. V. Responsabilidad. VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Luego de varios intentos fracasados de negociación política y de procesos de paz, el Estado colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia[1] (FARC) llegaron a un Acuerdo refrendado ante el pueblo colombiano (2 de octubre de 2016) y la comunidad internacional (24 de noviembre de 2016)[2]. En el mundo ha sido común que en los países donde existen conflictos políticos a causa de la disputa por el Gobierno o por el carácter liberalizador o secesionista de la lucha, cuando se dan acuerdos entre las partes, estos adquieren naturaleza política y un filtro jurídico[3]. Ello significa que las disposiciones jurídicas deben ceder a los postulados de la política que busca solucionar estos estados de violencia generalizada. Luego del Acuerdo se genera un estado transitorio de reordenación de la sociedad a partir de las formas jurídicas y de los órganos creados mediante dicho Acuerdo[4]. También se ha reconocido que la primacía de la realidad política está en consonancia con el ejercicio de la soberanía del Estado en condiciones de inestabilidad política. Esto implica que se privilegia la solución política a la aplicación del derecho, en especial del derecho penal y del constitucional. Por ello ha ganado terreno el uso del perdón penal a través de la amnistía, el indulto y la sanción simbólica, entre otros[5].

Una innegable particularidad de los acuerdos políticos resultados de la negociación es que las partes no reconocen un vencedor del conflicto, sino que

1 Se debe tener en cuenta que las FARC siempre gozaron de estatus político por parte del Estado colombiano y por tanto siempre se consideró que el conflicto colombiano tenía una naturaleza política, con la excepción del periodo 2002- 2010 cuando se negó dicho estatus y se le asignó el calificativo de "ataque terrorista". Esto último estaba en concordancia con la guerra contra el terrorismo que existía en el mundo luego del ataque a las torres gemelas por parte del grupo islámico Al Qaeda.

2 Dicho acuerdo ingresó al sistema jurídico colombiano mediante el acto legislativo no. 2 de 2017 "por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera" y la sentencia de constitucionalidad C 630 de 2018 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

3 Miguel Barreto Henriques *et al.*, Experiencias Internacionales de Paz: Lecciones Aprendidas Para Colombia (Miguel Barreto Henriques comp., Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2016).

4 Roland Paris y Timothy D. Sisk, Gestionar contradicciones: los dilemas inherentes a la construcción posbélica del Estado (International Peace Academy, 2011).

5 Luigi Ferrajoli, *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*, 10 Revista Crítica Penal y Poder, 146-161 (2016).

aceptan expresa o tácitamente que ninguno de los dos fue el vencedor[6]. Ambas partes toman los derechos políticos como actores políticos[7], y como partes legítimas y legales para el futuro direccionamiento del Gobierno y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la comunidad internacional ha tenido como línea de comportamiento facilitar o apoyar estos esfuerzos pacíficos[8] que los Estados realizan para solucionar sus conflictos internos. Sin embargo, puede ocurrir que esta comunidad internacional no apoye de manera plena los acuerdos políticos celebrados y exija o les imponga a las partes ciertas condiciones para su aprobación. En ese sentido, se han desarrollado modelos de justicia transicional donde las partes pueden ser sometidas al derecho penal y por ende ser sujetos penalizables, bajo parámetros de reglas de excepción. Con respecto a ello, experiencias pasadas han demostrado que en los conflictos internos las partes pueden cometer delitos que no son amnistiables o indultables, entre otras modalidades de no juzgamiento[9]. Generalmente aquellos se refieren a delitos

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

6 Véase: Corte Constitucional, Sentencia C 027, 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, "4.3 Posibilidad de participar en política como consecuencia de la terminación dialogada del conflicto armado". En el marco de la actual justicia transicional la Corte Constitucional ha sostenido la necesidad de valorar positivamente la disposición reflexiva de aquellos que durante años desconocieron el ordenamiento jurídico haciendo parte de un conflicto armado que implicó grandes costos para la sociedad y el país, pese a lo cual, en un acto no de rendición sino de reflexión, decidieron dejar las armas y formar parte de un diálogo abierto. De allí que como se sostuviera en la sentencia C 577 de 2014, el Estado tiene el deber de conseguir la paz, lo que "no encarna el objetivo de avasallar al enemigo, sino de acabar con una forma de interacción violenta" (Corte Constitucional, Sentencia C 577, 2014. M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez).

7 Según la Corte, "el devenir histórico del país ha obligado al reconocimiento de los disidentes como actores políticos…" (Corte Constitucional, Sentencia C 027, *op. cit.*).

8 Aseverar esto, no quiere decir que durante un conflicto, los Estados interesados no participen de una u otra manera en el desarrollo de la violencia generalizada. En no pocas veces, los agentes del estado han intervenido para obtener sus propios intereses e incluso con un ánimo desestabilizador y de acrecentamiento de los hechos violentos, bien a través de apoyo militar, de tecnología o por medio de unidades militares.

9 Ver acto legislativo de 2012, artículo 1 "La Constitución Política tendrá un nuevo artículo transitorio que será el 662, así: "… tanto los crímenes de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El Fiscal General de la Nación determinara criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la Republica, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección"

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

como los crímenes de guerra[10] y los crímenes de lesa humanidad[11]. Estos últimos se enumeran en el Estatuto de Roma de 1998 en su artículo 7; mientras que el artículo 6 establece el crimen de genocidio; el artículo 8 los crímenes de guerra; y el artículo 5 # 2, los crímenes de agresión.

Con ese trasfondo, el acuerdo colombiano[12] se concentró en los siguientes temas:

1. Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral.
2. Participación política: apertura democrática para construir la paz.
3. Fin del conflicto.
4. Solución al problema de las drogas ilícitas.
5. Acuerdo sobre las víctimas del conflicto.
   5.1 Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.
      5.1.1 Justicia: Jurisdicción Especial para la Paz.
6. Implementación, verificación y refrendación.

II. PRINCIPIOS

La Constitución Política colombiana de 1991 está asentada sobre una serie de principios políticos y jurídicos establecidos por el constituyente. Este catálogo de principios define los pilares determinantes del actual Estado constitucional y democrático de derecho[13]. Entre los primeros se ubican el principio democrático y el pluralismo político, y dentro de los segundos se entienden aquellas normas con esfera indeterminada de sentido jurídico vinculante:

> Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución

10 Pietro Verri, Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados (Mauricio Duque Ortiz y Reneé Cabrera Ortiz trads., Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010).
11 David Rieff y Roy Gutman, Crímenes de guerra: lo que debemos saber, 145 (Debate, 2010).
12 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, 2016.
13 John Fernando Restrepo Tamayo, Estructura Constitucional del Estado colombiano, 37 (Universidad de Medellín, 2018).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

> (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados.[14]

Ambos principios están determinados para la obtención de los valores constitucionales y entre ellos la paz, aunque en la jurisprudencia también se concibe la paz como un principio y como un derecho fundamental[15]. El principio democrático que se sustenta en el derecho universal de la toma de decisiones políticas por parte de los ciudadanos se desarrolla a partir de dos modalidades específicas: democracia participativa y democracia representativa. La democracia participativa está establecida en el preámbulo y en artículo 1 de la Constitución Política (1991), en donde se propone dinamizar el sistema político colombiano, preferentemente a partir de la intervención ciudadana. La democracia representativa se establece a partir del surgimiento del poder público y de las autoridades que los desempeñan, bajo la modalidad de ramas y órganos autónomos e independientes.

El principio del pluralismo político se comprende como una modalidad de la democracia en tanto que los ciudadanos pueden ejercerla a partir de diferentes realidades políticas, tales como los partidos, los movimientos, individualmente, por programas y además con una real posibilidad política de acceder a la dirección del Estado y del Gobierno:

> El pluralismo (...) se opone al unanimismo, pues acepta el juego de las diferentes opciones ideológicas; desconfía de la homogeneidad, porque reconoce la heterogeneidad de la sociedad, así como la existencia de los grupos a los que pertenecen los individuos; rechaza el carácter absoluto de las opiniones o tendencias, ya que le otorga legitimidad a los distintos puntos de vista; promueve la participación política en la medida en que da oportunidad de expresarse a diversas propuestas y grupos sociales y supone la aceptación de las reglas fijadas para tornar viable esa expresión y hacerla accesible a todos.[16]

También se comprende como la posibilidad de debate parlamentario, de control político a la gestión del Gobierno y de vocería de la inconformidad ciudadana respecto al Gobierno[17]. Por lo tanto, el pluralismo puede manifestarse de diferentes maneras, pero en todo caso, implica que todos los ciudadanos como titulares de la soberanía pueden ejercerla de manera efectiva, permanente y absoluta dentro del Estado constitucional de derecho. Así, en el artículo 1 de

14 Corte Constitucional, Sentencia T 406, 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.
15 Corte Constitucional, Sentencia C 080, 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
16 Corte Constitucional, Sentencia C 018, 2018, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
17 Constitución Política, artículo 112, 1991, estatuto de la oposición.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

la Constitución el pluralismo se define como principio político; se desarrolla como derecho fundamental en el artículo 13, a propósito de la igualdad política; mientras que el artículo 40 establece los derechos políticos y el artículo 103 los mecanismos de participación ciudadana.

III. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA Y LA PAZ

Hablar de participación política es hablar del ejercicio de la democracia directa. El pueblo es el titular de las acciones y decisiones políticas y esto se dio porque en el devenir del ejercicio político es quien asume la participación de manera directa y sin intermediarios. En este sentido, dicha participación ha adquirido el rango político de derecho humano, universalmente reconocido. En la legislación y la doctrina, la participación está establecida en diferentes instrumentos internacionales. Así, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a los derechos políticos en los siguientes términos:

> Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y c) de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

Otros instrumentos internacionales que consagran la participación política son la Carta Democrática Interamericana, 2001 (artículos 2, 3 y 6); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948 (artículo XX); la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 (artículo 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 (artículo 25); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965 (artículo 5.c); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990 (artículo 42); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979 (artículo 7); la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, 1953 (artículos I, II y III); la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1963 (artículo 6); la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992 (artículos 2 y 3); el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (artículo 6); la Proclamación de Teherán - Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 1968 (parágrafo 5); la Declaración y Programa de Acción de Viena

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

- la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27); el Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950 (artículo 3); y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul", 1979 (artículo 13) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[18].

Y a nivel constitucional colombiano se consagra que, particularmente, el artículo 2 de la Carta Política instituye como fin esencial del Estado el "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación", lo cual armoniza con el artículo 40, en tanto se establece el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, al poder elegir y ser elegido (número 1); constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas (número 3); y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (número 7). Adicionalmente, el título IV del artículo 2 de la Constitución, que trata sobre participación democrática y partidos políticos, alude a las formas de participación democrática (capítulos 1), a los partidos y movimientos políticos (capítulo 2) y al estatuto de la oposición (cap. 3)[19]. De la anterior normativa, se puede decir que la participación política es un derecho humano y a la vez un derecho fundamental. En el Acuerdo de la Habana se trató ese tema en el punto 2 "Participación política: apertura democrática para construir la paz", en donde las partes reconocieron que la participación política era un componente de la negociación y que por ende no se podía limitar para ningún miembro de las FARC:

> De igual manera, es necesario crear las condiciones y dar las garantías para que las organizaciones alzadas en armas se transformen en partidos o movimientos políticos, que participen activamente en la conformación, ejercicio y control del poder político, para que sus propuestas y sus proyectos puedan constituirse en alternativa de poder. Para cumplir con todo lo anterior, se harán las revisiones y los ajustes institucionales necesarios que conduzcan a una plena participación política y ciudadana de todos los sectores políticos y sociales, y de esa manera, hacer frente a los retos de la construcción de la paz.[20]

En la primera parte se afirma que las FARC y otras organizaciones alzadas en armas pueden participar en política y tener la posibilidad de acceder al poder, mediante movimientos y partidos políticos y; también gozar de la capacidad

18 Corte Constitucional, Sentencia C 027, *op. cit*.
19 Corte Constitucional, Sentencia C 027, *op. cit*.
20 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit*., p. 37.

para conformar, ejercer o controlar el poder político. En el segundo párrafo se destaca que la participación es para todos los ciudadanos y de manera plena, esto significa que, con base en el Acuerdo de la Habana, es imposible una limitación a la participación política de algún miembro de las FARC. Tampoco, dentro de una interpretación integral de las normas citadas se puede deducir que se limite este derecho de participación política a algún ciudadano y mucho menos por delitos políticos[21], al contrario, el sentido altruista del delincuente político lo ratifica como sujeto de derecho con derechos de naturaleza política. Avanzando sobre el punto 2, se infiere el sentido democrático y participativo del acuerdo entre las FARC y el Estado colombiano. Se destaca que la paz es el centro vital del acuerdo y sobre todo, que tiene como fin construir un nuevo país con participación de todos los colombianos sin exclusión alguna:

> La construcción de la paz es asunto de la sociedad en su conjunto que requiere de la participación de todas las personas sin distinción y, por eso, es necesario concitar la participación y decisión de toda la sociedad colombiana en la construcción de tal propósito, que es derecho y deber de obligatorio cumplimiento, como base para encauzar a Colombia por el camino de la paz con justicia social y de la reconciliación, atendiendo el clamor de la población por la paz. Esto incluye el fortalecimiento de las organizaciones y movimientos sociales, y el robustecimiento de los espacios de participación para que ese ejercicio de participación ciudadana tenga incidencia y sea efectivo, y para que vigorice y complemente la democracia.[22]

Pero, sin duda alguna, el logro más significativo del acuerdo de paz con las FARC fue el haber logrado que dicho grupo guerrillero hiciera dejación y entrega de las armas. Durante más de sesenta años las FARC, habían logrado crear a partir del uso de las armas una sociedad insegura, de miedo y altamente violenta[23]. Por lo tanto, su entrega dejó como resultado que todos los ciudadanos abrigaran

21 "El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención" (Corte Constitucional, Sentencia C 009, 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).

22 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit.*, p. 35.

23 Marc Chernick, *Las FARC y los diálogos de paz: de Marquetalia hasta el gobierno de Uribe*, en La construcción de la paz en tiempos de Guerra, 97-134 (Virginia M. Bouvier comp., Editorial Universidad del Rosario, 2014).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

vientos de esperanza, tranquilidad ciudadana, libertad y paz. Desde el desespero colectivo siempre se consideró como corto el precio que hubiese que pagar para parar y terminar un conflicto que había llegado hasta estados de barbarie y salvajismo injustificables:

> "La firma e implementación del Acuerdo Final contribuirá a la ampliación y profundización de la democracia en cuanto implicara la dejación de las armas y la proscripción de la violencia como método de acción política para todas y todos los colombianos a fin de transitar a un escenario en el que impere la democracia, con garantías plenas para quienes participen en política, y de esa manera abrirá nuevos espacios para la participación."[24]

En este contexto y suponiendo que el conflicto tenía una naturaleza política, la gran mayoría de sectores de la sociedad admitieron y justificaron que la participación de las FARC en los destinos políticos de la nación tenía que aceptarse, pues se entendió que ese era un precio bajo si el objetivo era la paz. En este sentido se antepuso la solución política a la solución jurídica, basando esa decisión en el argumento de que las realidades políticas priman sobre las jurídicas[25].

> "Según se ha dicho, entonces, esta justicia especial debe considerar el establecimiento de la paz como valor supremo y presupuesto de cualquier tipo de orden judicial. Además, la justicia transicional debe apuntar a un único fin claro y delimitado por la contingencia que la genera que, para el caso particular del acuerdo de paz entre el Gobierno de Colombia y las FARC, es la finalización definitiva del conflicto armado y la pacificación de todos los combatientes, de tal manera que no haya lugar a una proliferación de rencores y deseos que venganza que posibilitaran la reapertura de nuevos conflictos en el panorama nacional"[26].

La solución por la vía política se establece aquí como como una condición primaria en el establecimiento de una paz estable y duradera, en tanto el fin último es entendido como un valor político y social supremo, del que depende la configuración efectiva de los mecanismos idóneos para la defensa de la paz en

24 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit.*, p. 35.

25 Rodrigo Uprimny Yepes, Penas, paz, y participación política, (Nov. 12, 2012), https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/penas-paz-y-participacion-politica/.

26 Kevin Alexander Jaramillo Castrillón y Rodrigo Antonio Rodríguez Palacio, *Los Derechos Humanos y el valor supremo de la paz como presupuestos del reconocimiento democrático: una reflexión para la Colombia del posconflicto*, 14 Ciencias Sociales y Educación, 180 (2018).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ridp.udem.edu.mx

todo el territorio colombiano. La instalación del proceso de paz en Colombia queda soportada sobre la prelación de intereses políticos, razonables y necesarios, para omitir el análisis jurídico que harían inviable seguir adelante en el proceso porque ello implicaría anular de manera sistemática los principios constitucionales.

IV. JUSTICIA

Paralelo al tema de la participación política, el Acuerdo de la Habana abordó el asunto de la *Justicia transicional* en estos términos:

> Concepto de reciente acuñación por parte del derecho comparado y de la teoría de los derechos humanos con el que se describe el arreglo jurisdiccional específico que una sociedad en proceso de reconciliación nacional o de transición a la democracia se da a sí misma para garantizar la moralidad de su vuelta o su avance a la normalidad. En tanto categoría empírica, puede hablarse de justicia transicional en todos los países que durante las últimas décadas han superado o se encuentran en trance de superar grandes crisis políticas, guerras civiles o dictaduras, tales como Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Perú y Sudáfrica. Como categoría normativa, en cambio, puede hablarse de justicia transicional tan solo en aquellos países en que las instituciones especialmente establecidas para la reconciliación o la transición responden a estándares internacionales en materia de derechos humanos y justicia democrática, tal como la comisión de verdad y reconciliación en Sudáfrica a mediados de los años 90 del siglo pasado, que constituye hasta cierto punto la experiencia paradigmática en este campo. La originalidad de la identidad sudafricana consiste en que fue a la vez una comisión de la verdad pues adelantó una vasta investigación sobre todos los crímenes del periodo del *apartheid*, y un tribunal *ad hoc* pues otorgó el perdón judicial a todos los que aceptaron comparecer ante ella en audiencia pública y confesar su responsabilidad en atrocidades concretas, luego de lo cual el Estado asumió la obligación de reparación respecto de las víctimas y sus familias.[27]

Allí se estableció que aquella estaría compuesta por una jurisdicción especial, que comprendería amnistías, indultos y tratamientos especiales como instrumentos legales que permitirían la concesión de ciertas garantías para los actores del conflicto armado interno, aunque hubieran cometido conductas punibles. El legislador colombiano en ejercicio de su función constituyente modificó la

27 Hernando Valencia Villa, Diccionario Espasa. Derechos humanos, 260 (Planeta Colombiana, 2003).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Constitución Política mediante los actos legislativos 1 y 2 de 2017. De esta forma se puede decir que en materia de responsabilidad, entendida como expresión de justicia, las partes incorporaron unos objetivos específicos y determinantes: la rendición de cuentas, la convivencia y la reconciliación. En el primero de ellos, se definió que "mediante el establecimiento de responsabilidades, todos los participantes en el conflicto, de forma directa o indirecta, combatientes o no combatientes, deberán asumir su responsabilidad por las graves violaciones e infracciones cometidas en el contexto y en razón del conflicto armado"[28]; y en el segundo objetivo, se estableció que la convivencia y la reconciliación exigían el reconocimiento y establecimiento de responsabilidades de todos los actores intervinientes en el conflicto. A partir de estas dos referencias puede concluirse que en el acuerdo se estableció la responsabilidad como un objetivo claro para encontrar la justicia, la convivencia y la reconciliación. Sin embargo, un componente determinante en este sistema de justicia fue la Jurisdicción Especial de Paz, la cual:

> Estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. La Jurisdicción Especial para la Paz hace parte del Sistema Integral del Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, y al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria.[29]

Una de las funciones "naturales" del Estado es la de administrar justicia por medio de los órganos establecidos, es lo que se conoce como la responsabilidad de investigar, juzgar, y sancionar[30]. La Corte Constitucional ha entendido que esta función del Estado es irrenunciable y por lo tanto no puede ser materia de negociación con ningún otro actor político. En el marco del acuerdo de paz, se decidió que en materia de justicia tendrían plena vigencia y aplicación las amnistías y los indultos generales entre otras modalidades de sanción penal[31]. En ese sentido, se debe resaltar que frente a la amnistía y el indulto, que son figuras

28 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit.*, p. 128.
29 Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, *op. cit.*, p. 129.
30 John Fernando Restrepo Tamayo y Gabriel Alberto Ruiz Romero, *El Estado soberano y sus límites: lectura en clave liberal de la teoría estatal en Thomas Hobbes*, 50 Diálogos de saberes, 129-142 (2019).
31 Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 027, *op. cit.*

que siempre han estado en el ordenamiento jurídico colombiano, e incluso incorporadas hoy en la Constitución Política, el artículo 150 numeral 17, estableció que ambas figuras pueden utilizarse por graves motivos de conveniencia pública pero solo para delitos políticos. No debe olvidarse que mediante la conexidad, otros delitos no políticos pueden ser materia de amnistía[32]. En el acuerdo de paz ambas figuras se consagraron en el componente "5.1.2. Justicia. Jurisdicción Especial para La Paz. Punto 2. Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como otros tratamientos especiales". El desarrollo o complemento constitucional se realizó mediante la Ley 1820 de 2016. Desde una mirada doctrinaria, Argüelles definió las amnistías como:

> Instrumentos o medidas jurídicas utilizadas para impedir el enjuiciamiento de aquellos que han realizado comportamientos tipificados como delitos, o que, si ya han sido enjuiciados y sancionados, impiden la aplicación de la condena, proscribiendo cualquier tipo de responsabilidad respecto a los crímenes cometido[33].

Se debe agregar que la característica de las amnistías es que se utilizan para delitos de naturaleza política, mientras que para los delitos comunes se acude a las figuras del perdón o indulto personal. La definición de la Corte Constitucional para cada uno de estos instrumentos es la siguiente:

> La amnistía es un mecanismo de extinción de la acción penal y el indulto es un mecanismo de extinción de la pena. No obstante, se trata de dos instituciones que como pocas reflejan el profundo contenido político del derecho penal, pues si bien sus consecuencias se advierten al interior de las actuaciones penales, ellas son fruto de decisiones tomadas en la instancia legislativa y en la instancia ejecutiva ante situaciones que el constituyente ha calificado como "graves motivos de conveniencia pública"[34]

Por el hecho de provenir del constituyente se debe reconocer el carácter político de estas figuras, aunque tengan una forma jurídica. Este fallo también determinó la naturaleza de estos instrumentos jurídicos:

---

32 Mediante el acto legislativo 02 de 2019, artículo 1, se eliminó la posibilidad de utilizar la conexidad para los delitos políticos con otros delitos no políticos como el secuestro y la fabricación, el tráfico o el porte de estupefacientes. Por su parte, el artículo 15 consagra los delitos políticos; el artículo 16 los delitos conexos; y el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016 define los criterios de conexidad.

33 Alfredo Torres Argüelles, Repensando las amnistías en procesos transicionales, 37 (Universidad Externado de Colombia, 2015).

34 Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C 695. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> Es claro que la amnistía extingue la acción penal y la pena y que el indulto extingue la pena. De allí que se trate de unos beneficios de naturaleza constitucional que involucran la terminación anormal de los procesos penales o de la ejecución de las penas impuestas.[35]

Se debe agregar que, en el primer caso, el sujeto queda sin antecedentes para el orden jurídico, mientras que en el segundo sí conserva la reseña de antecedentes. En el primero no hay juicio de culpabilidad y en el segundo sí. La citada Ley 1820 por medio de la cual el legislador estableció las amnistías, indultos y otros tratamientos especiales consagra dos tipos de amnistías: la amnistía *iure* y la amnistía de sala:

> La primera, denominada amnistía de iure o por ministerio de la ley, puede darse en distintos momentos del proceso penal e, incluso, sin que exista un proceso formalmente iniciado. Se trata del beneficio previsto para la mayor parte de los miembros de las FARC-EP quienes, en principio, fueron combatientes y no tienen en su contra imputaciones, procesos o condenas por las más serias violaciones a los derechos humanos.[36]

Como las amnistías deben operar con relativa sencillez, en la Ley 1820 de 2016 las causales de procedencia de la amnistía de *iure* están definidas, previa y taxativamente por el Congreso de la República, en el artículo 16. Por su parte, las amnistías previstas en el artículo 23, a cargo de la Sala de Amnistías e Indultos (amnistías judiciales o de sala) funcionan de modo distinto. En lugar de una lista taxativa de las conductas conexas al delito político, en este se prevén tres grandes criterios de valoración para que los jueces definan, con un mayor margen de apreciación, si el beneficio de mayor entidad es procedente. Por otra parte, en su parágrafo, la ley establece criterios de exclusión, es decir, de lo "no amnistiable"[37]. Asimismo ocurre con el punto 5.1.2. Justicia. Jurisdicción Especial para La Paz. Punto 2. Contenidos, alcances y límites de la concesión de amnistías e indultos así como otros tratamientos especiales (numerales 17- 44).

Por su parte en el derecho internacional no se observa un impedimento para la concesión de amnistías e indultos en procesos de paz y al contrario señala que:

> Siempre que logren ponderar el deber de buscar la paz con los deberes del Estado de investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos (DDHH) e infracciones al Derecho Internacional

35 *Ibidem.*
36 Congreso de la República, Ley 1820, 2016.
37 Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 007. M. P. Diana Fajardo Rivera.

> Humanitario (DIH). Agrega que las medidas adoptadas en la Ley buscan garantizar la seguridad jurídica de quienes cometieron cierto tipo de delitos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al tiempo que favorecen la dejación de armas, el tránsito a la legalidad y el proceso de reincorporación, siempre condicionadas a la satisfacción de los derechos de las víctimas[38]

Adicionalmente, el Protocolo Facultativo II. Adicional a los Convenios de Ginebra. Artículo 6.5 consagra que:

> Con la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

Es claro, entonces, que las amnistías e indultos no implican una impunidad en tanto a delitos políticos y conexos se refiere, sino que establecen otras formas de reparar esos daños, o si se prefiere de "hacer justicia". Pero cuando nos referimos a crímenes graves, que por la magnitud del daño que ocasionan a la sociedad no son objeto de amnistías ni de indultos, el manejo jurídico con respecto a la responsabilidad penal debe darse de una manera diferente.

V. RESPONSABILIDAD

En cuanto la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes, en el conflicto colombiano se ha definido de la siguiente manera: "La responsabilidad penal individual es entendida como la consecuencia que tiene para el derecho penal la realización de una conducta punible cuando la pena sea necesaria"[39]. En el derecho penal internacional, el *Estatuto de Roma* consagra dos tipos de responsabilidad: responsabilidad penal individual[40] y responsabilidad de los jefes y otros superiores[41].

Cuando se habla de responsabilidad penal, es importante establecer cuáles fueron los elementos que aportó el sujeto para la comisión del hecho punible, esto es, qué tan determinante fueron sus actos para la obtención del resultado dañoso (teoría de la causalidad). Desde esta perspectiva se pueden clasificar

38 Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 007, *op. cit*.
39 Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo Del Villar Delgado, Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia. Ley 906 de 2004, 1 (Universidad del Norte, 2013).
40 Estatuto de Roma, 1998, artículo 25.
41 *Idem,* artículo 28

en autores[42] o partícipes[43] del delito. Además se debe establecer la gravedad de los delitos cometidos y con mayor relevancia cuando "dejamos de lado" la justicia ordinaria, para dar paso a una justicia transicional que será la encargada de investigar los delitos políticos y conexos, y en donde es "aceptable" que se presenten figuras como las amnistías y los indultos. Pero cuando nos referimos a los crímenes graves como son los de competencia de la Corte Penal Internacional, la responsabilidad debe ser evaluada caso a caso, con los debidos criterios de selección y priorización[44].

Es necesario entonces cuestionarnos acerca de qué pasa con la responsabilidad de los jefes y superiores cuando se tipifican conductas graves para la comunidad internacional como lo son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crimines de agresión y los crímenes de guerra. Frente a ellos se ha desarrollado de manera teórico-jurídico internacional la responsabilidad en las estructuras organizadas del poder, a partir de distintas teorías, especialmente la de Kai Ambos y la del Claus Roxin. Este último, ha desarrollado la teoría en torno al tema de la autoría o participación, en el dominio de la realización:

> El dominio del acontecer típico pude darse de tres maneras: mediante la comisión del hecho de propia mano (dominio de la acción), mediante la ejecución común del hecho (dominio funcional del hecho) y por vía de la comisión del hecho mediante otro (dominio de la voluntad). Estas tres formas de dominio del hecho corresponden respectivamente a la autoría directa, a la coautoría y a la autoría mediata[45].

Para Roxin el dominio del hecho tiene diferentes formas de configurarse, es decir, cuando el autor mediato utiliza a quien se halla en error o bajo coacción, este es inimputable, o "cuando dirige un aparato organizado de poder que garantiza que su orden se cumpla independiente de la persona del ejecutor individual"[46]. Y plantea que para el dominio de la organización se deben tener en cuenta tres presupuestos:

> "1. El comitente debe ejercer un poder de mando en el marco de la organización; 2. La organización debe haberse desvinculado del derecho en el ámbito de su actividad penalmente relevante, y 3. Los ejecutores

42 Congreso de la República, Ley 599, 2002, artículo 29
43 *Idem,* artículo 30.
44 Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 007, *op. cit.*
45 Claus Roxin, *Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización*, en Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania, 314 (Kai Ambos y María Laura Bohm comps., Temis, 2012).
46 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> individuales deben ser reemplazables (fungibles) de tal modo que en caso de no poder contarse con un ejecutor, otro ocupe su lugar."[47].

Kai Ambos en materia de responsabilidad individual consagra dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo. Para él, los aspectos subjetivos requieren de cierta validez independiente de los elementos objetivos, y para los aspectos objetivos plantea una diferencia entre la intervención del hecho y las extensiones de responsabilidad. Asimismo, resalta la importancia que han adquirido figuras como la responsabilidad por el mando, y la responsabilidad por omisión como extensiones de la responsabilidad[48].

En el tema de autoría o participación en las conductas delictivas, Ambos define la autoría mediata como una forma de autoría en la cual el actor actúa por medio de otro. Esto es lo que se conoce en teoría como "el hombre de atrás". Además distingue dos modalidades de autoría. La autoría formal básica/normal, que alude a quien realiza la conducta y señala expresamente que debe de "existir un control sobre el autor inmediato basado en una voluntad de conocimiento superior". Y la forma especial, referida a la autoría mediata, es decir, donde alguien domina al autor material, "ese dominio tiene lugar mediante una estructura organizada de poder"[49]. En la teoría del profesor Ambos, se consignan unos requisitos para la configuración de la teoría mediata por dominio de la organización:

> (a) Poder de mando/estructura jerárquica. Es decir, el autor posee el dominio sobre una organización estructurada de modo jerárquico y vertical. Los autores mediatos pertenecen generalmente al nivel superior estratégico. (b) Fungibilidad del autor material. La fungibilidad del autor material (ejecutor) hace referencia a la existencia de una diversidad de autores potenciales (ejecutores intercambiables), en el sentido de una fungibilidad abstracta. (c) Apartamiento o desvinculación del derecho. Es decir, la organización se encuentra apartada del ordenamiento jurídico nacional o internacional, esto es, que actúa al margen de éste. (d) Predisposición al hecho. De conformidad con este requisito, el autor dejaría de actuar como ente individual y pasaría a ser parte de un todo estratégico, operativo e ideológico, que integra la organización jerárquica[50].

47 Ídem.

48 Kai Ambos, *La parte general del derecho penal internacional*. Bases para una elaboración dogmática, 74 (Ezequiel Malarino trad., Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2005).

49 Kai Ambos y Miguel Ontiveros, Autoría y participación: guía básica. Informe para el Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho, 4 (GIZ México, 2018).

50 *Ibidem*, 5.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En la coautoría como modalidad de la autoría, el profesor Ambos la describe en los siguientes términos:

> Intervención de varias personas (en coautoría) tiene lugar una imputación mutua de las aportaciones de cada uno, si estas están funcionalmente vinculadas en razón de una meta común y/o plan común del hecho o de otro modo (doctrina del "*common design*"). Esta imputación mutua entra en consideración también en el caso de una vinculación de los autores individuales en el marco de un contexto de organización. (...) La interpretación extensiva de la intervención punible conduce a extensiones de la responsabilidad desde el punto de vista temporal y espacial. Si, por ejemplo, no se considera necesaria la presencia física en el lugar del hecho, entonces también una conducta alejada del lugar puede fundamentar la imputación. Lo mismo vale desde el punto de vista temporal, dado que también acciones realizadas antes o después del hecho pueden fundamentar una imputación[51].

Ahora bien, desde las teorías ya expuestas, ambos doctrinantes centran su estudio de la teoría mediata como un dominio por organización, en la cual nos plantea un "desplazamiento vertical" desde el autor mediato hasta el autor material o instrumento[52]. Con estos elementos es viable desde la estructura del grupo armado FARC[53], se pueden denominar como una estructura organizada de poder, entre ellos existía una jerarquía, y su superior estratégico estaba configurado por el comando general (secretariado y jefes de bloques), además se constituían como un grupo que se apartaba del ordenamiento interno.

Uno de los temas álgidos en el debate jurídico-político de los últimos años en Colombia es cómo abordar el derecho a la participación política de los exmiembros de los grupos subversivos y de la obligación del Estado de investigar, juzgar, y sancionar crímenes graves en cumplimiento de sus obligaciones estatales internacionales. Por un lado están los que defienden que prima el derecho a la participación política, y por otro lado, están quienes defienden la aplicación de la justicia como medio de impedir la impunidad por la comisión de estos delitos. En este último aspecto se debe distinguir entre los delitos de menor impacto social y aquellos más graves denominados crímenes de guerra y de lesa humanidad. Respecto de los primeros se puede sostener que hay unanimidad en cuanto que pueden ser de aplicación de las amnistías tal como se expresó arriba.

51 Kai Ambos, *op. cit.,* 77.
52 *Ibidem*, 78.
53 Estatuto de las FARC-EP, artículo 3.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Pero respecto a los máximos dirigentes de la organización política levantada en armas se presentan diferentes posturas. Para el profesor Nino se presenta la imposibilidad total o parcial de un castigo justo y que puede deberse a diferentes factores: "1. Las consecuencias de intentar sancionar a todos o algunos de los responsables de violaciones a los derechos humanos pueden ser peligrosas para la estabilidad del régimen democrático, y en último término para la preservación de esos mismos derechos humanos en el futuro..."[54]. Esto quiere decir, que el profesor Nino prefiere una salida político-jurídica y de carácter pragmático, dado que nadie entablaría un proceso de paz a sabiendas que tendría que soportar una larga condena (privación de la libertad).

Al existir un proceso de negociación se reconoce que las partes no se identifican como triunfador y como vencedor sino en condiciones de igualdad política; que además en el evento de imponer sanciones penales, estas deben realizarse para ambas partes y no para una de ellas (pues está además la incertidumbre de cuál derecho penal se aplicaría: ¿el del Estado o el del grupo levantado en armas o ambos?). Por último, está la advertencia que de no hacerse el acuerdo de paz, los derechos humanos futuros estarían en un altísimo riesgo de no poder ser salvaguardados y protegidos efectivamente.

Así, bajo el lema "a la justicia se le responde con justicia y a la injusticia con justicia" en materia de responsabilidad penal para los jefes o dirigentes ilegales (subversivos), el profesor Nino plantea "la posibilidad de castigar algunos de todos los abusos pasados podría ser imposible por falta de evidencia apropiada para condenar de manera justa a personas específicas, es decir, sin riesgos serios de cometer graves injusticias"[55]. De seguir esa lógica podríamos terminar en actos de venganza y no de justicia. Se debe recordar que en no pocos casos la subversión (FARC) demostró más audacia, inteligencia y efectividad que el mismo Estado.

En una lectura similar, el jurista italiano Luigi Ferrajoli, pone el acento en la necesidad expresa de cualquier acuerdo de paz en la reconstrucción de la verdad y, con esta, del juzgamiento especial a cada uno de los actores del conflicto armado, sin exceptuar a las fuerzas militares, en la medida que estas también pueden tener parte fundamental como actores de crímenes de lesa humanidad, que exigen de la reconstrucción de una memoria histórica que permita el ejercicio común de reconciliación y resarcimiento a las víctimas directas del conflicto armado, y no solo a una porción de estas, afectadas directamente por los grupos al margen de la ley.

Tiene que consistir [la justicia transicional], si aceptamos lo dicho hasta ahora sobre la paz como valor político supremo, prejudicial a cualquier otro, en un tipo de justicia dirigida a una obvia finalidad: el cese de la guerra interna y

54 Carlos Nino. Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?, 344 (Siglo veintiuno, 2015).
55 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

la pacificación entre todos los diferentes combatientes, sobre la base de una efectiva reconciliación nacional que no deje sobre el terreno odios, rencores, sentido de la injusticia padecida, deseos de venganza y por tanto el peligro de una reapertura de la guerra. Tiene que además concernir a todas las partes de un conflicto que ha durado, en Colombia, más de cincuenta años: las formaciones guerrilleras, las organizaciones paramilitares, aquellas neo-paramilitares de los "grupos emergentes" y sectores, en fin, del mismo Ejército regular. Es evidente que este tipo de justicia alternativa, que tiene como fin la transición a la paz, no puede ser, como ya he dicho, la justicia ordinaria[56].

Otro grave riesgo que se puede presentar ocurre cuando no existe unanimidad legislativa al momento de aplicar el juzgamiento, tal como ocurrió con los juicios de Nuremberg en donde se recurrió a dudosas leyes preexistentes[57]. Al respecto se debe recordar que las FARC existen en la historia de Colombia desde 1964 (y para otros desde 1948). Por ejemplo, se pretendía aplicar el Estatuto de Roma[58] que nació en el año 1998, fue adoptado por Colombia en 2002 pero se hizo reserva de aplicación hasta el año 2009. Siendo así, ¿desde el principio de legalidad de la conducta, tendríamos que desconocer esos hechos que ocurrieron antes de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma?

Este dilema, entre participación en política y castigo penal fue abordado por la Corte Constitucional cuando declaró la exequibilidad del Acto Legislativo 03 de 2017 "por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorporación política del Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera". Así, la Corte Constitucional recurrió al denominado régimen de condicionalidades para sostener que la prisión no es el único medio de aplicar una pena en el sistema penal colombiano; que al contrario puede darse de diversas maneras y medidas tales como la multa, la inhabilitación para el ejercicio de actividades públicas y privadas, extinción de dominio, libertad condicional, restricción al derecho de libre locomoción entre otras[59]. La Corte sostiene que los alzados en armas y quienes incurrieron en delitos graves como crímenes de guerra y de lesa humanidad pueden participar en política, pero sujetándose también al régimen de condicionalidades, tal como lo expresa la Corte:

> Esta sujeción de la reincorporación a la vida pública al sistema de condicionalidades implica, entre otras cosas, lo siguiente: (i) que las personas que no contribuyan a la consecución de los objetivos del sistema

56 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, 149.
57 Carlos Nino, *op. cit.*, 345.
58 Aprobado por la Ley 742 de 2002, entró en vigencia el 1 de noviembre de 2002 para crímenes de lesa humanidad y el 1 de noviembre del 2009 para crímenes de guerra
59 Corte Constitucional, Sentencia C 027, *op. cit.*

integral de verdad, justicia, reparación y no repetición no pueden acceder a la habilitación prevista en el artículo transitorio 20; (ii) que las personas que habiendo accedido a la habilitación prevista en el artículo transitorio 20[60], pueden perderla si incumplen las condiciones del sistema, según calificación que haga la Jurisdicción Especial para la Paz; (iii) que las personas a las que se les impongan las sanciones ordinarias previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017, no podrán ser destinatarias de la habilitación prevista en el artículo transitorio 20, puesto que, precisamente, este tipo de sanciones proceden cuando las personas que cometieron delitos en el marco del conflicto, no hicieron los aportes requeridos al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, para acceder a los beneficios y tratamientos penales especiales; (iv) que aunque la habilitación para participar en política y para ejercer los demás derechos de participación política en principio comprende a las personas que han sido sancionadas por la justicia ordinaria, por vía de la suspensión de la condena prevista en el parágrafo del artículo transitorio 20, dicha suspensión de inhabilidades también se encuentra condicionada al cumplimiento progresivo y de buena fe de las obligaciones previstas en el Acto Legislativo 01 de 2017; (v) que en el caso específico de los miembros de las FARC, para efectos de la inscripción de sus candidatos, corresponderá al Alto Comisionado para la Paz certificar acerca de la pertenencia de las FARC, y al Secretario Ejecutivo de la JEP, sobre el compromiso de sometimiento al sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición; asimismo, las demás obligaciones propias del sistema de condicionalidades se cumplirán de manera progresiva, según el diseño y el momento de entrada en funcionamiento de los diferentes componentes del modelo; (vi) que corresponde a la. JEP verificar el cumplimiento del sistema de condicionalidades, así como levantar las medidas de suspensión de las condenas, en caso de incumplimiento.

Desde esta perspectiva, el artículo transitorio 20, así entendido e interpretado, preserva la exigencia de la Sentencia C-577 de 2014 de garantizar la efectividad de las penas en los procesos de reincorporación a la vida política. En este caso,

60 Acto Legislativo 01 de 2017, Capítulo VI: Participación en Política. Artículo transitorio 20. Participación en política. La imposición de cualquier sanción en la JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política.
PARÁGRAFO. Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia.

teniendo en cuenta la especial naturaleza de las sanciones que se imponen en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz, será dicha instancia la que determine en cado caso la viabilidad de la reincorporación y el cumplimiento simultáneo de la pena, a la luz del principio general de efectividad de las mismas.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional avala la participación en política para los máximos responsables de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) a pesar de la comisión de delitos graves tales como crímenes de guerra y de lesa humanidad, y en el entendido de que se sometan a las condicionalidades enunciadas y vigiladas por el Estado en el ejercicio de sus funciones originarias. Esto quiere decir que la Corte Constitucional acogió, fundamentó y prefirió la paz como valor, como derecho fundamental y como realidad social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alfredo Torres Argüelles, Repensando las amnistías en procesos transicionales (Universidad Externado de Colombia, 2015).

Carlos Nino, Juicio al mal absoluto: ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos? (Siglo veintiuno, 2015).

Claus Roxin, *Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización*, en Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania (Kai Ambos y María Laura Bohm comps., Temis, 2012).

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.

Colombia. Congreso de la República. (2000). Ley 599.

Colombia. Congreso de la República. (2016). Ley 1820.

Colombia. Corte Constitucional. (1992). Sentencia T 406. M. P. Ciro Angarita Barón.

Colombia. Corte Constitucional. (1995). Sentencia C 009. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Colombia. Corte Constitucional. (2002). Sentencia C 695. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia. Corte Constitucional. (2014). Sentencia C 577. M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 007. M. P. Diana Fajardo Rivera.

Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 018. M. P. Alejandro Linares Cantillo

Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 027. M. P. José Fernando Reyes Cuartas

Colombia. Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 080. M. P. Antonio José

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Lizarazo Ocampo.

David Rieff y Roy Gutman, Crímenes de guerra: lo que debemos saber (Debate, 2010).

Hernando Valencia Villa, Diccionario Espasa. Derechos humanos (Planeta Colombiana, 2003).

Jaime Sandoval Fernández y Donaldo Danilo Del Villar Delgado, Responsabilidad penal y detención preventiva. El proceso penal en Colombia. Ley 906 de 2004 (Universidad del Norte, 2013).

John Fernando Restrepo Tamayo y Gabriel Alberto Ruiz Romero, *El Estado soberano y sus límites: lectura en clave liberal de la teoría estatal en Thomas Hobbes*, 50 Diálogos de saberes, 129-142 (2019).

John Fernando Restrepo Tamayo, Estructura Constitucional del Estado colombiano (Universidad de Medellín, 2018).

Kai Ambos y Miguel Ontiveros, Autoría y participación: guía básica. Informe para el Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho (GIZ México, 2018).

Kai Ambos, La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática (Ezequiel Malarino trad., Duncker & Humblot-Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2005).

Kevin Alexander Jaramillo Castrillón y Rodrigo Antonio Rodríguez Palacio, *Los Derechos Humanos y el valor supremo de la paz como presupuestos del reconocimiento democrático: una reflexión para la Colombia del posconflicto*, 14 Ciencias Sociales y Educación, 165-186 (2018).

Luigi Ferrajoli, *La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna*, 10 Revista Crítica Penal y Poder, 146-161 (2016).

Marc Chernick, *Las FARC y los diálogos de paz: de Marquetalia hasta el gobierno de Uribe*, en La construcción de la paz en tiempos de Guerra, 97-134 (Virginia M. Bouvier comp., Editorial Universidad del Rosario, 2014).

Miguel Barreto Henriques *et al.*, Experiencias Internacionales de Paz: Lecciones Aprendidas Para Colombia (Miguel Barreto Henriques comp., Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2016).

Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia. (2016). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá.

Pietro Verri, Diccionario de Derecho Internacional de los conflictos armados (Mauricio Duque Ortiz y Reneé Cabrera Ortiz trads., Comité Internacional de la Cruz Roja, 2010).

Rodrigo Uprimny Yepes, Penas, paz, y participación política, (Nov. 12, 2012), https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/penas-paz-y-participacion-politica/.

Roland Paris y Timothy D. Sisk, Gestionar contradicciones: los dilemas inherentes a la construcción posbélica del Estado (International Peace Academy, 2011).

ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA AL SERVICIO MILITAR: UN PARALELO CON EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

INTERNATIONAL STANDARDS ON CONSCIENTIOUS OBJECTION TO MILITARY SERVICE: A PARALLEL WITH THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2022

Iván Darío ZULUAGA PIMIENTA*

Resumen

La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en Colombia no fue enlistada como derecho fundamental en el texto original de la Constitución Política de 1991. Durante cerca de dos décadas, el Tribunal Constitucional de Colombia negó su existencia dentro del orden jurídico, hasta el año 2009. En el ámbito internacional, diferentes organismos multilaterales y de protección de derechos humanos concebían la misma y la garantizaban, frente a los Estados responsables de su violación. El propósito de este trabajo, es exponer los estándares internacionales de estos organismos para el reconocimiento y aplicación de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, comparándolos con los pronunciamientos recientes del Tribunal Constitucional de Colombia.

Palabras clave: La objeción de conciencia, servicio militar obligatorio, derecho fundamental, protección de derechos humanos, estándares internacionales.

Abstract

Conscientious objection to compulsory military service in Colombia was not listed as a fundamental right in the original text of the Political Constitution of 1991. For nearly two decades, the Constitutional Court of Colombia denied its existence within the legal order, until 2009. At the international level, different multilateral and human rights protection organizations conceived the same and guaranteed it, against the States responsible for its violation. The purpose of this work is to expose the international standards of these organizations for the recognition and application of conscientious objection to compulsory military service, comparing them with the recent pronouncements of the Constitutional Court of Colombia.

Keywords: Conscientious objection, compulsory military service, fundamental right, protection of human rights, international standardson.

* Abogado de la Universidad de Medellín. Magíster en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la especialización en derecho administrativo de la Universidad de Medellín. ivandariozuluagap@hotmail.com

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Desarrollo normativo de la objeción de conciencia en el Derecho internacional. III. Jurisprudencia internacional. IV. Evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Con el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) y los regímenes totalitarios en Alemania e Italia, la libertad de conciencia era necesaria como forma legítima de desobediencia civil, ante la existencia de sistemas políticos que conminaban a los ciudadanos a tomar las armas para obligarlos a cometer crímenes contra su conciencia. Tales crímenes fueron cometidos a escala mundial por efectivos militares y civiles que no podían resistirse a la prestación del servicio castrense, porque podían sufrir privación de su libertad o incluso podían llegar a ser condenados a la pena capital.

La violencia bélica fue instrumentalizada por los Estados para defender sus intereses geopolíticos, necesitándose así la objeción de conciencia, concebida como mecanismo para proteger valores individuales frente a los Estados que obligan a involucrarse con actividades militares y contrariando convicciones morales afianzadas. Tales convicciones comienzan a protegerse mediante tratados internacionales que empezaron a estructurar las características y funcionalidades propias del derecho a la objeción de conciencia, como garantía de reconocimiento de la libertad de pensamiento y el desarrollo de la personalidad.

En este ámbito teórico, se expone el eje de análisis del desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido la objeción de conciencia en el marco de dos organismos multilaterales de derechos humanos, estableciendo los estándares internacionales que rigen dicha garantía realizándose un paralelo con la incorporación de los mismos y desarrollo de la jurisprudencia constitucional nacional, tal como lo exige el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia[1].

1 Artículo 93 Superior. "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

II. DESARROLLO NORMATIVO DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[2] le concedió una verdadera relevancia jurídica a la libertad de conciencia, bajo el entendido de que se trataba de un derecho humano asociado a las convicciones más íntimas y profundas de las personas y que, por lo tanto, debía ser salvaguardado y protegido por los ordenamientos jurídicos y los Estados. Mediante el artículo 18 de la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia".

Es importante llamar la atención sobre el hecho que, en el artículo 18 de la Carta de la ONU, no se menciona explícitamente el derecho a la objeción de conciencia, sino que se lo interpreta como un derecho derivado de la libertad de conciencia, que solo encuentra concreción cuando puede ser alegado para oponerse a una acción estatal que contraríe los dictados de la conciencia.

La objeción de conciencia usualmente no implica una afectación de los derechos de los demás, pues constituye una norma de carácter autónomo que el individuo se otorga a sí mismo, sin que pueda ser vinculante frente a las acciones de las otras personas. Por el carácter individual de la objeción de conciencia, la persona no pretende la derogación de la norma, sino que solo pretende su inaplicación en su caso concreto. Sin embargo, a pesar de que la libertad de conciencia tiene una titularidad individual, es posible que su ejercicio pueda eventualmente contrariar los derechos de terceras personas o vulnerar el cumplimiento de unos determinados fines estatales. Por ello, tal como lo estableció alguna vez John Rawls, restringir la libertad de conciencia en los márgenes del interés estatal en el orden público es un límite derivado del principio del interés común, esto es, el interés del ciudadano igual representativo. El derecho del gobierno a mantener el orden y la seguridad pública es un derecho que el gobierno ha de tener si ha de cumplir con su deber de asegurar imparcialmente las condiciones para que todos logren sus propios intereses sujetándose a las obligaciones correspondientes[3].

De ese modo, a nivel internacional, se establece una serie de restricciones al ejercicio de la libertad de conciencia, encaminadas a garantizar que su ejercicio no sea obstaculizado arbitrariamente por el Estado, teniendo en cuenta unos

2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra incorporada directamente a la Constitución Política de Colombia de 1991.

3 John Rawls, Teoría de la Justicia, 195 (María Dolores González trad., Fondo de Cultura Económica, 1995).

límites sustanciales que permitan su ejercicio en condiciones de igualdad, para todos los integrantes de la sociedad.

La Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 33/165, emitida en 1978, fijó el primer precedente sobre objeción de conciencia en situaciones de conflicto militar, después de considerar el *Apartheid* como un crimen contra la humanidad. Se señaló que todas las personas tenían derecho a negarse a prestar sus servicios a las fuerzas militares y policiales que apoyaran ese régimen. En igual sentido, la ONU exhortó a cada uno de sus Estados miembros para que concedieran asilo o tránsito seguro a las personas que fueran obligadas a salir de su país, siempre que se tratase de razones de conciencia que les impidiera participar o colaborar con los efectivos militares surafricanos para imponer el Apartheid.

Sería el Comité de Derechos Humanos de la ONU - CCPR (1993), mediante la Observación General 22, quien estableció por primera vez las características que estructuran el derecho a la objeción de conciencia y sus particularidades frente al servicio militar obligatorio[4]. Para el Comité, el derecho a la objeción de conciencia puede derivarse del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "en la medida en que la obligación de utilizar la fuerza mortífera puede entrar en grave conflicto con la libertad de conciencia" (artículo 18). En igual sentido, se establece que la objeción de conciencia no puede ser objeto de suspensión en situaciones excepcionales (como estados de guerra, conmoción o emergencia). Asimismo, se señala que la objeción se puede predicar de cualquier tipo de convicción, y se rechaza la discriminación contra cualquier postura filosófica o ética que pueda ser objeto de hostilidades o agresiones por parte de grupos mayoritarios o predominantes. De la misma forma, se consagra que la libertad de conciencia se encuentra protegida incondicionalmente y que, por ese motivo, cada persona puede expresar sus opiniones y convicciones sin sufrir injerencias. También se indica que nadie está obligado a revelar sus creencias y que, además, no se puede impedir el ejercicio de la objeción de conciencia mediante "el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza o de sanciones penales para obligar a creyentes o no creyentes a aceptar las creencias de quienes aplican tales medidas o a incorporarse a sus congregaciones, a renunciar a sus propias creencias o a convertirse" (artículo 18). Tampoco pueden aceptarse prácticas o políticas que impidan el ejercicio de la objeción, mediante restricciones para acceder a la educación, a la asistencia médica, al empleo o los derechos garantizados por el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, sí se permite la

4 Según la Corte Constitucional en Sentencia SU-378 de 2014 "las observaciones que emita el Comité de Derechos Humanos de la ONU deben observarse y ejecutarse por el Estado parte de buena fe, en la medida que éste reconoció la competencia de dicho órgano para determinar si ha habido o no, violación del Pacto, y en virtud de los deberes de protección que impone la Constitución."

limitación de la libertad de conciencia cuando la difusión de la creencia pueda suponer "propaganda en favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia" (artículo 18).

Por último, se hace referencia a que, en diferentes Estados del mundo, se han aprobado legislaciones para exonerar a los objetores de conciencia de la prestación del servicio castrense, sustituyéndolo por un servicio nacional alternativo.

A continuación, en el siguiente un cuadro temático se sintetizan las principales libertades en materia de objeción conciencia, conforme a las convenciones e instrumentos supranacionales:

Instrumentos internacionales de Derechos Humanos	**Libertades genéricas**
Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Artículo 18)	Libertad de conciencia a toda persona sin importar el sexo, raza, o condición socio-económica. Libertad de escoger o cambiar las convicciones. Libertad de promulgar las convicciones en público y en privado.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Artículo 18)	Libertad de conciencia a toda persona sin importar el sexo, raza, o condición socio-económica. Libertad de tener o no tener una convicción. Libertad de cambiar las creencias o convicciones. Libertad de promulgar las convicciones en público y en privado mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza. Protección contra medios coercitivos o forzosos que sean aptos para vulnerar la libertad de conciencia. Restricción de la libertad de conciencia únicamente por ley. Limitación a la libertad de conciencia por razones de seguridad, salud, orden y moral pública o por afectación de los derechos y libertades de los demás.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Artículo 12)	Libertad de conciencia a toda persona sin importar el sexo, raza o condición socio-económica. Libertad de cambiar o conservar las convicciones. Libertad de profesar y divulgar las convicciones, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Protección contra medidas restrictivas (forzosas o no forzosas) que menoscaben la libertad de conservar o cambiar de convicciones. Restricción de la libertad de conciencia únicamente por ley. Limitación a la libertad de conciencia por razones de seguridad, salud, orden y moral pública o por afectación de los derechos y libertades de los demás.
Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981 (Artículos 1, 6, 30)	Libertad de conciencia a toda persona sin importar el sexo, raza, o condición socio-económica. Libertad de tener no una convicción. Libertad de manifestar la convicción individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante la observancia, la práctica y la enseñanza. Protección contra medios de coacción (estatales) que menoscaben la libertad de conciencia. Restricción de la libertad de conciencia únicamente por ley. Limitación a la libertad de conciencia siempre y cuando sea necesario en el marco de una sociedad tolerante, respetuosa de las libertades y de los derechos humanos y por razones de seguridad, salud, orden y moral pública o por afectación de los derechos y libertades de los demás. Libertad de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas. Libertad de utilizar los materiales necesarios para las costumbres o hábitos de una convicción. Libertad de escribir, publicar y difundir publicaciones sobre las convicciones personales. Libertad de solicitar o recibir contribuciones financieras. Libertad de capacitar y elegir por sucesión los dirigentes relacionados con la difusión de las convicciones. Libertad de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una convicción.

Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU 1989/59	La adopción de leyes y mecanismos destinados a eximir del servicio militar por razones de conciencia. La autenticidad de las creencias o convicciones como parámetro para validar la objeción de conciencia. La obligación de establecer un servicio nacional sustitutivo de carácter civil, no combatiente y no punitivo. La prohibición de la pena de encarcelamiento para los objetores de conciencia. La inclusión de órganos colegiados independientes e imparciales, para analizar las solicitudes de objeción de conciencia.
Observación General N°22 del Comité de Derechos Humanos de la ONU	Imposibilidad de suspender la objeción de conciencia en estados de guerra o de emergencia. Validez de la objeción de conciencia por razones religiosas, morales, filosóficas y humanísticas. Protección contra grupos mayoritarios o predominantes. Prohibición de sanciones penales para castigar a los objetores. Prohibición de revelar las convicciones de los objetores.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

III. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU

El Comité de Derechos Humanos de la ONU – CCPR, en 1993, profirió su primer pronunciamiento jurisprudencial en *"Brinkhof vs los Países Bajos"*. El señor Henricus Antonius Godefriedus María Brinkhof, alegó el desconocimiento de su derecho a la objeción de conciencia como defensa contra la condena penal que le fuera impuesta por no haber aceptado realizar el servicio militar, ni el servicio público sustitutivo, en virtud de sus convicciones pacifistas. El Comité estableció que dentro de la legislación de los Países Bajos existía una discriminación frente al trato que se le otorgaba a las personas por sus convicciones, frente a otras creencias que se eximían del servicio militar obligatorio. Según ese organismo internacional, cuando un Estado reconoce el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar no puede establecer diferencias por el tipo de convicciones que aleguen los objetores. Por esa razón se consideró que exonerar a un solo grupo y aplicar la norma de reclutamiento a todos los demás no era razonable. Al final se sugirió que el Estado parte debía dar el mismo trato a todas las personas que albergaran objeciones frente al servicio militar obligatorio.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Igualmente, en 1996 el Comité de Derechos Humanos de la ONU-CCPR resolvió el caso *"Westerman v. los Países Bajos"*, en el cual le fue negada la condición de objetor de conciencia al señor Paul Westerman, quien se negó a vestir uniforme y aceptar órdenes militares, siendo condenado a nueve meses de prisión, violándose el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque el Comité reconoció en su dictamen el derecho a la objeción de conciencia como derecho fundamental universal, en el caso concreto no se presentó una violación al artículo 18 del Pacto, ya que el Consejo de Estado Neerlandés, como entidad imparcial e independiente del Gobierno, había determinado que la objeción de conciencia no era incompatible con la prestación del servicio castrense. Además, se pudo evidenciar que en los Países Bajos existía una ley de servicio militar que consagraba la objeción de conciencia en el evento en que el objetor tuviese la necesidad de hacer uso de medios violentos durante su estadía en el ejército. Sin embargo, como una instancia neutral valoró la situación del objetor y consideró que no existía incompatibilidad entre su convicción y su incorporación a las filas militares, no se ordenó la cesación del reclutamiento.

De la misma forma, el Comité de Derechos Humanos de la ONU resolvió el caso "Foin vs Francia" en 1995, en el que no se reconoció la calidad de objetor de conciencia al servicio militar al señor Frédéric Foin, quien abandonó al cabo de un año un servicio civil sustitutivo, invocando el carácter discriminatorio de las normas que regulaban el servicio civil en Francia. En ese país, los objetores de conciencia reconocidos tenían el deber de cumplir un servicio nacional civil por un período de dos años, mientras el servicio militar solo debía ser garantizado por un año. En este caso, el Comité reconoció que si bien en la práctica los Estados podían establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutivo, esas diferencias debían realizarse bajo criterios razonables y objetivos, como por ejemplo la naturaleza del servicio o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el caso del señor Frédéric Foin nunca llegaron a esclarecerse los criterios a partir de los cuales se establecía la distinción en tiempos de servicio y solo se mencionaron razones genéricas y abstractas dirigidas a demostrar que la desproporción del tiempo del servicio obedecía a una estrategia gubernamental para poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. Ello evidenció el fin de obstaculizar o dificultar el ejercicio de la objeción de conciencia, al prolongar el tiempo del servicio civil para desincentivar a los objetores. Se consideró que en el caso del señor Frédéric Foin se había configurado una violación al artículo 18 del Pacto.

Posteriormente, el Comité resolvió en 2006 el caso *"Yeo-Bum Yoon y Mr. Myung-Jin Choi vs la República de Corea"*, quienes eran dos objetores de conciencia al servicio militar obligatorio que se negaron a realizar el servicio militar basados en sus convicciones, siendo condenados a prisión por un año y medio. El Comité estableció, con fundamento en una interpretación evolutiva del contenido del

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

artículo 18 del Pacto y con base en el principio de desarrollo progresivo, que si un Estado no permitía la objeción de conciencia tenía que demostrar las desventajas específicas que podían derivarse si dentro de su ordenamiento interno se incorporaba esa posibilidad. Según el Comité, los Estados deben procurar respetar las convicciones de las personas como un factor importante para el pluralismo estable y cohesivo en la sociedad.

Para el organismo internacional la negativa de los autores resultaba totalmente genuina y pudo evidenciar que en la legislación de la República de Corea no se prevén procedimientos para reconocer las objeciones de conciencia al servicio militar. Por esa razón se le sugirió a ese Estado idear alternativas al servicio militar obligatorio que no necesariamente contraríen el principio básico del reclutamiento universal, pero permitan ofrecer un beneficio social equivalente, eliminando toda clase de tratos discriminatorios entre quienes optan por el servicio militar y quienes eligen el servicio alternativo. El Comité señaló además que, aunque la libertad de conciencia puede ser limitada por prescripciones legales, eso no implica que los Estados puedan condicionar su existencia. También indicó que la República de Corea debía realizar actuaciones concretas para garantizar el ejercicio de la objeción, pues no bastaba con la intención de tomar medidas futuras para la protección del derecho, sino que se requerían mecanismos concretos para garantizar su ejercicio. Finalmente, en la decisión se llega a la conclusión de que la República de Corea desconoció el derecho a la objeción de conciencia, por lo tanto, debía reconocerles una indemnización, además de evitar que se cometieran violaciones semejantes en el futuro.

Asimismo, en 2010 el Comité de Derechos Humanos de la ONU analizó el caso de *"Eu-Min Jung y otros vs la República de Corea"*, en el cual examinó la situación de once personas que habían sido condenadas a un año y medio de prisión por resistirse a prestar el servicio castrense. Los afectados alegaron que en su país de origen no existía un servicio alternativo al servicio militar, respondiendo el Estado coreano las mismas argumentaciones que sostuvo frente a los objetores Yoon y Choi, y esgrimió razones como la seguridad nacional, la cohesión social y la falta de consenso nacional para limitar la objeción de conciencia. En esta oportunidad se consideró que el Estado no pudo demostrar que las restricciones al ejercicio de la objeción de conciencia fuesen necesarias (criterio de necesidad) para cumplir las finalidades establecidas en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese orden de ideas, se determinó que se había presentado una violación a la objeción de conciencia como derecho derivado, y que en consecuencia las víctimas debían ser indemnizadas y el Estado debía garantizar la no repetición de estas actuaciones en el futuro.

En el año 2011 se registró otro caso, denominado *"Jeong y otros vs la República de Corea"*, en el que se describió la situación de cien ciudadanos de ese país que

entre los años 2005 y 2007 fueron procesados y condenados a penas de prisión por evitar la prestación del servicio militar por razones de conciencia. El Comité decidió condenar a ese país a reconocer una indemnización a las personas violentadas por la manifestación de sus razones de conciencia, en tanto "el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar es inherente al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Otorga a cualquier persona el derecho a una exención del servicio militar obligatorio si no se puede conciliar ese servicio con la religión o las creencias de la persona".

En el año 2012, el Comité expidió un último dictamen sobre presuntas violaciones al ejercicio de la libertad de conciencia, denominado caso *"Atasoy y Sarkut vs Turquía"* cuando a dos objetores turcos se les había rechazado la petición de oponerse al servicio militar por razones de conciencia, porque según el artículo 1 de la ley de servicio militar vigente en Turquía nadie puede quedar exento de la prestación del servicio militar. El Comité reiteró en este fallo varios criterios, que es importante reseñar: (i) los Estados deben compatibilizar el servicio castrense con convicciones de las personas o de lo contrario quedan exentas del servicio; (ii) los Estados pueden desarrollar un servicio civil alternativo que no esté sujeto al mando militar; (iii) el servicio civil en ningún caso puede tener carácter punitivo, pues debe ser reflejo de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos que rigen la materia. Tampoco es válida ninguna represión por la negativa a prestar el servicio militar y, (iv) el Estado tiene la carga de probar que las convicciones no son auténticas o no se profesan en la realidad, pues si no lo hace se reputa que el ejercicio de la objeción de conciencia se realizó válidamente.

En este contexto, tras haber analizado los anteriores pronunciamientos, es posible establecer las bases jurídicas para la caracterización y desarrollo internacional del derecho a la objeción de conciencia, conforme a la evolución progresista que estos instrumentos internacionales le han conferido a este derecho. Según la Corte Constitucional de Colombia, "los dictámenes proferidos por los organismos internacionales deben ser analizados por las autoridades internas con el fin de adoptar las medidas orientadas a corregir las actuaciones que dan lugar a las recomendaciones"[5].

2. Estándares del Comité de Derechos Humanos de la ONU

De acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, es posible identificar los siguientes estándares de derechos humanos, entendidos como requisitos o características propias y previas que los Estados

5 Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia T-385 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

deben garantizar para asegurar la protección efectiva al derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio.

a) Estándar de no discriminación

Para el Comité de Derechos Humanos no puede haber discriminación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus convicciones particulares, pues este derecho no puede condicionarse a la pertenencia a un credo o una convicción en específico. En igual sentido, no puede haber exclusión alguna en relación con ningún derecho económico, social, cultural, civil o político, por no haber realizado el servicio militar o por haber efectuado el servicio civil sustitutivo. Tampoco se permite que existan desigualdades infundadas entre las personas que prestan el servicio militar obligatorio y quienes prestan el servicio civil alternativo, con el objetivo de asegurar términos y condiciones equiparables y proporcionales.

b) Estándar de evaluación imparcial e independiente a los objetores

El estándar de evaluación imparcial e independiente a los objetores es una garantía que se le debe asegurar al objetor, para que un tribunal o un organismo no perteneciente a la autoridad castrense, ni relacionada con el objetor mismo, decida de forma objetiva la solicitud de objeción frente al servicio militar obligatorio. La imparcialidad implica que el análisis de la objeción debe ser efectuado por un órgano que no tenga afinidad previa con los intereses del objetor ni relación con las autoridades de reclutamiento, mientras la independencia significa que no puede existir ningún grado de subordinación jerárquica o funcional, entre el órgano decisorio y las autoridades militares.

c) Estándar de concesión de un servicio alternativo

Mediante el parámetro concesión de un servicio alternativo se busca conciliar la necesidad de establecer un servicio para beneficio de la sociedad con las convicciones que profesa cada persona en su cotidianidad. Este servicio debe reunir las siguientes características: (i) civil: no sujeto a la autoridad castrense; (ii) no punitivo: que no represente un castigo por la reticencia al servicio militar obligatorio y, (iii) debe ser equiparable en términos de duración al servicio castrense, salvo que existan criterios razonables y objetivos perfectamente demostrables como la naturaleza del servicio social, o la necesidad de una formación especial para prestarlo, que impongan esa diferenciación.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

d) Estándar de presunción de la autenticidad de la objeción

El estándar de presunción de la autenticidad de la objeción se traduce en que es el Estado quien debe demostrar que la creencia o la convicción manifestada por el objetor para oponerse al servicio castrense no guarda correlación con lo que realmente cree, es decir, con su forma de percibir y vivir el mundo. El Estado debe acreditar que se trata de convicciones falsas, acomodaticias o estratégicas, con la intención subrepticia de eludir los deberes jurídicos.

e) Estándar de prohibición de imponer castigos al objetor por la negativa al servicio castrense

Se señaló que los Estados, debían abstenerse de fijar a los objetores sanciones privativas de la libertad, penas capitales y castigos reiterados, encaminados a reprimir sus convicciones o creencias, para efectos de disuadirlos a la prestación del servicio militar obligatorio. Tal es el sentido del estándar de prohibición de imponer castigos al objetor por la negativa al servicio castrense.

f) Estándar de necesidad y limitación legal

El parámetro de necesidad y limitación legal implica que solo una ley en sentido positivo y adoptada por el Legislador del Estado bajo necesidades de orden, salud, seguridad y moralidad, y para evitar la afectación de los derechos y libertades de los demás, puede limitar el ejercicio de la objeción de conciencia.

3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proferido múltiples pronunciamientos que hacen alusión a la protección de la libertad de conciencia, frente a situaciones que ponen en vilo las convicciones de las personas al obligarlas a actuar en contra de sus propias convicciones filosóficas, morales o humanísticas. Sin embargo, no posee fallos explícitos referidos a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.

Uno de los casos más emblemáticos es el de Olmedo Bustos y otros vs Chile, resuelto mediante la sentencia del 5 de febrero de 2001. En este evento, las víctimas alegaban que se había impuesto una censura previa a una película de su autoría denominada “La tentación de Cristo”, impuesta por la Corte Suprema de Justicia de Chile, que había negado su exhibición. Aunque la Corte Interamericana no se refirió específicamente a la objeción de conciencia al servicio militar, sí estableció unos parámetros fundamentales para su reconocimiento y su aplicación. Según ese Tribunal Internacional, “el reconocimiento de la libertad de conciencia se

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

funda en el reconocimiento mismo del ser humano como ser racional y autónomo. La protección del derecho a esta libertad es la base del pluralismo necesario para la convivencia en una sociedad democrática que, como toda sociedad, se encuentra integrada por individuos de variadas convicciones y creencias." Por esa razón, los jueces interamericanos señalaron de forma categórica que los Estados deben cumplir el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tomando las medidas necesarias y proporcionales "para que las personas que profesan públicamente sus creencias conduzcan sus ritos y lleven a cabo su proselitismo dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática."

Finalmente, hay que hacer referencia a la sentencia del 19 de noviembre de 2004, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Masacre Plan Sánchez vs Guatemala. En este evento se analizó la ejecución de 268 personas por parte de comandos militares guatemaltecos el 18 de julio de 1982, en el poblado de Plan Sánchez de ese país. Según este organismo internacional, "las víctimas de la invasión de los comandos castrenses, no pudieron realizar libremente ceremonias y ritos según su cultura maya, ya que las autoridades militares controlaban todas sus actividades".

En el fallo se pudo constatar que las víctimas no pudieron celebrar el ritual de despedida de sus familiares ejecutados en la masacre, conforme a sus costumbres y a su cosmovisión particular. Los magistrados concluyeron que "La ausencia de estos ritos funerarios causó graves sufrimientos a los familiares y a los miembros de la comunidad, y obstaculizó el proceso de duelo." De ese modo se pudo evidenciar una vulneración flagrante a la libertad de conciencia por parte de los efectivos militares guatemaltecos, que impidió la expresión libre y sin interferencia de las creencias y convicciones de los pobladores de Plan Sánchez, que habían sido objeto de graves violaciones a los derechos humanos.

4. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a) Estándar de necesidad y limitación legal

Para la Corte Interamericana deben existir unos límites razonables a la objeción de conciencia, conforme a las exigencias de una sociedad democrática y pluralista, que permite la multiplicidad de diferentes cosmovisiones dentro del conglomerado social. Conforme a la aplicación del artículo 12-3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, este organismo ha defendido la postura de que solo la ley en sentido positivo puede establecer restricciones al ejercicio de la objeción de la conciencia. Según la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

la expresión "ley" como criterio delimitador de los derechos fundamentales de las personas "no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".

b) Estándar de no discriminación

Para este Tribunal, las poblaciones tribales tienen una serie de convicciones y creencias que deben ser respetadas por los Estados, y por esa razón las autoridades militares no pueden impedir su ejercicio, pues esas percepciones espirituales y filosóficas hacen parte de la idiosincrasia de estos pueblos y en ningún caso pueden ser excluidas o discriminadas por las autoridades militares.

IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA SOBRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

La Corte Constitucional de Colombia, concebida como máximo órgano de interpretación y salvaguarda constitucional, en un primer momento no consideraba que la objeción de conciencia constituyera un derecho fundamental establecido y autónomo en la Constitución Política, en la medida en que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no lo consagró de manera expresa y en el sentido de que las leyes colombianas tampoco lo contemplaban de manera explícita.

Posteriormente, en la Corte Constitucional se empezó a materializar una tendencia jurisprudencial a través de los salvamentos de voto, que apuntaba a hacer visible el carácter de derecho fundamental de la objeción de conciencia, entendiéndola como la parte negativa que contiene el artículo 18 de la Carta y, además, señalando que en virtud del artículo 85 Superior se trata de un derecho de aplicación inmediata, que no requiere reglamentación, y que para su invocación basta su mera enunciación constitucional.

De ese modo, es posible inferir que en lo que respecta a la jurisprudencia constitucional hay una primera etapa, en la que la objeción de conciencia no fue reconocida por la Corte Constitucional, pues se consideraba que el legislador era el único que podía definir las causales de exención al servicio militar y como la objeción de conciencia no estaba contemplada en esas causales, ese derecho no podía ser alegado para evitar la prestación del servicio militar[6]. En igual sentido, se estableció que el servicio castrense representaba un deber de

6 La primera fase la componen las sentencias T-409 de 1992, T-511 de 1994, T-363 de 1995, T-561 de 1995 y C-740 de 2001.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

origen constitucional vinculado al interés público, y que por esa razón no podía ser eludido bajo ningún motivo con fundamento en la invocación de un derecho individual.

Según Rosero y Tovar, al hablar de los argumentos utilizados inicialmente para negar la objeción de conciencia alegada por los llamados a prestar el servicio militar, señalan que, en relación con la prestación del servicio militar obligatorio, en un inicio se negó por completo la posibilidad de objetarlo principalmente con base en argumentos relativos a: (i) la obligatoriedad constitucional del servicio y la existencia de exenciones taxativas de carácter legal; (ii) la falta de positivización de la objeción de conciencia en el ordenamiento colombiano y, (iii) en el argumento histórico del presunto rechazo de su inclusión en el texto constitucional por parte de la Asamblea Nacional Constituyente[7].

Con posterioridad hay una segunda fase o un segundo grupo de sentencias[8], en la que la objeción de conciencia es revalorada bajo el garantismo propio de un Estado Social de Derecho, y por esa razón la Corte Constitucional reconoce que se trata de un derecho fundamental que puede ser alegado como una causal eximente del servicio militar obligatorio. En esta fase el Alto Tribunal Constitucional reconoce que cualquier persona que evidencie unas convicciones morales, religiosas o filosóficas de ostensible peso, contrarias a la prestación del servicio, se puede exonerar de su obligatoriedad.

A continuación, se señalan los estándares que a nivel internacional rigen la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, y se analiza su progresiva inclusión dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana.

1. Estándar de no discriminación

El primer reconocimiento del principio de no discriminación puede registrarse en el salvamento de voto de la Sentencia C-740 de 2001, en el cual se reconoce que los actos de disciplina y la doctrina militar representan un conjunto de valores que, aun cuando no impliquen la realización de conductas abiertamente violentas, pueden estar en contravía de los principios morales, filosóficos y espirituales que estructuran la vida de las personas. Según el magistrado que salva el voto: "El derecho a la objeción de conciencia protege un ámbito valorativo del individuo constitutivo de su autocomprensión y de su orientación vital. Es así como para un practicante de ciertas confesiones religiosas, para un agnóstico o para un pacifista la imposición del deber de jurar la bandera, de asistir al culto religioso

7 Cristina Rosero Arteaga y Ariadna Tovar Ramírez, *La objeción de conciencia en Colombia. De la ausencia al reconocimiento como derecho*, 33 Revista de Derecho Público, 7 (2014).

8 La segunda fase la componen las sentencias C-728 de 2009, T-018 de 2012, T-357 de 2012, T-430 de 2013, T- 455 de 2014 y T-185 de 2015.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

castrense puede significar la grave afectación de concepciones de mundo que la Constitución valora y desea proteger."

En la Sentencia C-728 de 2009, se estableció que cualquier persona que cumpliera con unos parámetros subjetivos podía exonerarse de la incorporación a las filas militares. Según la Corte Constitucional, "en el caso de la objeción de conciencia no habría una exención a la obligación de prestar el servicio militar, sino un derecho subjetivo a no verse forzado a prestar un servicio -al que se estaría obligado por la ley- por consideraciones de conciencia."

En la Sentencia T-018 de 2012, la Corte Constitucional señala de forma explícita que no es necesario estar inscrito en una religión determinada, ni suscribir a un sistema filosófico, humanístico o político para que se valide la objeción de conciencia, lo que supone que su ejercicio no queda condicionado al tipo de creencia o convicción manifestada por el objetor.

También hay que agregar que en la Sentencia T-430 de 2013, la Corte Constitucional se retracta de la posición sostenida en el fallo T-363 de 1995, mediante la cual discriminaba a las personas que consideraran que el servicio militar implicaba por sí mismo una apología a la violencia. En este nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional señala que el reclutamiento obligatorio sí puede tener consecuencias desfavorables para una persona que, según los dictados de su propia conciencia, se oponga a realizar actos relacionados con la disciplina militar. En esa Sentencia, la Corte Constitucional señaló que: "en el caso del servicio militar obligatorio, la jurisprudencia ha tenido en cuenta que se trata de una obligación que impone una serie de cargas y deberes de gran envergadura para todo joven. Supone ingresar a una institución bajo estrictas reglas disciplinarias y de jerarquía. Cuando esta obligación se impone a una persona cuyas creencias profundas, fijas y serías se verían desconocidas, se está imponiendo una carga irrazonable y desproporcionada".

Adicionalmente, la Corte Constitucional establece que el reclutamiento militar obligatorio puede ser una medida irrazonable pues se trata de una carga que no es necesaria para cumplir los fines propuestos (ya que se puede cumplir por otros medios), y también puede generar un desestímulo sobre la persona a la que se le viola su conciencia para incorporarla a las filas militares, pues no va a desplegar su mejor y más óptimo desempeño en las actividades castrenses.

En la Sentencia T-455 de 2014, se señala de forma categórica que las autoridades de reclutamiento no pueden negar el trámite de ninguna solicitud de exención al servicio militar por objeción de conciencia, con independencia de que sea presentada antes o después de la inscripción al servicio militar, o de que incluso haya existido ya acuartelamiento. En este fallo, la Corte Constitucional reconoce que independientemente del tipo de creencia o convicción que manifieste el objetor, puede existir una disconformidad entre la cosmovisión de una persona y la prestación del servicio castrense, pues "(i) las razones de conciencia tienen

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

vocación de permanencia y, (ii) la prestación efectiva del servicio puede llevar, en muchas ocasiones, a evidenciar la incompatibilidad entre las convicciones personales y el ejercicio de la actividad militar."

En igual sentido, en la Sentencia SU-108 de 2016, se establece de forma categórica que las convicciones o creencias que se formulan para evitar el servicio militar pueden ser de carácter religioso, ético, moral o filosófico, por ser convicciones humanas que estructuran la autonomía y la personalidad.

2. Estándar de evaluación imparcial e independiente a los objetores

La existencia de un proceso con plenitud de garantías que permitiera calificar la autenticidad de la objeción, fue señalado por primera vez en el salvamento de voto de la Sentencia C-740 de 2001, cuando el Magistrado Manuel Cepeda Espinosa señaló de modo categórico que: "ni aún el Jefe de Estado, como comandante de las Fuerzas Armadas, puede, por vía de un acto administrativo, modificar el estatus de un colombiano para pasarlo de civil a militar, sin darle la oportunidad de invocar las causales de exención establecidas en la ley y sin abrir un procedimiento razonable para que pueda elevar una objeción de conciencia."

Posteriormente, en la Sentencia C-728 de 2009, se señaló que hasta que la objeción de conciencia no fuese regulada por el Congreso de la República, ésta debía ser tramitada de forma imparcial y neutral, de acuerdo con las reglas del debido proceso. Asimismo, al retomar la Resolución 1998/77 de la Comisión de Derechos Humanos, la Corte Constitucional indicó que en Colombia hacía falta la presencia de organismos independientes e imparciales para evaluar los casos de los objetores de conciencia.

En la Sentencia T-018 de 2012, se ratifica nuevamente el derecho que le asiste a los objetores de conciencia para que su petición sea tramitada de forma imparcial y neutral, bajo las garantías procesales y sustanciales del artículo 29 de la Constitución Política. En la Sentencia T-357 de 2012, se señaló que el derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio podía ser "examinado, tanto por las autoridades castrenses como por las autoridades judiciales."

En estos pronunciamientos se reconoce la necesidad de un proceso que asegure la imparcialidad y la neutralidad para decidir las solicitudes de objeción de conciencia, pues dicho imperativo es una obligación internacional que ha sido ratificado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU (1995), como en el caso: "Foin vs Francia." En cualquier caso, es importante reiterar que la autenticidad de las objeciones de conciencia solo puede ser examinada por un organismo plural sin injerencia del Gobierno y ajeno a las pretensiones de las partes (objetor-autoridad castrense).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Es evidente que en ningún caso las autoridades militares pueden estudiar las objeciones de conciencia al servicio castrense, pues eso representaría una violación flagrante al debido proceso de los objetores, quienes terminarían por confiar la posibilidad de aceptar o denegar la autenticidad de sus convicciones o creencias morales, filosóficas o espirituales precisamente a la autoridad interesada en su reclutamiento.

En el caso de Colombia, hay que precisar que el uso de tribunales militares para evaluar los objetores de conciencia sería inconstitucional, ya que el artículo 213 de la Constitución establece que "en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar."

En materia de debido proceso, en lo que tiene que ver con la evaluación de la objeción de conciencia, es necesario resaltar la Sentencia T-455 de 2014, que señala una serie de parámetros para valorar objetivamente las convicciones o creencias manifestadas por los objetores para oponerse al servicio militar obligatorio. Estos parámetros implican que: (i) se debe evitar la conducción forzosa de las personas a reclusiones militares, pues según la Sentencia C-879 de 2011, las patrullas militares solo pueden llevar a los jóvenes a realizar su proceso de inscripción y por ningún motivo pueden realizar batidas indiscriminadas con el fin de identificar a los remisos y luego conducirlos a los lugares de concentración, pues esta práctica implica incurrir en detenciones arbitrarias prohibidas por el artículo 28 del texto constitucional; (ii) se debe reconocer y evaluar la objeción de conciencia como una de las causales jurídicamente vinculantes para la exención del servicio militar obligatorio; (iii) se debe responder de fondo a las solicitudes de exención de la prestación del servicio militar, basadas en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, según las reglas definidas por el legislador para el derecho de petición. Es decir, en un término improrrogable de quince (15) días hábiles, consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, sustituida parcialmente por la Ley 1755 de 2015; (iv) en caso de que se deniegue la solicitud, se deben indicar las razones completas, precisas y específicas que fundamentan esa decisión; (v) en caso de que se apruebe la solicitud, se debe exonerar a la persona de la prestación del servicio militar y expedir la tarjeta de reservista de segunda clase, quedando solo pendiente la obligación del cobro de la compensación militar y, (vi) se debe ordenar el desacuartelamiento de las personas, cuando se encuentren recluidas en instalaciones militares y se haya resuelto favorablemente su solicitud de objeción de conciencia.

En la Sentencia SU-108 de 2016, la Corte Constitucional reconociendo la necesidad de un proceso neutral e imparcial para examinar las objeciones de conciencia, le ordena al Comandante del Ejército Nacional de Colombia y al Jefe de Reclutamiento que en un plazo de un mes, a partir del 3 de marzo, conformen un grupo interdisciplinario del más alto nivel encargado de dar respuesta de

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

fondo y en el término de quince (15) días hábiles a las peticiones de objeción de conciencia presentadas en razón de la prestación del servicio militar obligatorio. Sin embargo, hay que advertir que el procedimiento para analizar las solicitudes de objeción de conciencia, conforme con los parámetros del Comité de Derechos de la ONU, requiere de un tribunal colegiado, que no dependa jerárquicamente de las autoridades militares, ni represente sus intereses, por lo que esta decisión no sería armónica con el marco jurídico internacional.

Esta Comisión interdisciplinaria, representa un avance importante para que las objeciones sean analizadas por un organismo que garantice la aplicación de las reglas del debido proceso, pero todavía hace falta que su composición y funcionamiento sean ajenos a la influencia de las autoridades castrenses.

3. Estándar de concesión de un servicio alternativo

En el salvamento de voto a la Sentencia C-740 de 2001, se hace alusión a la posibilidad de realizar un servicio nacional alternativo al deber castrense, mediante otras labores que no contraríen los dictados de la conciencia de las personas avocadas al servicio militar obligatorio. Según el Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, las personas que se niegan por causa de sus convicciones a realizar actos de disciplina militar, "preferirán algunos, ayudar a sus congéneres prestándoles socorro en condiciones de alto riesgo. Otros prestarán servicios médicos o administrativos. Otros servicios sustitutos fuera de la institución castrense."

En la Sentencia C-728 de 2009, la Corte Constitucional reconoce que en las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos realizadas al Estado colombiano en el año 2004, se señala que dentro del orden jurídico colombiano se debería garantizar que los objetores de conciencia puedan optar por un servicio alternativo cuya duración no tenga efectos punitivos.

En este fallo se especifica que aunque los jueces de tutela pueden reconocer el derecho a la objeción de conciencia, le corresponde al Congreso de la República regular "el procedimiento para obtener su reconocimiento, la fijación de una cuota de compensación militar, o la previsión de un servicio social alternativo." Según la Corte Constitucional existen alternativas que, sin lesionar la libertad de conciencia de los objetores, permiten realizar, incluso de un modo más efectivo, los objetivos constitucionales que persigue la medida. La defensa del orden constitucional y, más específicamente, de la paz, no se realiza solo por conducto de los ejércitos, sino a través del cumplimiento de otras formas de servicio social que no requieren de los ciudadanos la pertenencia a un cuerpo armado.

En la Sentencia T-455 de 2014, se estableció que es importante consagrar dentro de la legislación colombiana un servicio social sustitutivo, de tal suerte

que se armonicen las creencias y las convicciones de los objetores con el deber de reclutamiento universal. Para la Corte Constitucional es claro que "las preferencias espirituales de los fieles pueden generar tensiones con los derechos de otras personas, por lo cual tanto el constituyente, como el legislador en desarrollo de la norma superior, prefirieron la opción dialógica para conciliar los diferentes intereses y derechos hasta donde esto sea posible".

4. Estándar de prohibición de imponer castigos al objetor por la negativa a prestar el servicio castrense

En la Sentencia C-728 de 2009, se señala que conforme a la opinión 8/2008 del Grupo de Detenciones Arbitrarias de la ONU sobre Colombia, era posible evidenciar que, la detención contra quienes se han declarado expresamente objetores de conciencia no tiene sustento jurídico ni base legal y su incorporación al ejército contra su voluntad es en clara violencia a sus postulados de conciencia, lo que puede vulnerar el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) Tampoco tienen base legal ni sustento jurídico las prácticas de batidas, redadas o levas, con el objeto de detener en las calles y lugares públicos a los jóvenes que no pueden acreditar su situación militar. (ONU, 2008).

Aunque no se refiere a las sanciones establecidas por el artículo 42 de la Ley 48 de 1993, la Corte Constitucional elabora un criterio de equilibrio mediante el cual, si bien no excluye las sanciones del ordenamiento jurídico por ser necesarias para garantizar el cumplimiento del deber castrense, le otorga a los jueces de tutela la posibilidad de ponderar en cada caso concreto si es necesario establecer la sanción. Según la Corte Constitucional, "los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente (...) lo anterior no impide, sin embargo, que en la ponderación de los valores constitucionales el juez de tutela tome directamente en cuenta los deberes constitucionales, ya que éstos constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la delimitación de los derechos fundamentales. La relación de complementariedad entre unos y otros exige del intérprete constitucional una lectura de los derechos y deberes que actualice el contenido de las libertades en general, pero que, a la vez, obligue a la persona a asumir las responsabilidades derivadas de la vida en comunidad."

En la Sentencia T-430 de 2013, la Corte Constitucional explica las sanciones que puede implicar para un objetor el hecho de resistirse a ser parte de las filas castrenses. Según el Alto Tribunal, si una persona se niega a prestar servicio militar sabe que las consecuencias que enfrentará por querer dar prelación a los dictados de la conciencia, es incurrir en actos que son considerados contrarios a la disciplina militar y que pueden acarrear sanciones pecuniarias, disciplinarias

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

e incluso penales. En tal media, ante la incertidumbre del reconocimiento de su condición de objetor de conciencia, y las eventuales sanciones a que habría lugar, un joven se ve enfrentado a graves coacciones a su libertad de conciencia.

Esta precisión es de altísima importancia, pues se comienza a vislumbrar por parte de la Corte Constitucional que tal como lo estableció el Comité de Derechos Humanos, mediante su Observación General N°22 de la ONU (1993), la amenaza del uso de la fuerza o el empleo de sanciones penales puede representar un obstáculo para hacer efectivo el derecho de los objetores a ser eximidos de pertenecer a las fuerzas militares.

Este fallo en particular ordena en su parte resolutiva que las autoridades militares se abstengan de hacer efectiva cualquier multa o cobro a los objetores previamente reconocidos, ya sea por haberse declarado como remisos o por cualquier otra razón relacionada con el proceso de incorporación militar. Esta decisión, aunque tiene efectos inter partes, puede extenderse analógicamente a otros casos en los que, a personas reconocidas como objetores de conciencia, se les pretenda imponer multas o castigos por resistirse a integrar las filas castrenses, exonerándolas del cumplimiento de esas sanciones que coaccionan sus convicciones.

5. Estándar de necesidad y limitación legal

Mediante la Sentencia C-728 la Corte Constitucional, reconoce la vigencia del derecho a la objeción de conciencia como una prerrogativa fundamental que se deriva del artículo 18 de la Constitución Política y cuya aplicación no requiere reglamentación alguna. Eso significa que cambia de forma diametral la postura según la cual se excluía la objeción de conciencia por no estar regulada expresamente por el legislador, considerándola entonces incluida dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La Corte Constitucional señala que una ley de la República debe establecer de forma taxativa las condiciones en las que puede hacerse efectivo el derecho, el procedimiento para obtener su reconocimiento, la fijación de una cuota de compensación militar, o la previsión de un servicio social alternativo. De ese modo, el Alto Tribunal establece implícitamente que la objeción de conciencia solo puede limitarse por una ley de la República, cumpliendo de forma parcial el estándar de necesidad y limitación legal impuesto por las normas internacionales de derechos humanos.

La razón por la cual este estándar no se cumple a cabalidad es que la Corte Constitucional, aunque le ordena al Congreso establecer los límites y los alcances de la objeción de conciencia, se atribuye la facultad de imponer condiciones para validar las creencias o las convicciones de los objetores, contrariando de forma

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

parcial el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen que las restricciones a la objeción de conciencia deben estar establecidas por una ley positiva, y no pueden ser emitidas por un Tribunal de Justicia.

Según la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la expresión "ley" como criterio delimitador de los derechos fundamentales de las personas debe ser entendida como ley en su sentido formal, es decir aquella expedida o proferida por el Poder Legislativo y proclamada por el Gobierno, ajustada a los procedimientos internos de creación legislativa de cada Estado. (CIDH, 1986).

De esa forma, abrogándose una competencia legislativa, la Corte Constitucional fijó tres criterios que deben revestir las convicciones o creencias que son manifestadas por los objetores para oponerse al servicio militar obligatorio. Estas proyecciones vitales según la jurisprudencia constitucional tienen que cumplir las siguientes condiciones: (i) deben ser exteriorizadas, es decir, no pueden permanecer ocultas a la sociedad, pues deben manifestarse públicamente para que puedan ser conocidas y entendidas por las personas; (ii) deben ser profundas, lo que implica que deben relacionarse con aspectos esenciales para el proyecto de vida de las personas, cuyo desconocimiento vulnera de forma sustantiva su desarrollo social, psicológico y espiritual; (iii) en palabras de la Corte Constitucional, en Sentencia C-728 de 2009, "no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afectan de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral." (iv) deben ser fijas, lo que significa que no pueden ser espontáneas o momentáneas, pues deben haber estado presentes por un tiempo considerable como para estructurar el carácter y la personalidad de los individuos. Según la Corte Constitucional, "no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente." (v) deben ser sinceras, lo que supone que deben guardar correlación con lo que realmente cree la persona, con su forma de percibir y vivir el mundo. No pueden ser convicciones falsas, acomodaticias o estratégicas, con la intención subrepticia de eludir los deberes jurídicos y, (vi) pueden ser de múltiple naturaleza, es decir pueden fundarse en motivos de carácter religioso, ético, moral o filosófico.

En la misma Sentencia la Corte Constitucional manifiesta que "Las normas constitucionales e internacionales no se circunscriben a las creencias religiosas, contemplan convicciones humanas de otro orden, que estructuran la autonomía y la personalidad de toda persona". Sin embargo, ¿Cuál es el fundamento, conforme a los estándares de derechos humanos universales y regionales, para supeditar la aplicación del derecho a la objeción de conciencia a esas condiciones habilitantes? ¿En cuál instrumento o convención internacional se señala que

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

las convicciones o creencias que manifieste la persona frente al servicio militar deben ser exteriorizadas, profundas, fijas y sinceras?

Es evidente que al establecer estos criterios sustantivos los magistrados desconocieron parcialmente los principios de legalidad y necesidad, mediante los cuales se garantiza que el único autorizado para establecer restricciones a la objeción de conciencia sea el legislador. En igual sentido, la Corte Constitucional tampoco explica las razones de moralidad, seguridad, orden y afectación de los derechos de los demás, con base en los cuales delimita estos condicionamientos axiológicos para materializar el derecho a la objeción de conciencia.

A pesar de que el Alto Tribunal Constitucional no cumplió totalmente con el estándar de necesidad y limitación legal para restringir la objeción de conciencia, hay que reseñar que esa Corporación sí le señaló de forma enfática al Congreso de Colombia la necesidad de que, como órgano de representación popular, establezca las condiciones restrictivas y limitativas para el ejercicio de ese derecho.

Según la Corte Constitucional en Sentencia C-728 de 2009, el reconocimiento del derecho de objeción de conciencia, sin un marco legal que defina las condiciones y los procedimientos para su ejercicio, genera ciertas dudas y vacíos en el sistema jurídico, pues la definición de tales reglas y condiciones corresponde al legislador como agente por excelencia de la democracia representativa. Por esta razón, se exhortará al Congreso a que regule el tema, definiendo, a la luz de la Constitución, las condiciones de procedencia del derecho, así como las alternativas que quepa ofrecer a los objetores para que tengan la opción de cumplir con su deber constitucional para con la patria sin tener que desconocer sus convicciones o creencias religiosas.

6. Estándar de presunción de la autenticidad de la objeción

Este estándar ha sido inaplicado hasta el presente, pues según la Sentencia C-728 de 2009: “todo objetor de conciencia tendrá la mínima obligación de demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y de sus creencias”. La comprobación sobre autenticidad de las creencias o las convicciones manifestadas por el objetor para oponerse al reclutamiento militar es el único criterio que puede utilizarse para validar o invalidar el derecho a la objeción de conciencia, pues ese requisito se encuentra avalado por las Naciones Unidas como único parámetro para comprobar la veracidad de las proyecciones vitales de los objetores[9].

Los demás criterios que utiliza la Corte Constitucional, como la profundidad y la fijación como presupuestos para aceptar las creencias o convicciones, son

9 La autenticidad fue incorporada como criterio habilitante de la objeción de conciencia en la resolución 1898/59 del Comité de Derechos Humanos.

condicionamientos establecidos por ese Tribunal, que implican una violación a la cláusula *pro homine* que exige que se aplique la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, y se desconozca cualquier percepción que restringa el ámbito de protección garantizado en las normas supranacionales[10].

Cuando la jurisprudencia constitucional señala que la persona debe acreditar sumariamente sus convicciones morales, filosóficas, espirituales o éticas, desconoce la Observación General 22 del Comité de Derechos Humanos expedida en el año 1993, según la cual nadie puede ser obligado a revelar sus convicciones. La Corte Constitucional desconoce esta norma internacional porque obliga a los objetores a manifestar sus posiciones ideológicas de forma pública, cuando además están siendo evaluadas por un Tribunal de alcance nacional.

En igual sentido, es importante señalar que con la imposición de la carga probatoria en contra del objetor, la Corte Constitucional desconoce también la doctrina jurídica contenida en el dictamen proferido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el año 2012, en el caso *"Atasoy y Sarkut vs Turquía"*, en el que se señala que es al Estado y no al objetor al que corresponde demostrar el grado de autenticidad de las convicciones, pues si las autoridades no logran demostrar la inverosimilitud de esas proyecciones vitales se reputa que el ejercicio de la objeción de conciencia se realizó válidamente.

Por lo tanto, en franco desconocimiento de las normas internacionales, la Corte Constitucional no solo le exige el cumplimiento de unos requisitos adicionales a los objetores sino que además le traslada una carga de la prueba a las personas para acreditar sus creencias, en contravía de la jurisprudencia actual del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Valga señalar que en la Sentencia T-455 de 2014, aunque la carga probatoria sobre la sinceridad, permanencia y profundidad de las creencias o convicciones alegadas se traslada a las autoridades de reclutamiento, no se exonera al objetor de probar que su conciencia ha condicionado y determinado su conducta de oponerse al servicio militar obligatorio. Por ese motivo, si bien esta providencia realiza una redistribución de la carga de la prueba, sigue imponiendo el esfuerzo probatorio principal al objetor, incumpliendo el estándar presuntivo de su creencia o convicción.

Finalmente, en la Sentencia T-185 de 2015, se mantiene la carga de la prueba sobre el objetor, pues según palabras de la propia Corte Constitucional: "en aplicación de lo manifestado en las consideraciones que sirven de sustento para esta providencia, esta Sala tiene por demostrado que las creencias religiosas del

10 El principio pro homine fue descrito de forma precisa por la Corte Constitucional en Sentencia T-284 de 2006.

demandante se manifiestan externamente y son serias, fijas y permanentes". (Subrayado fuera del texto).

En la Sentencia SU-108 de 2016, vuelve a supeditar el reconocimiento de la objeción de conciencia a que el objetor pruebe que existe un profundo, fijo y auténtico dictamen de conciencia, que le impide cumplir el deber. En igual sentido, esa Corporación señaló que no toda manifestación de reserva de conciencia a la prestación del servicio militar obligatorio puede considerarse como una causal eximente del mismo, pues para la Corte es necesario ponderar: (i) la naturaleza del reparo de conciencia; (ii) la seriedad con la se asume la objeción y, (iii) la afectación que su desconocimiento produce en la persona y de eventuales terceros.

Estos son aspectos que debe probar el objetor, que lo obligan a acreditar que sus convicciones son auténticas, cuando se supone que es el Estado el que debería tener la carga de la prueba para demostrar la falsedad de la objeción. En esa misma Sentencia, se reconoce que las interpretaciones que en materia de objeción de conciencia han formulado los organismos multilaterales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo que es probable que en un futuro se establezca que el esfuerzo probatorio para demostrar la falta de autenticidad de la objeción recaiga sobre las autoridades militares y no sobre el objetor.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

V. BIBLIOGRAFÍA

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-409 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1994). Sentencia T-511 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-561 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia T-363 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-740 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-740 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-1266 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-728 de 2009.

M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C-879 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Oporto.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-018 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-357 de 2012. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia T-430 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia SU-378 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T- 455 de 2014. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2015). Sentencia T-185 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia. Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia SU-108 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión consultiva OC-6/86. Recuperado de: http://www.hchr.org.co/acnudh/index.php?option=com_content&view=article&id=3639:opinion-consultiva-oc-686-la-expresion-qleyesq-en-el-articulo-30-dela-convencion-americana-sobre-derechos-humanos&catid=149:estados-de-excepcion&Itemid=120

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala. Capítulo V. Recuperado de: http://www.cidh.org/countryrep/Guatemala93sp/cap.5.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Olmedo Bustos y otros vs Chile. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Masacre Plan Sánchez vs Guatemala. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Alfredo Díaz Busto vs Bolivia, Informe n° 97/05, Petición 14/04. Recuperado de: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Bolivia14.04sp.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Informe N° 43/05 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.219. Cristian Daniel Sahli Vera y otros vs Chile. Recuperado de https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CHILE.12219sp.htm#_ftnref27

Cristina Rosero Arteaga y Ariadna Tovar Ramírez, *La objeción de conciencia en Colombia. De la ausencia al reconocimiento como derecho*, 33 Revista de Derecho Público, 5-24 (2014).

John Rawls, Teoría de la Justicia, (María Dolores González trad., Fondo de Cultura Económica, 1995).

Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura – UNESCO. (1995). Declaración de Principios sobre la Tolerancia. Recuperado de: http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001518/151830so.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.un.org/es/documents/udhr/.

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

Organización de las Naciones Unidas. (1978). Resolución 33/165 "Situación de las personas que se niegan a prestar servicios en fuerzas militares o policiales empleadas para imponer el apartheid". Recuperado de: http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/33/165&Lang=S

Organización de las Naciones Unidas. (1981). Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones. Recuperado de: http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ReligionOrBelief.aspx

Organización de las Naciones Unidas. (1984). Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html

Organización de las Naciones Unidas. (1989). Consejo de Derechos Humanos, Resolución 1989/59 "Objeción de conciencia al servicio militar". Recuperado de: http://www.wri-irg.org/es/node/6409

Organización de las Naciones Unidas. (1990). Comité de Derechos Humanos, caso "Westerman vs los Países Bajos". Recuperado de: https://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/spanish/682-1996.html

Organización de las Naciones Unidas. (1993). Comité de Derechos Humanos, caso "Brinkhof vs los Países Bajos". Recuperado de: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom22.html

Organización de las Naciones Unidas. (1993). Observación General N° 22 del Comité de derechos humanos de la ONU. Comentarios generales. Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Recuperado de: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom22.html

Organización de las Naciones Unidas. (1996). Comité de Derechos Humanos, caso "Yeo-Bum Yoon y Mr. Myung-Jin Choi vs la República de Corea". Recuperado de: https://www.wri-irg.org/node/6228

Organización de las Naciones Unidas. (1999). Comité de Derechos Humanos, caso "Frédéric Foin vs France". Recuperado de: https://www1.umn.edu/humanrts/

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

hrcommittee/spanish/666-1995.html

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Opinión No. 8/2008. Recuperado de: http://www.wri-irg.org/es/news/2008/detention-es.htm

Organización de las Naciones Unidas. (2011). Comité de Derechos Humanos, caso "Jeong y otros vs la República de Corea". Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:r5E66JIT1_kJ:docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhspbttFNxTkgvXTPJWIZn3vkATgD2BaZ6OGBOhJ9EmVSMyT4DwWeXIXNcdHd0G4%252BPBBUw3CY3EVN%252FBw%252BGh8rB%252F4kiLPc3eEXHRIP1KJP%252B6Vd2mrj1ef4xUKr4IwvduSSdDs17dEsHr2Jtyct1%252FcbFjfM%253D+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Organización de las Naciones Unidas. (2012). Comité de Derechos Humanos, caso "Eu-Min Jung y otros vs la República de Corea". Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:vt4MkT94TwIJ:docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhslPWnUpp4BdB1noqT%252BdRusWojgc4Gxtc4OYOSePcQhkYfdLCnTcsKARufGfBtx3mbtYFcnJP5GtP3hcWe4wtre2Ng4PTjC0QyeckwjRGI%252FYGxyMUkTn1Rg24VidE3iygYmx5MHNIJcwto8EK7q8gBpk%253D+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Organización de las Naciones Unidas. (2012). Comité de Derechos Humanos, caso "Atasoy y Sarkut vs Turquía". Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ur_FQVc8tNQJ:docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhspbttFNxTkgvXTPJWIZn3vl5YcfID58hKzQF8VsWeXCvfRMVs0jmassgKJuCVw1ftiyYi205U9ffX5MS3XGvWX7oVn5weaTI9spFtA3%252BBpXpGbcSkK2Z0XwNlBr3QL%252F3VMM6X9TrNR3hVdgNvc%252FvDaY%253D+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co

Organización de las Naciones Unidas. (2012). La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Nueva York y Ginebra, 2, Recuperado de: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ConscientiousObjection_sp.pdf

Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012). Caso Savda y Tarhan vs Turquía. Recuperado de: http://www.co-guide.org/jurisprudence/case-tarhan-v-turkey-application-no-907806

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2011). Caso de Bayatyan vs Armenia. Recuperado de: http://www.wri-irg.org/node/13271

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). Caso de Bukharatyan y Tsatur-

yan vs Armenia. Recuperado de: http://www.wri-irg.org/es/node/14662

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). Caso de Feti Demirtaş vs Turquía. Recuperado de: http://co-guide.org/jurisprudence/case-feti-demirta%C5%9F-v-turkey-application-no-526007

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

LOS DESAFÍOS DE LA REPRESENTATIVIDAD DE LAS MUJERES EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS BRASILEÑOS*

THE CHALLENGES OF THE REPRESENTATION OF WOMEN IN BRAZILIAN POLITICAL PARTIES

Fecha de recepción: 20 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2022

Wagner Luiz ZACLIKEVIS y Ana Claudia SANTANO*****

Resumen
Uno de los principales desafíos de la democracia es cómo asegurar la representatividad de los diferentes grupos sociales, dentro de un escenario político dominado por la racionalidad y la forma de actuar masculina. En el escenario brasileño, los partidos asumen un papel único que refleja la realidad del propio sistema político, transformando estas asociaciones en oligarquías que buscan mantener el poder de una clase dominante masculina, creando un conjunto de factores que lleva a los partidos políticos a un sistema autopoiético de mantenimiento de las diferencias de oportunidades y privilegios a favor de los líderes masculinos. Mediante un análisis de la composición por género de las asociaciones a nivel nacional, se puede evidenciar que las mujeres tienen reservado un espacio limitado dentro de los partidos. Una revisión del límite de autonomía de los partidos políticos en relación con los derechos fundamentales, en particular el principio democrático, se muestra necesaria para garantizar el debido espacio de las mujeres en los cargos directivos de las asociaciones partidarias.

Palabras clave: Cuota de género, partidos políticos, autonomía, espacio de discurso

Abstract
One of the main challenges of democracy is how to ensure the representativeness of the different social groups, within a political scenario dominated by rationality and the masculine way of acting. In the Brazilian scenario, the parties assume a unique role that reflects the reality of the political system itself, transforming these associations into oligarchies that seek to maintain the power of a male dominant class, creating a set of factors that leads political parties to a system autopoietic maintenance of differences in opportunities and privileges in favor of male leaders. Through an analysis of the gender composition of the associations at the national level, it can be seen that women have a limited space reserved within the parties. A review of the autonomy limit of political parties in relation to fundamental rights, particularly the democratic principle, is shown to be necessary to guarantee the due space of women in the management positions of party associations.

Keywords: Gender quota, political parties, autonomy, speech space

* Traducción de Ana Claudia Santano. Trabajo originalmente publicado en portugués en: Wagner Luiz Zaclikevis y Ana Claudia Santano, Os desafios da representatividade de mulheres no intramuros partidario, 1 Revista Instituto Política por.de.para Mulheres, 33–56 (2020).

** Alumno del Máster en Derechos Fundamentales y Democracia, del Centro Universitario Autónomo de Brasil, UniBrasil. Especialista en Derecho Electoral por la Universidad Positivo y en Derecho Administrativo por el Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Presidente de la Comisión de Derecho Electoral del Colegio de Abogados de Brasil, de São José dos Pinhais, Paraná.

*** Profesora del programa de posgrado en Derechos Fundamentales y Democracia, del Centro Universitario Autónomo de Brasil, UniBrasil, en Curitiba, Paraná, Brasil. Doctora y maestra en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad de Salamanca, España.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción: partidos políticos como un espacio de voz y de deliberación. II. Oligarquías partidistas. III. Un análisis del engranaje bajo el enfoque de la participación de las mujeres. IV. La necesidad de romper las ruedas del engranaje para la integración de las mujeres. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: PARTIDOS POLÍTICOS COMO UN ESPACIO DE VOZ Y DE DELIBERACIÓN

Jürgen Habermas[1], al desarrollar la teoría deliberativa de la democracia, se dedicó a investigar la esfera pública, espacio este en el que ocurre el cambio comunicativo público. Se trata de un concepto normativo, no constituyéndose en un ambiente físico o una institución, sino que lo que fue descrito por Habermas se asemeja a una red de comunicación de contenidos. En ella, las opiniones tienen igual valor y peso, permitiendo la toma de posiciones que se concretan en opiniones públicas sobre temas específicos. Es decir, las opiniones públicas son el resultado filtrado y sintetizados de este flujo comunicacional de asuntos determinados:

> En esta medida, la esfera pública es un sistema de alarma dotado de sensores no especializados, aunque sensibles en el ámbito de toda la sociedad. En la perspectiva de una teoría de la democracia, la esfera pública tiene que reforzar la presión ejercida por los problemas, es decir, ella no puede limitarse a percibirlos y a identificarlos, debiendo, además, tematizarlos, problematizarlos y dramatizarlos, de modo convincente y eficaz, al punto de ser asumidos y elaborados por el complejo parlamentario[2].

Habermas desarrolla, así, su teoría deliberativa, ancorándose en un proceso comunicativo, como crítica a los que limitaban la democracia al agrupamiento de intereses. De esta manera, la política democrática se legitima por medio de un proceso de cooperación argumentativa que lleva a una justificación pública de la colectividad[3]. La formación racional de dicha justificación está intrínsecamente conectada a la calidad de la opinión pública. Barbieri[4] subraya que el poder

1 Jürgen Habermas, Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II, (Flávio Beno Siebeneichler trad., Tempo Brasileiro, 1997).
2 *Ibidem*, 91.
3 Cabe aclarar que: "El hecho de haber pasado de la perspectiva de la teoría del contrato para la del discurso no provoca un cambio del nivel de abstracción. (...) Yo parto de la idea de que los sistemas jurídicos surgidos en el final del siglo XX, en las democracias de masas de los Estados sociales, piden una comprensión procedimental del derecho." Habermas, *op. cit.*, 241-242.
4 Aylton Barbieri Durão, *A política deliberativa de Habermas*, 1 Veritas, 8-29 (2011).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

de la toma de decisiones por la administración no está vinculado a la opinión pública. Con todo, esta debe influir las instituciones especializadas en el proceso de deliberación, por medio de individuos y organizaciones que participan en el proceso de formación de la opinión. Marcelo Campos Galuppo[5], al versar sobre este proceso de justificación del ordenamiento jurídico para Habermas, lo sintetiza a través del discurso/deliberación, afirmando que la legitimación del ordenamiento sólo ocurre con la garantía de mecanismos de igual participación en el propio derecho, es decir, los destinatarios tienen que verse como autores de este ordenamiento.

> El principio procedimental de la democracia objetiva consolidar un procedimiento de reglamentar (que significa: un proceso de institucionalización de la formación racional de la opinión y de la voluntad), por medio del carácter procedimental, que garantiza formalmente igual participación en procesos de formación discursiva de la opinión y de la voluntad, y establece, con ello, un procedimiento legítimo de reglamentación. En dicho camino por la vía procedimental y de deliberación, que constituye el núcleo del proceso democrático, presupuestos comunicativos de formación de la opinión y de la voluntad funcionan como la "esclusa" más importante para la racionalización discursiva de las decisiones en el ámbito institucional. Procedimientos democráticos proporcionan resultados racionales en la medida que la formación de la opinión y de la voluntad institucionalizada es sensible a los resultados de su formación informal de la opinión, que resulta de las esferas públicas autónomas y que se forman a su alrededor. Las comunicaciones públicas, originadas de las redes periféricas, son captadas y filtradas por asociaciones, partidos y medios de comunicación, y canalizadas para los foros institucionales de resolución y tomas de decisiones[6].

No se pretende aquí detallar la teoría de Habermas, sino lo que se propone es traer los principales puntos en el proceso deliberativo que interesan al análisis. Dentro de la teoría discursiva habermasiana, la formación de la opinión pública necesita de una esfera pública donde todos estén puestos en el mismo lugar de voz, ocupando un mismo nivel de importancia, permitiendo que la formación de la decisión ocurra con base en la coercibilidad del mejor argumento. Otro punto que cabe subrayar es el concepto de sociedad civil que, para Habermas,

5 Marcelo Campos Galuppo, Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas (Mandamentos, 2002).

6 Jorge Adriano Lubenow, *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*, 121 Kriterion: Revista de Filosofia, 227-258 (2010), DOI: https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012.

forma un núcleo que institucionaliza los discursos por medio de la garantía de la autonomía de la colectividad y del individuo, de la diferenciación de la sociedad civil con relación al Estado y a la economía, así como limita a las instituciones políticas[7].

El centro de la sociedad civil está fundado en movimientos, asociaciones y organizaciones libres, no vinculadas con la administración estatal y sin finalidades económicas, amparándose en estructuras que permiten el flujo comunicacional perteneciente a la esfera pública. Por medio de dicha estructura, se captan los ecos de los problemas que se originan en las esferas privadas, filtrándolos y condensándolos para que lleguen a la esfera pública política. En síntesis, la sociedad civil, a través de estas estructuras comunicacionales organizadas, permite la institucionalización de los discursos que vienen desde la esfera privada, transformándolos en intereses generales, para integrar el cuadro de la esfera pública, volcado a la solución de problemas[8].

En este sentido, al hablar sobre la sociedad civil habermasiana, Strubing y Artmann[9] subrayan que son los derechos fundamentales de la libertad de opinión, de reunión y de organización que fundan los espacios para las asociaciones libres que intervendrán en la formación de la opinión pública. Esto porque dichas asociaciones representan a grupos y a intereses en los más diversos temas. Una de estas asociaciones son los partidos políticos, que conectan las instituciones políticas a la esfera pública y a la sociedad civil, contribuyendo para la formación de la voluntad política del pueblo por medio del proceso deliberativo propio. Así, la dinámica comunicativa es el mecanismo coordinador de la sociedad civil, teniendo como rasgo la autonomía de comunicación, es decir, hay una racionalidad discursiva de las decisiones.

Sin embargo, el propio Habermas reconoce que este sistema tiene limitaciones, considerando las estructuras comunicativas de la esfera pública que están conectadas a la sociedad privada, ni siempre en condiciones de igualdad. Es decir, determinados temas no tienen el eco debido dentro de la propia sociedad, habiendo dificultades de alcanzar el grande público e incluso de ingresar en la agenda pública. Por ello, Habermas destaca que pueden ser necesarias algunas medidas de la sociedad civil que se contraponen al sistema político gestionado por los partidos y que se alejan de la opinión pública[10].

---

7 Jürgen Habermas menciona las instituciones que tienen como potestad la legislación política como función central: "De ella participan no solamente partidos, electorado, corporaciones parlamentarias y gobierno, sino también la práctica de decisión de los tribunales y de las administraciones, en la medida que estos se autoprograman.", *op. cit.,* 243.

8 Jürgen Habermas, *op. cit.*

9 Júlio Strubing Müller Neto y Elizabeth Artmann, *Política, gestão e participação em Saúde: reflexão ancorada na teoria da ação comunicativa de Habermas*, 12 Ciência & Saúde Coletiva, 3407-3416 (2012), DOI: https://doi.org/10.1590/S1413-81232012001200025.

10 Jürgen Habermas incluso afirma que "(...) por veces se hace necesario el apoyo de acciones espectaculares, de protestas masificadas y de largas campañas para que los

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Las críticas con relación a la teoría de Habermas siguen a partir de otros autores y autoras, como Nancy Fraser, por ejemplo, que aporta una crítica a la concepción de esfera pública habermasiana. Para Fraser[11], de la manera como se presenta, la esfera pública termina por excluir un determinado número de grupos de deliberación, impidiéndolos de poder ejercer la acción comunicativa. Entre las observaciones de Fraser, cabe destacar que, aunque exista una apertura formal e igualdad de voz entre los agentes comunicativos, las reglas de debate tienden a privilegiar determinados actores, llevando el proceso de deliberación a legitimar una forma de dominación.

A su vez, Iris Marion Young[12] añade una crítica a la relación comunicativa entre los sujetos propuesta por Habermas, considerando que, en la teoría habermasiana, el sujeto con voz debería ser imparcial, desplazado de sus contextos específicos y de sus pasiones y sentimientos. Así, Habermas aleja del acto comunicativo elementos distintos de la razón que tienen un grado de importancia en el proceso de deliberación, como la capacidad de retórica, metáforas, expresiones de comunicación y también corporales. En este sentido, las asimetrías de vocalización en los espacios públicos impiden que grupos minoritarios tengan la misma capacidad de voz de otros actores, distorsionando el sistema. Es lo que ocurre con las mujeres que, de una forma general, no tienen la misma capacidad de voz que los hombres, siendo esto algo ajeno a ellas.

Volviendo a Habermas[13], se tiene que los partidos políticos integran la esfera pública de deliberación, como un brazo de la sociedad civil organizada. Aplicando esto a la realidad brasileña, según el art. 14, §3°, V, de la Constitución Federal de 1988, dichas organizaciones partidistas tienen el monopolio de candidaturas electorales, ocupando un espacio destacado en los debates políticos. Sin embargo, aunque sean lugares privilegiados de influencia y de organización política, los partidos políticos no se muestran como espacios que invitan grupos que no hacen parte del "mainstream", como las mujeres, LGTBI+, indígenas, negros y negras, etc., lo que es preocupante desde el punto de vista democrático, ya que terminan siendo una reproducción de grupos dominantes de la sociedad que se caracterizan por ser mayoritariamente blancos y hombres.

De esta manera, lo que se propone en este trabajo es un breve análisis, desde la perspectiva brasileña, para verificar si los partidos políticos se adecuan a la

---

temas logren ser seleccionados y tratados formalmente, alcanzando el núcleo del sistema político y superando los programas cuidadosos de los 'viejos partidos'.", *op. cit.*,116.

11 Nancy Fraser, *O Que é Crítico na Teoria Crítica: O Argumento de Habermas e o Gênero*, en Feminismo como crítica da modernidade, 38-65 (Seyla Benhabib y Drucilla Cornell comps., Editora Rosa dos Tempos, 1987).

12 Iris Marion Young, *A Imparcialidade e o Público Cívico: Algumas Implicações das Críticas Feministas na Teoria Moral e Política*, en Feminismo como crítica da modernidade, 66-86 (Seyla Benhabib y Drucilla Cornell comps., Editora Rosa dos Tempos, 1987).

13 Jürgen Habermas, *op. cit.*

realidad de la esfera pública abordada por Habermas, como un modelo normativo ideal, o si las críticas hechas por Fraser y Young se aplican al paradigma brasileño. Dicho estudio tiene como enfoque central la participación de las mujeres en estos espacios de voz, siendo direccionado a este grupo, aunque no se desconsidera que otros colectivos sean tan afectados como ellas, o quizás aún más. Para ello, se parte de un análisis del modelo de partidos políticos a partir del marco referencial de Robert Michels, demostrando que las organizaciones partidistas tienden a entrar en un proceso de oligarquización, así como la descripción de algunos motivos que alejan o impiden la participación femenina en condiciones de igualdad, por medio de una revisión bibliográfica.

Luego, se hará un comparativo con datos estadísticos de la composición de los partidos políticos brasileños a nivel nacional (una vez que Brasil no cuenta con partidos regionales), verificando la representatividad femenina en los órganos partidistas y qué funciones son destinadas a ellas, con la preocupación de observar si hay representatividad femenina por lo menos a un nivel adecuado en los cargos de dirección en los partidos. Al final, son realizados algunos apuntes sobre la estructura partidista brasileña y el espacio de voz y de decisión dentro de ellos, verificando si ellos se adecuan a lo ideal de la esfera pública propuesta por Habermas.

II. OLIGARQUÍAS PARTIDISTAS

Robert Michels[14], citado en Ribeiro[15], afirma que un gobierno democrático sería un autogobierno de las masas, pero demuestra la inviabilidad de dicha aplicación, teniendo en cuenta que la reunión de la multitud es "más aceptable al pánico ciego o al entusiasmo sin reflexión", llevando a decisiones menos reflexionadas, ya que "la multitud anula el individuo", añadiendo "la imposibilidad mecánica y técnica de su realización"[16], una vez que no habría medios para una movilización de estas masas de forma eficaz.

Michels[17] aclara que esta soberanía de las masas abre espacio a una representación política realizada por medio de los partidos. Sin embargo, aunque dentro de la organización partidista, hay la necesidad de elección de delegados que representarán los afiliados, ya que no es posible la deliberación de un grupo de

14 Aquí cabe una alerta de que Robert Michels fue un teórico elitista que defendió el mantenimiento del poder por una minoría, una élite, en forma de dominación de la gran masa, siendo incluso señalado por algunos autores como antidemocrático. Sin embargo, todavía se utiliza la doctrina de Michels como referencial teórico, teniendo en cuenta que se trata de un clásico de la Ciencia Política, que aporta ideas que deben ser mejor analizadas por este trabajo.

15 Pedro Floriano Ribeiro, *Realismo e utopia em Robert Michels*, 44 Revista de Sociologia e Política, 31-46 (2012).

16 Robert Michels, Sociologia dos Partidos Políticos, 17 (Universidade de Brasília, 1982).

17 Ibidem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

grandes proporciones. Así, se da a estos delegados la capacidad de representación de esta masa, de forma a garantizar la realización de sus voluntades, aunque el grupo sea el más democrático posible. Habrá que fiarse de los delegados para la preparación y la ejecución de actos importantes.

Para la conducción de los trabajos de los partidos, surge la necesidad de especialización técnica de aquellos que la realizarán, sobrando a los afiliados en general la rendición de cuentas sumarísimas. La especialidad técnica para la conducción del partido es, en realidad, un hecho inevitable en cualquier organización, independientemente de su tamaño, ya que es intrínseco a la actividad de dirección, que llevará al poder de decisión. Como estos trabajos técnicos son direccionados a un grupo de delegados con capacidad decisoria, el poder es trasferido desde las masas para los jefes, concentrando el poder e, incluso, dando una independencia poco deseada a los órganos directivos ejecutivos, causando frustración de su control.

Con todo, para más allá de la especialización técnica, Michels[18] demuestra que la democracia exige agilidad para alcanzar los fines pretendidos, hecho este que termina por destacar la necesidad de otorgar poderes a una élite para definir y ejecutar acciones. Y cuanto mayor el éxito del partido, mayor será el número de afiliados. Y cuanto mayor el número de afiliados, más ilusorio el control de estos sobre el partido.

Dichos hechos conducen a una tendencia de oligarquización de los partidos políticos, mostrando un comportamiento tenido como natural de aquellos que detienen el poder y usarlo en beneficio propio. La naturaleza humana sería un impeditivo a los intentos de organización democrática, con la división entre líderes y liderados como algo meramente funcional, siendo que los líderes se utilizan de los medios necesarios para el mantenimiento de dicho *status*, buscando estabilidad en sus cargos de dirección. Con ello, los delegados electos para un solo mandato temporal dentro de las organizaciones partidistas terminan restando en el cargo de forma ininterrumpida, transformando, en virtud del "hábito", lo que era para ser representado en su propiedad, como una especie de derecho moral[19]. Michels aporta otra herramienta común en el proceso de oligarquización de los partidos, que pasa por la selección de candidatos. En dicho proceso, destaca el autor, los líderes de los partidos junto con los líderes locales se coalicionan para elegir candidatos que les sean útiles, como si el colegio electoral fuera una propiedad de familia. La oligarquía partidista tiene como preocupación "[...] alejar todo que sea susceptible de introducirse en las redes de su engranaje, amenazando así, si no el propio organismo, su forma externa representada por la organización."[20].

18 Robert Michels, *op. cit.*
19 Robert Michels, *op. cit.*, 31.
20 Ibidem, 223.

Luis Felipe Miguel[21], al estudiar la obra de Michels, demuestra que el fenómeno de la oligarquización viene de la búsqueda de mantenimiento del poder y no por el alejamiento de la masa que el partido representa. No hay el alejamiento de los intereses de los dirigentes de la base formada por la masa. En realidad, los dirigentes pasan a temer cualquier transformación que les quite alguna ventaja, volviéndose en conservadores para el mantenimiento del poder, traicionando los ideales de los representados.

Dichas ventajas son evidenciadas por Maria do Socorro Braga[22], que entiende que incentivos selectivos, como los financieros y de *status*, llevan a un aumento de la concentración de poder por la élite oligárquica. Para tanto, los líderes partidistas pasan a controlar áreas-clave del partido, como las finanzas y los canales de comunicación partidista. Es decir, la élite oligárquica tendría ventajas sobre los demás afiliados en sus disputas, teniendo en cuenta el uso personalista de la máquina partidista.

Bruno Carazza[23], al analizar líderes partidistas y su influencia en el Congreso Nacional brasileño, observa que, más allá de las ventajas partidistas, estos líderes también dictan el ritmo del proceso legislativo, cuando garantizan que parlamentarios de su organización voten conforme la orientación partidista, que termina atrayendo más apoyo, especialmente financiero.

En un análisis realizado por Carazza sobre la aplicación de recursos por los partidos para las elecciones para el cargo de diputado federal de 2014, se ve el funcionamiento de la elección de los candidatos por las oligarquías partidistas explicada por Michels, dentro del paradigma brasileño:

> La conclusión que se llega al analizar el modelo de distribución de recursos recaudados por los directorios y comités del MDB [Movimiento Democrático Brasileño] en las últimas elecciones es que los grandes líderes partidistas – que asumieron representatividad nacional a partir de su actuación regional – extraen gran parte de su poder político de la capacidad de comandar la distribución de recursos electorales entre sus correligionarios en las campañas electorales. Considerando el poder del dinero en el resultado de las elecciones y también la libertad de aplicar los aportes recibidos por el partido entre sus candidatos (evidenciada por la significativa disparidad verificada en la mayoría de los estados), estos caudillos partidistas "compran" lealtad de sus compañeros, creando verdaderos "grupos" personalizados[24].

21 Luis Felipe Miguel, *Oligarquia, democracia e representação no pensamento de Michels*, 13 Revista Brasileira de Ciência Política, 137-154 (2014).

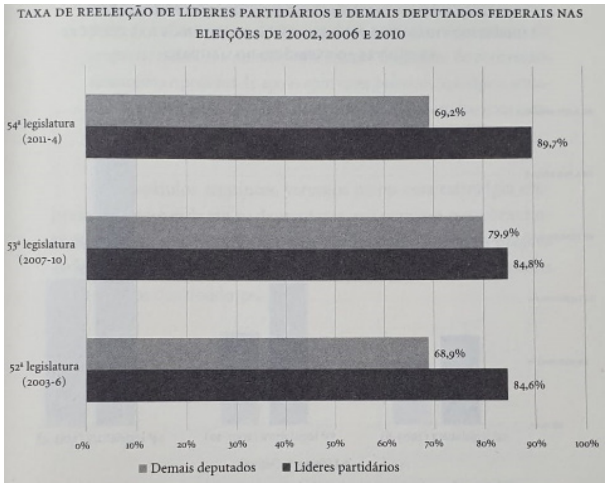
22 Maria do Socorro Sousa Braga, *Democracia e organização nos partidos políticos: revisitando os microfundamentos de Michels*, 44 Revista de Sociologia e Política, 83-95 (2012).

23 Bruno Carazza, Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro (Companhia das Letras, 2018).

24 Ibidem, 94.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Carazza demuestra, aún, que los llamados líderes partidistas que ya tienen mandatos electivos también cuentan con una tasa de reelección superior a los demás candidatos, por medio de análisis de los índices de reelección en las elecciones de 2002, 2006 y 2010. El autor afirma que una de las justificativas es que los líderes partidistas tienen ascendencia sobre los colegas, alcanzando una mayor visibilidad mediática y control de administración de la estructura partidista. Véase el gráfico[25] que muestra la mayor tasa de éxito en las elecciones de los líderes partidistas[26]:



Manuel Castells[27], cuando habla sobre la crisis de la democracia liberal, afirma que dentro de esta búsqueda por el mantenimiento del poder, los partidos incluso pueden no coincidir en la elección de las políticas públicas del Estado, pero todos se ponen de acuerdo en el sentido de mantener el monopolio del poder dentro de los cuadros preestablecidos por la propia organización partidista.

Dicho panorama de búsqueda de mantenimiento del poder termina por crear barreras para la participación femenina dentro de los partidos políticos, privilegiando la figura masculina, de forma a imponer su poder sobre ellas. Este punto fue abordado por Ana Claudia Santano:

> [...] hay un importante bloqueo para la participación de las mujeres en la política que escapa a la legislación referente a las cuotas de género o del

25 Ibidem, 137.

26 El autor añade que los gráficos fueron elaborados con las informaciones de la Cámara de Diputados y del Tribunal Superior Electoral, siendo que "fueron incluidos en el cálculo todos los diputados que ejercieron mandato durante la legislatura, incluso los suplentes que asumieron temporalmente, y que buscaron la reelección para el mismo cargo en las siguientes elecciones."

27 Manuel Castells, Ruptura: a crise da democracia liberal (Zahar, 2018).

> sistema electoral, que es el factor cultural, anticuado y originado desde grupos conservadores que alimentan falsas creencias sobre las mujeres, como los estereotipos sobre familia, comportamiento social y sexual, y tantos otros. Hay mucha literatura que trae las barreras electorales de las mujeres desde el punto de vista de la legislación, de las estructuras internas de los partidos, o del sistema electoral[28].

Panke e Iasulaitis[29], por medio del análisis de campañas de candidatas que obtuvieron éxito, demuestran que "en sociedades regidas por matrices culturales cruzadas por relaciones asimétricas de género, es un reto para las mujeres destacarse en un universo predominantemente masculino, como es la política".

Diana Patrícia Câmara[30] subraya que el ambiente político y la sociedad están impregnados de prejuicios y de machismo, creando mecanismos que bloquean el acceso de las mujeres a los puestos de decisión. Esto hace que las mujeres tengan menores inversiones en la política, si comparadas a los hombres, y un desinterés de las organizaciones partidistas en la formación e incentivo en cuadros femeninos competitivos.

José Álvaro Moisés y Beatriz Rodrigues Sanchez[31] afirman que las instituciones políticas no son neutrales, sino mantenidas por una élite dominante que se basa en el género masculino. Dicha asimetría hace que el sistema se fundamente en prioridades y en concepciones también masculinas[32].

En este cuadro de oligarquías patriarcales, Câmara[33] menciona la necesidad de una corrección del camino a seguir, para que las mujeres no tengan solamente el

28 Ana Claudia Santano, *A naturalização da cultura machista como um forte bloqueio à participação feminina na política*, en Gênero e resistência, volume 1: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres, 39 (Bárbara Mendonça Bertotti *et al*. comps., Editora Fi, 2019).

29 Luciana Panke y Sylvia Iasulaitis, *Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais*, 2 Opinião Pública, 410 (2016), DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912016222385.

30 Diana Patrícia Câmara, *Democracia paritária intramuros*, en Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 2: Direito Partidário, 343-354 (Luiz Fux *et. al.* comps., Fórum, 2018).

31 José Álvaro Moisés y Beatriz Rodrigues Sanchez, *Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil*, en O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo, 89-115 (José Álvaro Moisés comp., Fundação Konrad Adenauer, 2006)

32 En este sentido, cabe destacar: "[...] es ilógico y antinatural el sistema político democrático sostener una noción según la que el talento y las virtudes necesarias a la vida pública son atributos exclusivos del género masculino, parte de la literatura mostró el conflicto que existe entre la defensa de los derechos políticos de las mujeres y el funcionamiento efectivo de instituciones creadas por los hombres en su condición de élite dominante: en la práctica, las instituciones exponen el desempeño de las mujeres y de otros outsiders del sistema. Para dicha perspectiva, las instituciones no son neutrales, ellas tienen incentivos que hacen que ciertos resultados sean más probables que otros y, marcadas por las circunstancias de su desarrollo histórico, reflejan las relaciones de poder de su origen. Teniendo en vista de que las instituciones de representación fueron creadas en el contexto de relaciones de género asimétricas, esto resulta en importantes consecuencias para la representación sustantiva de las mujeres; más allá de los efectos que dicha asimetría resultaron en las concepciones, intereses y prioridades masculinas." Ibidem, 91.

33 Diana Patrícia Câmara, *op. cit.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

derecho de voto y de ser votada, sino que puedan conmemorar la participación en la política como una parte significativa y constructiva. Guzmán Robledo[34], al abordar la reforma constitucional mexicana de 2014 que insertó el sistema de igualdad de género para los cargos legislativos, demuestra que el primer paso para el avance en el desarrollo del tema de igualdad en la política es reconocer la desigualdad existente, para, en el segundo momento, pasar a crear instrumentos que viabilicen la equidad.

En este sentido, uno de los mecanismos creados por la legislación brasileña para la promoción de la equidad entre hombres y mujeres en la política tuvo origen con la Ley n° 9.100/1995, que dispone que, para las elecciones de 1996, 20% de las plazas de cada partido o coalición deberían ser ocupadas por candidaturas femeninas. En 1995, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) publicó la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer – Plataforma de Acción de Beijing, en la que se trata sobre la *masa crítica*.[35] Dicha masa hace referencia a un porcentual mínimo de mujeres que deben integrar los órganos de toma de decisiones, como medio de combatir la desigualdad entre hombres y mujeres en la división de poder. Dicha *masa crítica* identificada por la ONU era del 30 por 100 y el máximo de 70 por 100 para candidaturas del mismo sexo. En este sentido, subraya la Declaración de Beijing que:

> La participación igualitaria de la mujer en la adopción de decisiones no sólo es una exigencia básica de justicia o democracia sino que puede considerarse una condición necesaria para que se tengan en cuenta los intereses de la mujer. Sin la participación activa de la mujer y la incorporación del punto de vista de la mujer a todos los niveles del proceso de adopción de decisiones no se podrán conseguir los objetivos

34 María Teresa Guzmán Robledo, *Equidad de género en la reforma político-electoral de la constitución mexicana (2014)*, 2 Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política, 295-318 (2015).

35 La masa crítica es identificada por la Asamblea General de la ONU por medio de la resolución n° 40/1985, ya aportando el índica del 30 por 100 como representativo de dicha masa. En la Plataforma de Acción de Beijing, dicho porcentaje es señalado por medio de una lectura sistemática del punto G.1 del ítem 192, junto con el punto G del ítem 182.

182. "A pesar de que en la mayoría de los países existe un movimiento generalizado de democratización, la mujer suele estar insuficientemente representada en casi todos los niveles de gobierno, sobre todo a nivel de los ministerios y otros órganos ejecutivos, y ha avanzado poco en el logro de poder político en los órganos legislativos o en lo que respecta al cumplimiento del objetivo aprobado por el Consejo Económico y Social de que para 1995 haya un 30% de mujeres en puestos directivos. A nivel mundial, sólo un 10% de los escaños de los órganos legislativos y un porcentaje inferior de los cargos ministeriales están ocupados por mujeres."

192. Medidas que han de adoptar los gobiernos, los órganos nacionales, el sector privado, los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones de empleadores, las instituciones de investigación y académicas, los órganos subregionales y regionales y las organizaciones no gubernamentales e internacionales: a) Adoptar medidas positivas para conseguir que exista un número decisivo de mujeres dirigentes, ejecutivas y administradoras en puestos estratégicos de adopción de decisiones;

> de igualdad, desarrollo y paz. [...] Aunque las mujeres constituyen por lo menos la mitad del electorado de casi todos los países y han adquirido el derecho a votar y a desempeñar cargos públicos en casi todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, la proporción de candidatas a cargos públicos es realmente muy baja. Las modalidades tradicionales de muchos partidos políticos y estructuras gubernamentales siguen siendo un obstáculo para la participación de la mujer en la vida pública. Las actitudes y prácticas discriminatorias, las responsabilidades con respecto a la familia y la crianza de los hijos y el elevado costo que supone aspirar a cargos públicos y mantenerse en ellos son factores que pueden disuadir a las mujeres de ocupar puestos políticos. Las mujeres que ocupan puestos políticos y de adopción de decisiones en los gobiernos y los órganos legislativos contribuyen a redefinir las prioridades políticas al incluir en los programas de los gobiernos nuevos temas que atienden y responden a las preocupaciones en materia de género, los valores y las experiencias de las mujeres y ofrecen nuevos puntos de vista sobre cuestiones políticas generales. (ONU, 1995, 215-216)

Cabe subrayar todavía que dicha *masa crítica* fue señalada por la ONU como necesaria para 1995, siendo que se esperaba, a partir de 2000, una representación con nivel de igualdad entre hombres y mujeres. Expuesto dicho panorama, se impone mirar para dentro de los partidos políticos, para verificar como el tema se encuentra, teniendo como base el año de 2019, a partir de la división de poder decisorio de dichas organizaciones entre los géneros, en Brasil.

III. UN ANÁLISIS DEL ENGRANAJE BAJO EL ENFOQUE DE LA PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES

Partiendo de la premisa que los partidos son oligopolios que tienden a cerrarse para utilizar la estructura partidista a favor de sus mandatarios, se impone un análisis sobre quiénes son estos líderes. Para tanto, se hará uso de datos numéricos estadísticos sobre los partidos políticos a nivel nacional, analizando la composición de los directorios, de los órganos ejecutivos y de los presidentes.

Fueron seleccionados para la investigación los 33 partidos[36] registrados en el Tribunal Superior Electoral, en 2019[37]. Por medio del sistema de informaciones partidistas se pasó al análisis de la composición del órgano definitivo y de

36 En las elecciones de 2018, concurrieron a los cargos en disputa 35 partidos políticos. Sin embargo, el Partido Republicano Progressista (PRP) se fusionó al Patriota y el Partido Pátria Livre (PPL) se fusionó al Partido Comunista do Brasil (PCdoB), constando el registro de 33 partidos en funcionamiento en el TSE.

37 Disponible en <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos>. Fecha de consulta 29 ago. 2019.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

suplentes de cada organización partidista, considerando solamente los registros activos, comparando con el número de mujeres que la integran, conformando la siguiente tabla:

PARTIDOS	ÓRGÃNO DEFINITIVO	TITULAR	SUPLENTE	**TOTAL FEMENINO**	**REPRESENTACIÓN FEMENINA (%)**
AVANTE	57	7	7	14	24,56140351
DC	120	21	13	34	28,33333333
DEM	61	4	1	5	8,196721311
MDB	157	13	4	17	10,82802548
NOVO	No hay miembros registrados				
PATRIOTA	32	11	-	11	34,375
PCB	32	4	1	5	15,625
PCdoB	130	47	-	47	36,15384615
PCO	Órgano con registro de 1996 – sin parámetros				
PDT	351	75	30	105	29,91452991
PHS	No hay miembros registrados				
PL	144	36	6	42	29,16666667
PMB	17	7	2	9	52,94117647
PMN	101	48	-	48	47,52475248
PODEMOS	99	14	2	16	16,16161616
PROGRESSISTAS	119	11	1	12	10,08403361
PPS	125	32	2	34	27,2
PROS	155	47	15	62	40
PRTB	60	13	2	15	25

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

PSB	163	26	6	32	19,63190184
PSC	95	12	4	16	16,84210526
PSD	198	17	12	29	14,64646465
PSDB	No hay miembros registrados				
PSL	133	35	14	49	36,84210526
PSOL	90	38	7	45	50
PSTU	24	7	1	8	33,33333333
PT	106	52	-	52	49,05660377
PTB	89	13	9	22	24,71910112
PTC	19	2	2	4	21,05263158
PV	147	37	7	44	29,93197279
REDE	108	43	6	49	45,37037037
REPUBLICANOS	71	7	5	12	16,90140845
SOLIDARIEDADE	147	29	-	29	19,72789116
TOTAL	**3150**	**708**	**159**	**867**	**27,52380952**

Los partidos NOVO, PCO, PHS y PSDB no tienen órgano definitivo válido registrado en el sistema del Tribunal Superior Electoral, restando excluidos del análisis. Además, de los 29 partidos restantes, nueve sobrepasan la representatividad del 30 por 100 de participación femenina en los órganos definitivos.

En general, se nota que la mayoría de las organizaciones partidistas no buscó una paridad de género, sino que se aproxima de la representatividad del 30 por 100, llegando a una media del 27,5% de presencia femenina en el órgano definitivo de los partidos. Dicho factor por si sólo ya demuestra que los partidos no superaron la representación de la masa crítica establecida por la ONU en 1995, continuando un espacio de poca participación de mujeres. Aún, se hizo un recorte en el análisis de las organizaciones partidistas, verificándose el género de las personas que ocupan los cargos de Presidente, Tesorero y Secretario, así como sus respectivos suplentes y adjuntos. Se hizo dicho recorte por tratarse de las funciones ejecutivas por excelencia y sobre las que caben las deliberaciones diarias de los partidos.

PARTIDOS	FUNCIONES EJECUTIVAS	NÚMERO DE MUJERES	REPRESENTACIÓN FEMENINA (%)
AVANTE	9	0	0
DC	14	2	14,28571429
DEM	12	0	0
MDB	10	0	0
NOVO	6	1	16,66666667
PATRIOTA	11	1	9,090909091
PCB	9	1	11,11111111
PCdoB	8	3	37,5
PCO	10	3	30
PDT	15	5	33,33333333
PHS	4	0	0
PL	10	1	10
PMB	9	5	55,55555556
PMN	9	3	33,33333333
PODEMOS	12	2	16,66666667
PROGRESSISTAS	30	5	16,66666667
PPS	5	0	0
PROS	9	2	22,22222222
PRTB	10	2	20
PSB	34	1	2,941176471
PSC	9	0	0
PSD	16	0	0
PSDB	12	2	16,66666667
PSL	8	3	37,5
PSOL	18	9	50

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

PSTU	7	2	28,57142857
PT	16	5	31,25
PTB	31	4	12,90322581
PTC	8	0	0
PV	13	5	38,46153846
REDE	5	2	40
REPUBLICANOS	12	3	25
SOLIDARIEDADE	9	0	0
TOTAL	**400**	**72**	**18**

De los 33 partidos, solamente 10 superan la representación del 30 por 100, siendo que otras 9 no tienen ninguna representante femenina en estos cargos. Si en los órganos definitivos, que son más amplios y generales, la representatividad femenina era del 27,5%, se puede observar una disminución para el 18 por 100 cuando se enfocan las funciones ejecutivas investigadas (Presidentes, Secretarios y Tesoreros, con respectivos suplentes y adjuntos). En esta misma línea, si se mira solamente al cargo de Presidente, solamente 4 partidos (PT, PCdoB, PODE y PMB) tienen mujeres en su puesto más alto, formando el 12,12% de representatividad. De esta forma, se tiene que la mayoría de los partidos mantiene en sus estructuras una oligarquía patriarcal, que impide un acceso más eficaz a las mujeres a los cargos ejecutivos de dirección del partido, lo que termina, en último análisis, reflejando en la propia disputa electoral y en una subrrepresentación femenina partidista y político-electoral.

En 2018 fueron elegidas 78 mujeres para la Cámara de Diputados Federal, que tiene 513 en total, lo que hace que la representación femenina sea del 15 por 100. Aunque todavía sea un número bajo, aun así representó un avance en relación con las elecciones anteriores de 2014, cuando fueron elegidas 51 diputadas (el 10 por 100). Ya para el Senado Federal, de los 81 escaños, 12 son actualmente de mujeres, habiendo una representación del 14,8%.[38]

Aunque no se pueda afirmar categóricamente la correlación automática, llama mucho la atención la cuestión del porcentaje de representación femenina en el Congreso Nacional (Cámara y Senado) se aproxima a la representación de los cargos ejecutivos de los partidos políticos. Céli Regina Jardin Pinto[39] aporta

38 Datos disponibles en: <https://www.camara.leg.br/noticias/546180-a-representacao-feminina-e-os-avancos-na-legislacao/>. Fecha de consulta 05 set. 2019.

39 Douglas Souza Angeli y Paula Vanessa Paz Ribeiro, *Os partidos, as esquerdas, as mulheres e a democracia: entrevista com Céli Regina Jardim Pinto*, 23 Aedos: Revista do Corpo Discente do Pro-

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

algunos puntos, a partir del encuentro de datos analizados, que muestran que los partidos políticos están envueltos dentro de una cultura machista y sexista. Al tratar sobre su experiencia como investigadora, la autora afirmó que las mujeres tienen sus partidos como sus enemigos, que no les dan acceso a los recursos financieros y medios de comunicación partiditas a las candidatas. Subraya, aún, la estructura jerárquica y conservadora de las oligarquías partidistas, características que se acentúan aún más cuando se trata del género[40]. Expuestas todas estas informaciones que demuestran la baja representatividad femenina dentro de los propios partidos políticos y sabiendo que ellos son canales esenciales de comunicación de la sociedad civil con el Estado, se impone realizar algunas reflexiones.

IV. LA NECESIDAD DE ROMPER LAS RUEDAS DEL ENGRANAJE PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS MUJERES

Si se toma en cuenta la Plataforma de Beijing de la ONU, se nota que el objetivo era alcanzar una representatividad femenina de por lo menos el 30 por 100 en los espacios decisorios hasta 1995 y, a partir de 2000, hablar de paridad de género en dichos ámbitos, incluso dentro de los partidos políticos. Considerando la Teoría Discursiva Democrática de Habermas, se tiene que estos mismos partidos componen un brazo de la sociedad civil organizada, que tiene como premisa ser un observatorio y una sirena de la esfera social, identificando sus necesidades y deseos, filtrando dichas informaciones por medio de un dialogo imparcial y llevándolas al Estado, para que puedan alcanzar una agenda pública.

Sin embargo, estos mismos partidos parecen constituirse en oligarquías impregnadas de una cultura machista y poco abierta a las mujeres, que corresponden al real cambio. Con ello, se puede indagar si realmente se está ante una esfera pública de debate imparcial, que sería esencial para la deliberación. Hay la imposición de los mandatarios de los partidos políticos que se valen de la estructura partidista para el mantenimiento del poder masculino, alejando a las mujeres de este espacio de deliberación. ¿Cuál es el reflejo de todo ello?

grama de Pós-Graduação em História da UFRGS, 380-389 (2018).

40 En las palabras de Céli Regina Jardim Pinto: "¿Por qué hay tan pocas mujeres? Las mujeres no entraron a la política por muchas razones. Primero porque los partidos políticos brasileños son sexistas, misóginos, machistas y homofóbicos. Cuando yo entrevistaba mujeres candidatas a concejales, la primera cosa que me decían: mi mayor enemigo es mi propio partido. De izquierda y de derecha. Las oligarquías partidistas en el poder en todos los partidos son masculinas y ofrecen mucha resistencia. Seleccionar candidatas mujeres y no dar recursos, no dar espacio junto al candidato del cargo mayoritario, no dar espacio en los medios, no sirve. Las elecciones se ganan con espacio público y con dinero. Las mujeres no ganan ni dinero ni espacio. Entonces quedan las candidatas ficticias. Se añade a eso una estructura familiar extremadamente conservadora en Brasil. (...) Tenemos una estructura familiar jerárquica y absolutamente conservadora en términos de género. Así, hay dos pesos distintos. Hay mucha dificultad de una mujer romper dicha estructura." Idem.

Una representatividad femenina de solamente el 18 por 100 en los cargos de alta dirección de los partidos políticos a nivel nacional (Presidente, Secretario, tesorero y sus respectivos suplentes y adjuntos). Si la representación femenina no llega a 1/5 de los cargos de dirección, ¿cómo tendrán un embate comunicativo en condiciones de igualdad con los hombres? Y esto igual debe considerarse junto con el número de mujeres en la sociedad brasileña, que es del 51,7% de la población[41], y que el número de electoras es del 52,63% del total[42].

La esfera pública de comunicación de las organizaciones partidistas sólo formalmente permite el lugar de voz de las mujeres, pero, en términos prácticos, la excluye, conforme muy bien señalado por Nancy Fraser. Aún, por la cultura oligárquica de dichos espacios, se juzga correcta la posición de Iris Marion Young, pues aunque se permita la voz femenina en dichos espacios, la dirección del partido es para el mantenimiento oligárquico masculino. Con ello, ¿cómo hacer resonar la voz femenina dentro de las estructuras partidistas, permitiendo a ellas participar del discurso democrático intrapartidista? Solamente rompiendo los engranajes del sistema, para utilizarse de la expresión de Robert Michels. O incluso utilizándose de Habermas, habiendo la necesidad de acciones espectaculares para atacar el núcleo del sistema político, lo que el autor denominó de "viejos partidos".

No existe una fórmula ya lista para ello, incluso porque su engranaje sigue funcionando. Parece que, para interrumpirla y realizar su corrección, deberá ser realizada la reordenación de la sociedad civil organizada para más allá de los partidos políticos, pero que logren, como medios de agrupamientos, resonar la voz femenina dentro de estas estructuras, como asociaciones y movimientos feministas. Solamente el miedo de perder espacio de dirección o incluso el poder hará que los dirigentes partidistas abran los partidos para una participación femenina más activa. El camino, es sabido, no es fácil.

Otro aspecto que debe ser considerado es sobre una reforma en el sistema de formación de los directorios y órganos ejecutivos partidistas, lo que no se muestra viable por medio de una reforma legislativa que, otra vez más, pasa por diversos instrumentos para movilización y apoyo. Cabe subrayar que ya existe una presión ante el Tribunal Superior Electoral para una interferencia en los partidos, garantizando cuotas de género en sus cuadros directivos, tal y como es la Consulta n° 0603816-39.2017.6.00.0000, que espera una resolución, estando con la ponente, Min. Rosa Weber. Además, el tema de género también fue abordado en el informe de observación electoral elaborado por la Organización de los Estados Americanos (2018), en la misión realizadas en las elecciones generales de

41 Datos obtenidos desde la Investigación Nacional por Amuestra de Residencias Continuadas de 2018. Disponible en: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantida-de-de-homens-e-mulheres.html>. Fecha de consulta 06. set. 2019.

42 Datos referentes a la consulta para el mes de agosto de 2019. Disponible en: < http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Fecha de consulta 06 set. 2019.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

2018, destacando que deben ser puestos esfuerzos para una mayor participación de mujeres en la arena política brasileña. A su vez, amparado en dicho informe, el Instituto de Abogados Brasileños (IAB) envió una solicitud a la Min. Rosa Weber, entonces presidente del Tribunal Superior Electoral, para la creación de una unidad de políticas públicas de género dentro del TSE, como forma de acompañar el cumplimiento de las cuotas y de otras medidas, atendiendo a lo dispuesto en el informe de misión de observación electoral de la OEA[43]. La esfera pública no concede el mismo espacio de voz para todos, y tampoco da una condición de igualdad a todos. Debido a ello, se hace necesaria la búsqueda de caminos diversos para hacer resonar la voz que concrete la representatividad femenina dentro de los espacios decisorios.

V. CONCLUSIONES

En este panorama que el espacio de voz no es igual entre los géneros, con una estructura oligárquica sexista y machista, hacer que las voces de una esfera privada femenina lleguen a la esfera pública por medio de la sociedad civil emerge como una solución posible.

Distintos movimientos luchan por estos avances, buscando romper una cultura conservadora machista dentro de las organizaciones partidistas y enfrentando barreras para alterar la legislación, o incluso el entendimiento de los tribunales para que adopten una política pública de efectiva representación femenina. La conquista de dicho espacio pasa, indispensablemente, por la concientización de las masas de la necesidad de representatividad. El trabajo no es sencillo, es difícil y, ciertamente, enfrentará muchas batallas y retrocesos. Sin embargo, solamente con la movilización que ponga en jaque la estructura de partidos oligárquicos será posible romper con dichas barreras.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ana Claudia Santano, *A naturalização da cultura machista como um forte bloqueio à participação feminina na política*, en Gênero e resistência, volume 1: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres, 37-64 (Bárbara Mendonça Bertotti *et al*. comps., Editora Fi, 2019).

Aylton Barbieri Durão, *A política deliberativa de Habermas*, 1 Veritas, 8-29 (2011).

Bruno Carazza, Dinheiro, eleições e poder: As engrenagens do sistema político brasileiro (Companhia das Letras, 2018).

43 Disponible en: <https://www.iabnacional.org.br/noticias/iab-pede-ao-tse-criacao-de-unidade-para-ajudar-a-ampliar-a-participacao-politica-das-mulheres>. Fecha de consulta 06 set. 2019.

Diana Patrícia Câmara, *Democracia paritária intramuros*, en Tratado de Direito Eleitoral. Tomo 2: Direito Partidário, 343-354 (Luiz Fux *et. al.* comps., Fórum, 2018).

Douglas Souza Angeli y Paula Vanessa Paz Ribeiro, *Os partidos, as esquerdas, as mulheres e a democracia: entrevista com Céli Regina Jardim Pinto*, 23 Aedos: Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFRGS, 380-389 (2018).

Iris Marion Young, *A Imparcialidade e o Público Cívico: Algumas Implicações das Críticas Feministas na Teoria Moral e Política*, en Feminismo como crítica da modernidade, 66-86 (Seyla Benhabib y Drucilla Cornell comps., Editora Rosa dos Tempos, 1987).

Jorge Adriano Lubenow, *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*, 121 Kriterion: Revista de Filosofia, 227-258 (2010), DOI: https://doi.org/10.1590/S0100-512X2010000100012.

José Álvaro Moisés y Beatriz Rodrigues Sanchez, *Representação política das mulheres e qualidade da democracia: o caso do Brasil*, en O Congresso Nacional, os partidos políticos e o sistema de integridade: representação, participação e controle interinstitucional no Brasil contemporâneo, 89-115 (José Álvaro Moisés comp., Fundação Konrad Adenauer, 2006).

Júlio Strubing Müller Neto y Elizabeth Artmann, *Política, gestão e participação em Saúde: reflexão ancorada na teoria da ação comunicativa de Habermas*, 12 Ciência & Saúde Coletiva, 3407-3416 (2012), DOI: https://doi.org/10.1590/S1413-81232012001200025.

Jürgen Habermas, Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. II, (Flávio Beno Siebeneichler trad., Tempo Brasileiro, 1997).

Luciana Panke y Sylvia Iasulaitis, Mulheres no poder: aspectos sobre o discurso feminino nas campanhas eleitorais, 2 Opinião Pública, 385-417 (2016), DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1807-01912016222385.

Luis Felipe Miguel, *Oligarquia, democracia e representação no pensamento de Michels*, 13 Revista Brasileira de Ciência Política, 137-154 (2014).

Manuel Castells, Ruptura: a crise da democracia liberal (Zahar, 2018).

Marcelo Campos Galuppo, Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas (Mandamentos, 2002).

Maria do Socorro Sousa Braga, *Democracia e organização nos partidos políticos: revisitando os microfundamentos de Michels*, 44 Revista de Sociologia e Política, 83-95 (2012).

María Teresa Guzmán Robledo, *Equidad de género en la reforma político-electoral de la constitución mexicana (2014)*, 2 Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política, 295-318 (2015).

Nancy Fraser, *O Que é Crítico na Teoria Crítica: O Argumento de Habermas e o*

Gênero, en Feminismo como crítica da modernidade, 38-65 (Seyla Benhabib y Drucilla Cornell comps., Editora Rosa dos Tempos, 1987).

Organización de las Naciones Unidas (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Disponible en < https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>. Fecha de consulta 27 mar. 2019.

Organización de los Estados Americanos (2018). Relatório final das eleições 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf>. Fecha de consulta 06 sept. 2019.

Pedro Floriano Ribeiro, *Realismo e utopia em Robert Michels*, 44 Revista de Sociologia e Política, 31-46 (2012).

Robert Michels, Sociologia dos Partidos Políticos (Universidade de Brasília, 1982).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y/O LEGISLATIVO

LA MANIFESTACIÓN DE APOYO A CANDIDATURAS POR PARTE DE TITULARES DEL PODER EJECUTIVO DE LOS TRES NIVELES DE GOBIERNO EN MÉXICO. ANÁLISIS DEL CRITERIO DERIVADO DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE SUP-REP-163/2018

THE MANIFESTATION OF SUPPORT FOR CANDIDATES BY HEADINGS OF THE EXECUTIVE BRANCH OF THE THREE LEVELS OF GOVERNMENT IN MEXICO. ANALYSIS OF THE CRITERION DERIVED FROM THE JUDGMENT ISSUED IN THE FILE SUP-REP-163/2018

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2022 | Fecha de aceptación: 15 de julio de 2022

Rubén Arturo MARROQUÍN MITRE* y Juan Antonio PALOMARES LEAL**

Resumen

El artículo propone el análisis de una sentencia emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que determinó que los titulares de los poderes ejecutivos de los tres niveles de gobierno (Presidente de la República, Gobernador y Presidente Municipal), no pueden realizar manifestaciones y opiniones, durante campaña electoral, que pudieran generar inequidad en la contienda electoral.

Palabras clave: Libertad de expresión, Recursos públicos, Campaña electoral, Imparcialidad, Equidad en la contienda.

Abstract

The article proposes the analysis of a ruling issued by the High Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary that determined that the holders of the executive powers of the three levels of government (President, Governor and Mayor), cannot carry out demonstrations and opinions, during the electoral campaign, that could generate inequity in the electoral contest.

Palabras clave: freedom of speech. public funds, electoral campaign, neutrality, fairness in the electoral contest.

* Maestro en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Monterrey. Catedrático de la Universidad Autónoma de Nuevo León y Secretario de Estudio y Cuenta de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. La prohibición constitucional en 1917. III. La Ley Federal de Competencia Económica de 1992 como primera legislación en el contexto de una política de competencia económica. IV. La incorporación de compromisos. V. El mejoramiento de los compromisos. VI. Génesis del procedimiento de dispensa y reducción en el importe de multas. VII. Procedimiento de investigación. VIII. Terminación anormal del procedimiento de investigación. IX. Procedimiento y desahogo de los compromisos. X. Casos emblemáticos de compromisos. XI. Conclusiones. XII. Bibliografía.*

"*De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho. El derecho valdrá en un país en un momento histórico determinado lo que valgan los jueces como hombres. El día que los jueces tienen miedo, ningún ciudadano puede dormir tranquilo*"

Eduardo J. Couture

I. INTRODUCCIÓN

¿El ejercicio de la libertad de expresión puede ser restringido? ¿Encuentra esto justificación? Desde la perspectiva de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante Sala Superior), sí. Lo anterior, cuando sea con la finalidad de que se cumplan los mandatos constitucionales previstos por el artículo 134 de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CPEUM o Constitución).

Ese es el contexto en el cual se analiza el criterio emitido en la sentencia dictada por la Sala Superior en el expediente SUP-REP-163/2018,[1] en la cual se llegó a esa conclusión. Lo anterior, luego del análisis de un spot promocional de la campaña del entonces candidato postulado a la presidencia de la república por la Coalición "Por México al Frente" -integrada por los partidos políticos Acción Nacional (en adelante PAN) de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano-, Ricardo Anaya Cortés, en el cual aparecían el entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y el Gobernador del Estado de Chihuahua.

1 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-REC-163/2018, (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En la sentencia, Sala Superior revocó la decisión emitida por la Sala Regional Especializada (en lo subsecuente Sala Especializada), en el expediente SRE-PSC-93/2018,[2] al considerar que en dicho asunto se actualizó una violación al artículo 134, párrafo séptimo, de la Constitución, pues "advirtió la vulneración a los principios de imparcialidad y equidad, con la aparición de los sujetos denunciados, derivado de la difusión de diversos promocionales en radio y televisión" (SUP-REP-163/2018),[3] esto, derivado de que, en su concepto, la naturaleza de los cargos y posición notoria al momento de emitir los mensajes analizados, tenían un alcance amplio de influir en la ciudadanía.

Asimismo, consideró que la separación del cargo a través de una licencia, en el caso del entonces Jefe de Gobierno capitalino, no lo desvinculó de su calidad de gobernante ni significó una pérdida de derechos inherentes al cargo, por lo que, en esos casos, era necesario restringir el ejercicio de la libertad de expresión para salvaguardar los principios de imparcialidad y equidad de la contienda electoral.

Por lo anterior, el presente análisis buscará, más allá de efectuar una simple crítica, exponer puntos de vista sobre la ejecución argumentativa que utilizó Sala Superior para llegar a la conclusión de que, para el caso de los titulares de los poderes ejecutivos de los tres órdenes de gobierno puede, en ciertos escenarios, limitarse la libertad de expresión a fin de proteger otros principios constitucionales.

Para ello, el presente abordará de forma inicial, lo concerniente al derecho a la libertad de expresión, frente a los principios que prevé el artículo 134, **párrafo séptimo**, de la CPEUM; posteriormente se establecerá cuál es el criterio judicial que emanó de la sentencia y los argumentos que se exponen para determinar su sentido, en el entendido de que, como fallo firme, constituye jurisprudencia para las autoridades de la materia como argumento de autoridad, sin desconocer la posición de quienes denominan así únicamente a los precedentes de carácter obligatorio[4]. Finalmente, se realizará el comentario al caso y las conclusiones a la que se arriba con motivo del estudio.

II. MARCO DE LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LA EQUIDAD EN LA CONTIENDA ELECTORAL

El artículo 134, en sus párrafos séptimo, octavo y noveno, todos de la Constitución, prevé lo siguiente:

2 Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial [SRETEPJ], Expediente SRE-PSC-93/2018, (Mex.).
3 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, *op. cit*., nota 1.
4 Hernán R. Gonçalves Figueiredo, *El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudencia en la justicia electoral*, 4 Revista Justicia Electoral, 18 (2009).

> "[...] Los servidores públicos de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos.
>
> La propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.
>
> Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar."

Del texto anterior, acorde con precedentes emitidos en la materia electoral, como el relativo al SUP-REP-35/2015, del índice de Sala Superior, se desprende que:

- Los servidores públicos del ámbito federal, de las entidades federativas, municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, deben observar la imparcialidad en la aplicación de los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia electoral entre los partidos políticos.
- La propaganda difundida por los poderes públicos, órganos autónomos, dependencias, entidades de la administración pública y, cualquier ente de los tres órdenes de Gobierno, debe ser completamente institucional.
- Asimismo, esa propaganda debe tener fines informativos, educativos o de orientación social.
- La propaganda difundida por tales sujetos no puede incluir nombres, imágenes, voces o símbolos, que en cualquier forma impliquen la promoción personalizada de cualquier servidor público.
- A fin de garantizar el cumplimiento absoluto de la norma constitucional, se previó que "[l]as leyes" en sus respectivos ámbitos de aplicación deberán contener prescripciones normativas encaminadas a ese fin.
- La sanción a las infracciones a lo previsto en ese precepto constitucional será acorde con lo previsto en cada legislación, según el ámbito de aplicación.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En ese sentido, constituye infracción en materia electoral el incumplimiento del principio de imparcialidad establecido en el artículo 134 de la Constitución, cuando alguna conducta afecte la equidad de la competencia entre los partidos políticos, entre los aspirantes, precandidatos o candidatos durante los procesos electorales de acuerdo con el artículo 449 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

1. Derecho a la información

La Sala Superior, al resolver asuntos como el SUP-RAP-482/2012,[5] ha señalado que el derecho que tiene la sociedad a estar informada se constituye como piedra angular de la democracia representativa; es una condición esencial para formar una opinión pública libre e informada; comprende la posibilidad de allegarse de información, de informar, así como de ser informado. En él, están inmersas las facultades de recibir información objetiva y oportuna; es decir a enterarse de todas las noticias posibles.

La información responde a la necesidad del ser humano de expresarse y de querer saber lo que los demás han expresado; responde un requerimiento de que, en determinado momento se vuelve un derecho fundamental de la humanidad, pues, como personas de libertad, debemos tener el derecho de expresarnos, de informar y de ser informados, y tal prerrogativa natural deberá estar garantizada por el Estado y definida por la sociedad, la cual es definitiva en el proceso de generación y aprovechamiento de la información; ella es la que se asigna a ésta valor y función[6].

2. Principio de imparcialidad

En otro aspecto, Sala Superior ha establecido en expedientes como el SUP-JRC-66/2017,[7] que el principio de imparcialidad establece una imposición para **el sujeto activo de la conducta - servidor público-, a efecto de que no utilice recursos públicos que tenga bajo su responsabilidad para influir en la equidad** de la competencia de los partidos políticos en un proceso electoral.

Mientras tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su parte, al emitir la jurisprudencia P./J. 144/2005[8], ha señalado que el principio de **imparcialidad**

5 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-RAP-482/2012, (Mex.).
6 Bianca Paola Quezada, Derecho de Acceso a la Información Pública en los Estados, 28 (Universidad Iberoamericana, 2001).
7 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-JRC-66/2017, (Mex.).
8 Función electoral a cargo de las autoridades electorales. Principios rectores de su ejercicio, 176707,

consiste en que en el ejercicio de sus funciones las autoridades electorales deben evitar irregularidades, desviaciones o la proclividad partidista; el de **objetividad** obliga a que las normas y mecanismos del proceso electoral estén diseñadas para evitar situaciones conflictivas sobre los actos previos a la jornada electoral, durante su desarrollo y en las etapas posteriores a la misma, y el de **certeza** consiste en dotar de facultades expresas a las autoridades locales de modo que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que su propia actuación y la de las autoridades electorales están sujetas.

3. Principio de equidad en la contienda electoral

Retomando lo decidido en el expediente SUP-JRC-66/2017,[9] Sala Superior ha sido reiterativa en señalar que todos los servidores públicos de la federación, estados, municipios y demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, que tengan bajo su responsabilidad recursos de origen público, en todo tiempo deben aplicarlos o utilizarlos con imparcialidad, salvaguardando en todo momento la **equidad en la contienda electoral.**

Además, sostiene el criterio de que el principio de equidad en la contienda electoral se encuentra establecido en el artículo 41 constitucional, conforme al cual se deben garantizar a los partidos políticos condiciones equitativas en las elecciones, evitando cualquier influencia externa que pueda alterar la competencia.

Por su parte, a decir de dicha Sala en el SUP-REP-673/2018,[10] el principio de equidad o de igualdad de oportunidades en las contiendas electorales es un elemento característico de los sistemas democráticos contemporáneos en el que el acceso al poder se organiza a través de una competencia entre las diferentes fuerzas políticas para obtener el voto de los electores; es un principio con una relevancia especial en el momento electoral, ya que procura asegurar que quienes concurran a él estén situados en una línea de salida equiparable y sean tratados a lo largo de la contienda electoral de manera equitativa.

4. Libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión se encuentra protegido por los artículos 6 y 7 de la CPEUM, así como por el numeral 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el diverso precepto 19 del Pacto Internacional de Derechos

---

Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, noviembre de 2005, P./J. 144/2005, p. 111.

9 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], *op. cit*., nota

10 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-REP-673/2018, (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Civiles y Políticos, de dichas disposiciones legales se desprende que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, ya sea oralmente, por escrito, o a través de las nuevas tecnologías de la información, el cual no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores expresamente fijadas por la ley.

En la línea jurisprudencial constitucional, sobre esta prerrogativa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al decidir el amparo en revisión 91/2004,[11] ha hecho un especial énfasis en mostrar que la libertad de expresión constituye una precondición de la vida democrática. De esta manera, el máximo tribunal del país reconoce una evidente conexión entre la libertad de expresión y la democracia.

Por su parte, la Sala Superior, al resolver asuntos como el SUP-REP-55/2015,[12] ha señalado que la libre manifestación de las ideas es una de las libertades fundamentales de la organización estatal moderna.

Mientras tanto, la **doctrina** ha considerado que la libertad de expresión es un elemento crítico en una democracia por ser indispensable para que cada persona esté en aptitud de forjar su identidad y de realizar su plan de vida, así como para mejorar las condiciones de vida de una colectividad[13].

IV. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

En el caso que se analiza, un partido político distinto a los integrantes de la Coalición "Por México al Frente", denunció el uso indebido de la pauta y de recursos públicos por la difusión de promocionales en radio y televisión atribuidos directamente al PAN, donde aparecían y se escuchaban a los entonces titulares de los Poderes Ejecutivos de la Ciudad de México y del Estado de Chihuahua, expresando apoyo al entonces candidato a la presidencia de la república Ricardo Anaya Cortés. El *spot* fue transmitido del 1 al 4 de abril de 2018, periodo en que transcurría la etapa de campaña electoral.

En el promocional los servidores denunciados expresaban lo siguiente:

> **Entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de México:** *Soy Miguel Ángel Mancera, vamos con Anaya.*
>
> **Otrora Gobernador del Estado de Chihuahua:** *Ricardo Anaya, es la mejor opción para México, es una persona de una gran inteligencia y un pensamiento muy bien estructurado.*

11 Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], Amparo en revisión 91/2004, (Mex.).
12 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-REP-55/2015, (Mex.).
13 Owen Fiss, La ironía de la libertad de expresión, 14 (Gedisa, 1999) y Owen Fiss, Libertad de expresión y estructura social, 50 (Fontamara, 1997).

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

V. CRITERIO JUDICIAL DERIVADO DEL CASO

La Sala Especializada fue quien conoció del caso en primera instancia a través del expediente SRE-PSC-93/2018.[14] En dicho asunto, se determinó la inexistencia de las infracciones denunciadas, al considerar, por una parte, que no se acreditaba el uso indebido de recursos públicos y, por la otra, que las expresiones denunciadas se habían realizado en el marco del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Además, señaló que, en el caso del otrora Jefe de Gobierno de la Ciudad de México, al contar con una licencia definitiva para separarse del cargo, no se le podía atribuir responsabilidad alguna en las conductas denunciadas, ya que no contaba con el carácter de servidor público a la fecha en que comenzó a transmitirse el promocional.

La anterior determinación fue impugnada ante la Sala Superior, quien al conocer del caso en el recurso de revisión del procedimiento especial sancionador SUP-REP-163/2018,[15] **revoc**ó la sentencia, por los siguientes motivos:

- A juicio de Sala Superior, contrario a lo que determinó la Sala Especializada, los servidores públicos titulares del Poder Ejecutivo (presidente de la república, gobernador y presidente municipal) están sujetos a la restricción o limitación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información de los ciudadanos, en relación con las campañas políticas, y el voto informado; en ese sentido, deben abstenerse de realizar opiniones o expresiones que por su investidura puedan impactar en las elecciones a favor o en contra de alguna opción política, a fin de garantizar que los resultados sean un fiel reflejo de la voluntad ciudadana, sin influencias externas, pues en caso contrario cabe una vulneración a los principios de equidad e imparcialidad reconocidos en el artículo 134 Constitucional.[16]
- La Sala Superior sostuvo que, la solicitud de licencia no es suficiente para salvaguardar la imparcialidad por el uso de recursos públicos, pues haberla obtenido no implica una desvinculación con el cargo, de tal manera que la persona en cuestión sigue teniendo la calidad esencial de servidor o funcionario público, aunque cuente con licencia, pues ello no hace que pierda su posición, sino que tan solo lo suspende en el ejercicio de sus funciones, sin perder su investidura.[17]
- La consecuencia material de sus expresiones en los promocionales

14 Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial [SRETEPJ], *op. cit.*, nota 2.
15 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, *op. cit.*, nota 1.
16 Ídem.
17 Ídem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

> difundidos significó la exteriorización de un posicionamiento que, en este caso, transgredió la imparcialidad y equidad en dicho proceso electoral, pues su investidura, presencia ante la ciudadanía, responsabilidades y posición política relevante implicó una forma de presión, coacción o inducción indebida de los electores o de parcialidad política electoral, a partir de su figura pública de titulares del Poder Ejecutivo.[18]

En ese sentido, la importancia el asunto resulta evidente, pues implicó la construcción de un criterio en el aspecto de que las personas titulares de los poderes ejecutivos de los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) encuentran un límite a su derecho a la libertad de expresión, siempre y cuando, sus expresiones u opiniones pudieran, por su investidura, impactar en los comicios electorales, criterio que en nuestro concepto tiene una finalidad clara: garantizar los principios de imparcialidad, neutralidad, objetividad, certeza e independencia que deben regir en el ejercicio de la función electoral, así como la libertad del sufragio.

Cabe aclarar que, servidores públicos como los antes mencionados, si bien cuentan con libertad de expresión, se encuentran también impedidos para contratar tiempo aire en radio y televisión, no obstante, la peculiaridad del caso trató de que éstos aparecían en spots pautados por los entes políticos ante la autoridad constitucionalmente facultada para ello: el Instituto Nacional Electoral, de ahí que el análisis por parte de la autoridad judicial electoral no se realizó desde la perspectiva del artículo 41 constitucional, el cual proscribe a los actores políticos, entre ellos servidores, contratar espacios en medios para difundir propaganda[19], sino a partir de una vulneración al diverso 134 como ha quedado expuesto.

VI. CONCLUSIÓN

Ante la inminente cercanía del proceso electoral de 2023-2024, para renovar, entre otros cargos, a la persona titular del Poder Ejecutivo Federal, es importante tomar en cuenta el criterio emanado de la ejecutoria dictada en el multicitado expediente SUP-REP-163/2018,[20] ya que constituye un precedente esencial que dejó en claro, para las autoridades electorales mexicanas, que quienes ocupan la titularidad del mencionado Poder en sus tres niveles de gobierno, deben de abstenerse de emitir opiniones o expresiones que por su investidura pueden impactar en los comicios.

18 Ídem.
19 Ernesto Camacho Ochoa, *Propaganda política y electoral*, en Tratado de Derecho Electoral 2ª Edición, 185 (Felipe de la Mata Pizaña y Clicerio Coello Garcés coords., Tirant lo Blanch, 2021)
20 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, *op. cit.*, nota 1.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

Asimismo, destaca lo decidido en el aspecto de que la separación de un cargo público por haberse otorgado una licencia no hace que se pierda la condición de servidor público, sino que solo lo suspende el ejercicio de sus funciones, mas no su investidura ni calidad, por lo que toda expresión proferida con el objeto de incidir en la contienda será valorada a la luz del cargo ejecutivo para el que fue electa la persona que lo emite durante la contienda electoral.

En ese sentido, es significativo advertir cómo a partir del citado criterio de la Sala Superior, los titulares de Poderes Ejecutivos, en sus tres niveles (federal, estatal o municipal), tienen una característica y persiguen una finalidad que los hace notoriamente distintos, respecto a otro tipo de funcionarios, como pueden ser las y los legisladores.

Por esa razón, el artículo 134 de la Constitución Federal, persigue un propósito claro: prevenir y sancionar aquellos actos en los que el indebido uso de recursos públicos pudiera tener un impacto o poner en riesgo los principios de equidad en la contienda electoral; además de aquellas otras conductas que pudieran traducir en una coacción o presión al elector para votar a favor o en contra de un partido político o alguna candidatura, es decir, impedir el libre ejercicio del sufragio.

De ahí que sea posible considerar que quienes ocupen determinados cargos públicos tienen más posibilidad de influir en la ciudadanía con sus expresiones; este es el caso de los titulares de los poderes ejecutivos, que al tener funciones de mando y ejecución de las políticas públicas estatales, enfrentan limitaciones o restricciones más estrictas al ejercicio de ciertos derechos, como lo es la libertad de expresión en el contexto del proceso electoral, pues sus cargos les permiten disponer de forma más directa de recursos humanos, financieros, materiales y de los bienes y servicios públicos que ofrece la administración pública a la ciudadanía por la propia naturaleza de su encargo, de su función y de su posición en el orden jurídico y político.

Así, las restricciones o limitaciones a los titulares del Poder Ejecutivo, desde esta perspectiva, garantizan los principios de neutralidad e imparcialidad cuando se exigen, digamos, con un estándar más estricto.

Está claro que manifestar una opinión pública es acorde con la libertad de expresión y el derecho a la información de la ciudadanía, y tiene una relación con el ejercicio del voto informado cuando la llevan a cabo sus representantes populares que ejercen una función deliberativa.

Sin embargo, de acuerdo con el criterio de Sala Superior, las personas titulares de los poderes ejecutivos deben abstenerse de realizar inclusive este tipo de opiniones o expresiones por su investidura y el impacto de ella en los comicios.

Ahora, si bien la sentencia presenta las razones que llevaron a establecer que derechos, como la libertad de expresión, deben limitarse, y para ello se pronuncia estableciendo que “no puede cumplirse con la obligación constitucional prevista en el artículo 134 de la Constitución Federal, si al mismo tiempo no se limita, en

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

alguna medida, la libertad de aquellos de participar, de manera activa, en los procesos electorales",[21] tal como es el caso de los titulares del poder ejecutivo en sus tres órdenes de gobierno, lo cierto es que la resolución no expone argumentación alguna que responda a la interrogante de por qué la colisión entre los derechos involucrados culminó en preferir la salvaguarda de unos restringiendo o limitando otros.

Esto último se afirma porque, atendiendo al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85, "de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".[22]

En ese sentido, al margen de la definitividad e inatacabilidad de sus decisiones por mandato constitucional[23], en nuestro concepto, Sala Superior debió expresar, más allá del cargo de los sujetos denunciados, que la restricción a derechos fundamentales obedeció a razones objetivas que solucionaron el conflicto entre los derechos a tutelar, pues los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados, por lo que pueden ser objeto de ciertas restricciones permitidas, siempre que se encuentren previstas en la legislación y no sean irracionales, injustificadas o que se traduzcan en privar de su esencia cualquier derecho, fin, principio o valor constitucional o electoral fundamental.

Por tanto, se considera que, aunado al argumento de maximización de equidad en la contienda, esto último debió ser también analizado en contraste con la limitación de la libertad de expresión para no caer en su simple supresión o limitación con un aparente sustento dogmático que no realizó una confronta pertinente conforme a lo anteriormente apuntado.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Bianca Paola Quezada, Derecho de Acceso a la Información Pública en los Estados, (Universidad Iberoamericana, 2001).

21 Ídem.
22 Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], Opinión Consultiva OC-5/85, 13-11-1985.
23 Roberto Duque Roquero y Anabel Ruiz Velázquez, *Principio de Inimpugnabilidad de sus decisiones, en* Estatus, Organización y Funcionamiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1149 (César Astudillo y J. de Jesús Orozco Henríquez coords., Tirant lo Blanch, 2021).

Ernesto Camacho Ochoa, *Propaganda Política y electoral, en* Tratado de Derecho Electoral 2ª Edición, 169-189 (Felipe de la Mata Pizaña y Clicerio Coello Garcés coords., Tirant lo Blanch, 2021).

Hernán R. Gonçalves Figueiredo, *El respeto de los precedentes y los cambios de jurisprudencia en la justicia electoral*, 4 Revista Justicia Electoral, 15-33 (2009).

Owen Fiss, La ironía de la libertad de expresión, (Gedisa, 1999).

Owen Fiss, Libertad de expresión y estructura social, (Fontamara, 1997).

Roberto Duque Roquero y Anabel Ruiz Velázquez, Principio de Inimpugnabilidad de sus decisiones, en Estatus, Organización y Funcionamiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1149-1164 (César Astudillo y J. de Jesús Orozco Henríquez coords., Tirant lo Blanch, 2021).

INVESTIGACIÓN UDEM

CONFIGURACIÓN JURÍDICA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA DE INTEGRIDAD DENTRO DE LAS COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN

LEGAL CONFIGURATION IN THE IMPLEMENTATION OF THE INTEGRITY POLICY WITHIN PUBLIC PURCHASES AND CONTRACTING IN THE STATE OF NUEVO LEÓN

Fecha de recepción: 1 de agosto de 2022 | Fecha de aceptación: 9 de septiembre de 2022

Diana Elisa ORTEGA JIMÉNEZ*

Resumen

La creación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) trajo consigo la implementación de diversos instrumentos tendientes a la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, encontrándose entre aquellos la Política de Integridad. Este instrumento, al igual que el SNA en general, se ha enfrentado a un proceso de adaptación donde los agentes implementadores se han visto en la necesidad de resolver, sin antecedente alguno, las cuestiones inherentes a la implementación del mismo, tal es el caso del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León. Dado que la Política de Integridad resulta aplicable a las personas morales, en el presente trabajo se busca identificar las cuestiones relativas a la implementación de la misma en las compras y contrataciones públicas en el Estado de Nuevo León. Estas se dividen en dos ramos: sector público y sector privado, y en cada uno se señalarán las áreas de oportunidad. Por último, a fin de armonizar la implementación del instrumento en cuestión, se propone una reforma a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios y a la Ley de Obras Públicas para el Estado y los Municipios, ambas del Estado de Nuevo León.

Palabras clave: Integridad, compras, contrataciones, corrupción.

Abstract

The creation of the National Anti-Corruption System (SNA) brought with it the implementation of various instruments aimed at the prevention, detection and sanction of administrative offenses and acts of corruption, among which the Integrity Policy was found. This instrument, like the SNA in general, has faced an adaptation process where the implementing agents have seen the need to resolve, without any precedent, the issues inherent to its implementation, such is the case of the Municipality of San Pedro Garza Garcia, Nuevo Leon. Given that the Integrity Policy is applicable to legal entities, this paper seeks to identify issues related to its implementation in public procurement and contracting in the State of Nuevo León. These are divided into two branches: public sector and private sector, and in each one the areas of opportunity will be indicated. Finally, in order to harmonize the implementation of the instrument in question, a reform to the Law of Acquisitions, Leases and Contracting of Services and to the Law of Public Works for the State and Municipalities, both of the State of Nuevo León, is proposed.

Palabras clave: Integrity, purchases, contracts, corruption.

* Maestra en Derecho de la Empresa por la Universidad de Monterrey.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Problemas dentro del sector público. III. Problemas dentro del sector privado. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los compromisos internacionales en materia anticorrupción suscritos por el Estado mexicano, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción1, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales[2] y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción[3], constituyeron la piedra angular sobre la cual se expidió la reforma constitucional en la materia en 2015. Tal reforma estableció la creación del Sistema Nacional Anticorrupción que, en términos del artículo 1 de su Ley General[4], funge como una instancia de coordinación entre actores sociales, autoridades federales, estatales y locales en la materia con el objetivo de prevenir, investigar y sancionar faltas administrativas y hechos de corrupción en el país.

La corrupción resulta ser una práctica conocida que impide el desarrollo y amenaza la existencia del país[5]. De acuerdo al Índice de Percepción de la Corrupción[6] de Transparencia Internacional, la mejor calificación que el país ha obtenido fue en 2014 con 35 puntos, ubicándose en el lugar 103 de 175 países. Sin embargo, en 2019 obtuvo una calificación de 29 puntos posicionándose en el lugar 130 de 180 países[7], y actualmente cuenta con 31 puntos, posicionándose en el lugar 124, siendo así el peor evaluado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico[8].

Para el debido funcionamiento de este Sistema fue necesaria la reforma y expedición de una serie de leyes secundarias, publicadas en 2016, y entre las cuales

1 Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), 09 de enero de 1998 publicado en el DOF.
2 Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 27 de septiembre de 1999 publicado en el DOF.
3 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 14 de diciembre de 2005 publicado en el DOF.
4 Ley General de Responsabilidades Administrativas, 18 de julio de 2016 publicada en el DOF, 22 de noviembre de 2021 última reforma publicada en el DOF.
5 Jorge Fernández Ruiz, *Combate a la corrupción en México*, 1 Revista Biolex,, (2019).
6 Índice de Percepción de la Corrupción 2014 de Transparencia Internacional, 02 de diciembre de 2014.
7 Transparencia Mexicana, "Mejora percepción de corrupción en México 2020; riesgo de impunidad latente: Transparencia Mexicana", 27 de enero de 2021, consultado el 25 de mayo de 2021 de https://www.tm.org.mx/ipc2020/
8 *Idem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

se encuentra la Ley General de Responsabilidades Administrativas[9] (en lo sucesivo, la LGRA). Asimismo, se crearon los Sistemas Locales Anticorrupción, en el caso del Estado de Nuevo León se expidió la Ley de Responsabilidades Administrativas del Estado de Nuevo León[10] (en lo sucesivo, LRAENL), publicada en 2019.

Anteriormente se consideraba que solamente las personas servidoras públicas podían incurrir en prácticas corruptas por lo tanto, además de las disposiciones en materia penal, se regulaban la conducta de estos sujetos dentro del régimen de responsabilidades administrativas. Esto, en el ámbito federal, a través de la ya extinta Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos[11] siendo ahora la LGRA. En ese sentido, de conformidad a la tesis P. LX/96[12], la responsabilidad administrativa consiste en faltar a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública.

Atendiendo al Código de Ética para las Personas Servidoras Públicas del Gobierno Federal[13], legalidad consiste en fomentar el cumplimiento a las normas jurídicas. Honradez hace referencia fomentar la rectitud en el ejercicio del empleo, cargo o comisión promoviendo un gobierno abierto que prime por la máxima publicidad y el escrutinio público. Lealtad, es corresponder a la confianza que el Estado ha conferido. Imparcialidad consiste en fomentar el acceso neutral y sin discriminación de todas las personas a las mismas condiciones y eficiencia consiste en consolidar los objetivos gubernamentales. De lo anterior se advierte que la violación a alguno de estos principios no constituye un delito.

Sin embargo, este nuevo sistema de responsabilidades trae consigo el reconocimiento de los particulares, tanto personas físicas como morales, como sujetos de responsabilidad administrativa. Este supuesto se actualiza cuando sus actos se encuentren vinculados con el actuar de las personas servidoras públicas. A razón de esto, la LGRA y la LRAENL han establecido "Mecanismos de prevención e instrumentos de rendición de cuentas" en su título segundo. Dentro del mismo, se encuentra el capítulo dos denominado "De la integridad de las personas morales", el cual se compone únicamente por dos artículos (24 y 25), en los que se hace alusión a la responsabilidad de las personas morales.

Ahora bien, en el articulado 25 de ambas legislaciones, se establece el instrumento denominado "Política de Integridad" el cual es aplicable al interior de las personas morales. Tal disposición establece que al momento de la

9 Ley General de Responsabilidades Administrativas... *cit.*
10 Ley de Responsabilidades Administrativas del Estado de Nuevo León, 07 de junio de 2019 publicada en el POE, 24 de diciembre de 2021 última reforma publicada en el POE.
11 Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, 13 de marzo de 2002 publicada en el DOF, 19 de julio de 2017 abrogación publicada en el DOF.
12 Tesis, P. LX/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, Abril de 1996, p. 128.
13 Código de Ética de las personas Servidoras Públicas del Gobierno Federal, 05 de febrero de 2019 publicado en el DOF.

"determinación de la responsabilidad" se valorará si la empresa cuenta con tal Política, es decir, cuando una persona moral sea sujeto de un procedimiento de responsabilidad administrativa por la presunta comisión de un acto vinculado con una falta grave. Asimismo, en el citado artículo 25 se establecen los siete elementos mínimos que conforman el instrumento al cual se está refiriendo, disipando así las dudas que se pudieran generar para su implementación.

En ese sentido, es indispensable señalar que el punto de contacto que existe entre las empresas y el gobierno necesariamente es a través de la compra y la contratación pública. Es decir, es en estos procedimientos donde existe el riesgo de comisión de tales actos.

Estos procedimientos son entendidos como el proceso formal a través del cual las agencias gubernamentales obtienen bienes y servicios, incluyendo servicios de construcción u obras públicas[14]. Este concepto también abarca todas las funciones que corresponden a la adquisición de cualquier bien, servicio, o construcción, incluyendo la descripción de los requisitos, selección y solicitud de oferentes, la evaluación de las ofertas, preparación y adjudicación del contrato, disputa y resolución impugnaciones y todas las fases de administración del contrato.[15]

En el Estado de Nuevo León las legislaciones locales que regulan tales procedimientos son dos, por un lado, se encuentra la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Nuevo León (en lo sucesivo, la LAACSENL) la cual, de conformidad a su artículo 1, tiene por objeto reglamentar las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles e inmuebles y la contratación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen diversas entidades tales como la Administración Pública del Estado, el Poder Judicial del Estado y las Administraciones Públicas Municipales. Por otro lado, se encuentra la Ley de Obras Públicas para el Estado y Municipios de Nuevo León (en lo sucesivo, la LOPEMNL) la cual regula las contrataciones en la materia. De conformidad a su artículo 1 esta norma tiene por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, adjudicación, contratación, ejecución y control en materia de obra pública y los servicios relacionados con la misma, que realicen entidades tales como el Estado, los Municipios, las empresas de participación estatal mayoritaria entre otras. Los Municipios también cuentan con reglamentos en la materia, sin embargo, no presentan cambios significativos de las legislaciones locales.

---

14 Organización de los Estados Americanos "Sistema de Información sobre Comercio Exterior", n.d., consultado el 24 de febrero de 2022, de: http://www.sice.oas.org/dictionary/gp_s.asp#:~:text=El%20proceso%20formal%20a%20trav%C3%A9s,de%20construcci%C3%B3n%20u%20obras%20p%C3%BAblicas.&text=Agencia%20gubernamental%20que%20obtiene%20bienes,de%20compras%20del%20sector%20p%C3%BAblico.

15 *Idem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Ahora bien, considerando la aplicabilidad de la Política de Integridad y dado que dentro de las compras y contrataciones públicas las empresas pueden caer en actos sancionables, se advierte necesario que tal instrumento sea implementado como requisito dentro de estos procedimientos. De lo contrario es poco eficiente que las disposiciones aplicables a un mismo acto se encuentren dispersas en diversas legislaciones.

Si bien las disposiciones locales en la materia no establecen la obligatoriedad en la adopción de la Política, existe la posibilidad de que lo hagan a través una reforma, lo cual estaría en manos del Congreso del Estado. Asimismo, en ejercicio de su facultad de autorregulación, los Municipios también cuentan con la posibilidad de incorporar la Política a sus reglamentos en la materia. Al respecto es importante mencionar que, luego de un estudio, se advirtió que el único Municipio que incorpora este instrumento dentro de sus procedimientos compras y contrataciones es San Pedro Garza García, Nuevo León (en lo sucesivo, SPGG). En su Reglamento de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios[16] el Municipio establece el deber de las personas morales de contar con la Política en comento en los siguientes rubros: Como requisito de participación dentro de la convocatoria a la licitación pública, como requisito dentro del proyecto de convocatoria pública, como requisito en el acto de presentación y apertura de propuestas de las licitaciones públicas presenciales, como criterio de selección en caso de igualdad de condiciones, como requisito dentro del contrato; y como requisito para el registro en el padrón de proveedores.

Ahora bien, ya sea que el Estado y el resto de los Municipios realicen sus adecuaciones normativas e impongan este nuevo requisito o bien que la empresa en cuestión desee hacer valer su Política, se advierten diversos problemas, tanto en el sector público como en el sector privado.

Dentro del sector público el primero que se advierte es, que no existe un deber de revisión ni el procedimiento para llevarla a cabo. Tampoco se encuentra determinado el resultado que debe tener tal instrumento y, además, dado que este pertenece al régimen de responsabilidades administrativas, el cual es de reciente creación; es probable que la autoridad responsable no cuente con la experticia necesaria para llevar a cabo una valoración.

Por otro lado, dentro del sector privado, se advierte que la exigencia de este instrumento puede generar que las empresas aleguen la falta de proporcionalidad para la implementación, ya que no se hace distinción de tamaño o giro de la empresa. Otra problemática dentro de este sector es que la redacción de los elementos contiene aspectos subjetivos, lo cual puede dar pie a diversas

16 Reglamento de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, 22 de junio de 2016 publicado en el POE, 15 de octubre de 2021 última reforma publicada en el POE.

interpretaciones generando dudas y controversia entre las empresas. Por último, se advierte que al establecer tal requisito es posible que se alegue una barrera a la libre competencia y concurrencia.

En ese sentido, el presente trabajo se enfoca a estudiar tales problemas derivados de la implementación de la Política en comento dentro de las compras y contrataciones públicas en el Estado de Nuevo León, haciendo énfasis en el Municipio de SPGG. Dado que este instrumento implica esfuerzos tanto del sector público como del privado, en el presente trabajo se estudian las perspectivas de ambos sectores.

Para la elaboración del presente, además de la investigación académica se llevaron a cabo diversas entrevistas estructuradas las cuales fueron realizadas a conocedores del tema, tales como el Maestro Luis Alfonso García Campuzano, experto en el tema de Política de Integridad, el Ingeniero Carlos Romanos Salazar, Director de Adquisiciones, el Ingeniero José Luis Ramos Gastelum, Coordinador de Procesos y Planeación Estratégica, ambos de la Secretaría de Administración de SPGG y expertos en compras y contrataciones públicas.

También, este tipo de entrevistas se realizaron a expertos en materia de combate a la corrupción y responsabilidades administrativas, siendo el Maestro Joaquín Ramírez de la Cerda, Secretaría Ejecutivo y el Lic. Francisco Giovanny Rodríguez Esquivel, Coordinador Jurídico, ambos de la Secretaría Técnica del Sistema Estatal Anticorrupción del Estado de Nuevo León; así como el Lic. Mario Treviño Martínez, Magistrado de la Sala Especializada en Materia de Responsabilidades Administrativas del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Nuevo León.

Una vez estudiados los problemas en la implementación, el producto del presente trabajo de investigación es la creación de una guía al servicio de la autoridad a fin de dar respuesta a las problemáticas identificadas.

II. PROBLEMAS DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO

1. Política de Integridad

Una política, en el ámbito privado, es una guía para canalizar una acción[17]. Las personas morales emplean este tipo de instrumentos ya sea para evitar sanciones legales o bien a fin de mejorar el producto o servicio que están prestando, lo cual genera competencia entre las empresas.

Según la Comisión Federal de Competencia Económica (en lo sucesivo, la Cofece) la competencia es la rivalidad que se genera entre las empresas que participan en un mismo mercado, gracias a esta, las empresas tienen el incentivo para volverse más eficientes y atraer un mayor número de personas

17 Lady Itse Flores Fuentes, Manual de Políticas y Procedimientos de una dedicada al autotransporte, Cuautitlán Izcalli, Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 27 (2009).

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

consumidoras[18]. Esta genera un círculo virtuoso lo cual beneficia a todas las personas, ya que las empresas se esfuerzan por aumentar sus ventas, las personas trabajadoras reciben mejores condiciones laborales, las y los consumidores adquieren mejores productos y por consecuencia la economía crece.

Ahora bien, respecto al concepto de integridad se advierte que este proviene del latín *integrĭtas*, -ātis que significa cualidad de íntegro[19]. Es usada en diversas áreas de conocimiento con significados múltiples, pero casi todos ellos vinculados a la idea de algo no dañado, algo que no ha perdido su entereza[20]. La integridad no es una virtud, sino una habilidad o, a lo sumo, una capacidad de ser coherente y lógico con ciertos principios[21], comprender el concepto y su importancia exige asumir su vínculo necesario con la justicia y el comportamiento recto[22]. Aquello que sea merecedor de tal denominación es, sin lugar a dudas, garante de calidad.

Sobre la integridad se edifica la reputación tanto de las personas como de las instituciones, por ello la importancia de la misma se constata tanto en el ámbito de la comunidad, como en el profesional[23], actuar sin integridad corrompe a la persona agente y a las demás que con ella interactúan pues genera desconfianza[24], genera corrupción.

Se pueden identificar al menos cuatro condiciones imprescindibles para la existencia de la integridad: justicia, coherencia, buenos principios y motivación recta[25]. La primera de ellas, si bien existen múltiples definiciones las cuales han sido acuñadas a través del tiempo por diversos filosos y juristas, ha sido considerada como dar a cada uno lo que le pertenece[26]. La segunda hace referencia a la ausencia de contradicción, es decir, que no exista coalición entre principios y valores[27] bajo los cuales se rige el actuar, si no hacerlos compatibles para poder ser aplicados a un caso en concreto.

---

18 Comisión Federal de Competencia Económica, "¿Qué hacemos en la Comisión Federal de Competencia Económica COFECE?", n.d., consultado el 10 de marzo de 2022 de: https://www.cofece.mx/que-hacemos-en-la-cofece/

19 Daniel Márquez Gómez y Pastora Melgar Manzanilla, Integridad académica y plagio, Defensoría de los Derechos Universitarios 3. (2020)

20 Manuel Villoria, Integridad, 1 Eunomía revista en cultura de la legalidad Madrid 108, (2012).

21 Magdalena Bosch y Rita Cavallotti, ¿Es posible una definición de integridad en el ámbito de la ética empresarial?, 2 Revista empresa y humanismo, 56, (2016) DOI: 10.15581/015.XIX.2.51-68

22 *Ibidem, 57*

23 *Ibidem, 53.*

24 *Idem.*

25 *Ibidem, 57.*

26 Javier Murillo Torrecilla y Reyes Hernández Castilla, *Hacia un concepto de Justicia Social* 4 Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación, 8 (2011).

27 Agustín Cerrillo Martínez, La integridad como instrumento de prevención de conflicto de interés en la contratación pública, 25 Revista Digital de Derecho Administrativo 377 (2021).

La tercera condición resulta compleja en su explicación, ya que "bueno" es un adjetivo empleado para reconocer el valor positivo atribuido a un objeto o una acción[28], utilizado de forma subjetiva, en cuanto a los "principios" estos son las reglas que guían el actuar de la persona, el cual resulta también un concepto subjetivo. En cuanto a la cuarta y última condición, esta alude al móvil de una determinada acción, el cual debe hallarse ausente de vicios, desvíos o inclinaciones, es decir, dicho móvil debe ser acorde a la justicia y legalidad.

Es ese sentido, la literatura científica de los últimos veinte años en el ámbito de la ética empresarial destaca la importancia de la integridad en las organizaciones[29], siendo así, este concepto ha adquirido peso al interior de las mismas. La integridad representa un conjunto de acciones e instrumentos, entre los instrumentos se encuentran los códigos de conducta, manuales de organización, políticas y sistemas internos, los cuales tienden a reforzar el respeto a las leyes, a los valores y a los objetivos mientras que las acciones se encuentran alineadas a los mismos. La integridad de una empresa es el reflejo de la integridad de las personas que en ella laboran, por ello debe hallarse presente en todas ellas, a fin de que se cumpla con los estándares esperados.

En el marco del Sistema Nacional Anticorrupción (en lo sucesivo, el SNA) este instrumento se encuentra establecido en el artículo 25 de la LGRA y ha sido replicada en el mismo numeral de la LRAENL. A través de este se busca crear una nueva cultura, donde la integridad sea un activo reconocible y valorable[30] al interior de las empresas. Asimismo, tales disposiciones establecen los siete elementos mínimos con los que debe contar tal PI: Un manual de organización y procedimientos, un código de conducta, sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría, sistemas adecuados de denuncia, sistemas y procesos adecuados de entrenamiento y capacitación, políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la corporación y mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de sus intereses.

De conformidad a la LGRA y LRAENL, la PI será valorada por la autoridad resolutora al momento de la determinación de la responsabilidad dentro de procedimiento de responsabilidad administrativa. Esto cuando una empresa supuestamente haya cometido un acto vinculado con una falta grave. Tales actos

28 *Ibidem*, p. 395.

29 Bosch, Magdalena y Cavallotti, Rita, *"¿Es posible una definición de integridad en el ámbito de la ética ...cit,,* p. 52.

30 Exposición de motivos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, presentada en la Cámara de Senadores por el Grupo Parlamentario del PRD el 10 de diciembre de 2013, consultada el 10 de junio de 2021 de https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=s6n2if7Uv7A+Z8l0w3ky6YsQP4Cwovl9CIr22OS-7JYcbKCYEjAGFM23Zaw1A5KOtIazV7/ugxJKjQa7ERAp/lA== p. 954

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

son Soborno, Participación ilícita en procedimientos administrativos, Tráfico de influencias, Utilización de información falsa, Colusión, Uso indebido de recursos públicos y Contratación indebida de ex Servidores Públicos. El beneficio que trae consigo este instrumento es que en caso de que la persona moral resulte responsable la PI le traerá beneficios tales como una reducción en la sanción.

Dada la naturaleza administrativa de estos actos, la autoridad resolutora es el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, en específico la Sala Especializada en Materia de Responsabilidades Administrativas. La persona moral puede ser sancionada con independencia de las sanciones en materia penal a las que llegara a ser acreedora por llevar a cabo una determinada conducta, esto sin violentar el principio *non bis in idem*[31].

De la lectura de las conductas sancionables en algunas fácilmente se advierte que se llevan a cabo dentro de los procedimientos de compras y contrataciones, tal es el caso de la participación ilícita, utilización de información falsa, colusión, uso indebido de recursos públicos y contratación indebida de ex servidores públicos. Si bien la redacción no es especifica respecto a soborno y tráfico de influencias, no hay que dejar de lado que el punto de contacto entre las empresas y gobierno es necesariamente a través de los procedimientos mencionados. Los procedimientos de compras y contrataciones tienen normas que los regulan, a saber la LAACSENL para las adquisiciones de bienes y servicios exceptuando el ramo de obra pública y la LOPENL para el ramo de obra pública. Estas legislaciones establecen tres tipos de procedimientos para comprar o contratar: Adjudicación directa, Invitación restringida y Licitación pública.

Cada uno posee una serie de requisitos que deberán ser cumplidos por la potencial persona proveedora asegurando las mejores condiciones de precio y calidad. Asimismo, cabe mencionar que en la LAACSENL (numeral 25), existe un cuarto tipo de procedimiento llamado subasta electrónica inversa.

Las compras y contrataciones públicas resultan ser una de las principales actividades detonadoras de la economía de los Estados[32], sin embargo, también son consideradas vulnerables a la corrupción, al grado de que han sido calificadas como permisivas, abusivas, desiguales y principalmente incontroladas[33] . En el Estado de Nuevo León, durante el período comprendido del 2012 al 2014, la contratación superó aproximadamente los $8.2 mil millones de pesos sin

31 Lizbeth Xochitl Padilla Sanabria y Eduardo Daniel Vázquez Pérez, "El derecho disciplinario del enemigo en México: bases metodológicas" *Hechos y Derecho,* Delegación Coyoacán, Ciudad de México, núm. 64, julio-agosto 2021.

32 Francisco Javier Camacho Romero, *Contrataciones públicas: análisis a la luz del Sistema Nacional Anticorrupción, en* La contratación pública y el Sistema Nacional Anticorrupción, , Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 20 (2020).

33 Mariana Campos, *et al*., "MeTroP: Antídoto vs. La corrupción", 29 abril de 2016, México Evalúa, consultado el 28 de mayo de 2021 de https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2016/09/MeTrOP_completo.pdf

considerar impuestos, $546 millones de dólares, lo que implica un promedio anual de $182 millones de dólares[34].

En ese sentido, es necesario señalar los requisitos que las legislaciones en la materia establecen para contratar en cada tipo de procedimiento. Respecto a la adjudicación directa, en el artículo 43 de la LAACSENL, se establece que se deberá contar con al menos tres cotizaciones con las mismas condiciones, que se hayan obtenido en los treinta días naturales previos al de la adjudicación y consten en un documento en el cual los proveedores oferentes se identifiquen indubitablemente. En cuanto a la invitación restringida, el artículo 44 de la propia norma establece que se aplicarán las disposiciones relativas a la licitación pública que así resulten. Respecto a la subasta electrónica inversa, el artículo 55 de esta Ley establece que dentro de este procedimiento el requisito que deberán cumplir los interesados consiste en contar con una cuenta de acceso al sistema en cuestión.

Por último, respecto a la licitación pública, los requisitos están previstos en el artículo 31 de esta misma Ley, los cuales son veintitrés. Si bien la PI no se encuentra dentro de tales requisitos, cabe mencionar que en la fracción XII se establece el deber de presentar una declaración de integridad, la cual consiste en una manifestación de conducirse honestamente en las diversas etapas de la licitación y abstenerse de adoptar conductas contrarias a la Ley. Tal fracción trae a relucir la importancia de la integridad dentro de estos procedimientos, sin embargo, a diferencia de la PI esta declaración no impone la implementación de instrumentos al interior de la empresa.

Al respecto, resulta importante señalar la facultad contenida en el último párrafo del mencionado numeral 31, el cual establece que en el Reglamento de tal Ley se podrán determinar requisitos adicionales que deberán reunir la convocatoria y su resumen.

En ese sentido, en el artículo 59 de tal Reglamento se establecen los requisitos necesarios para tal procedimiento, sin embargo, tal disposición se limita a replicar los requisitos de la Ley. Por otro lado, el artículo 41 del Reglamento establece que la Unidad Convocante podrá solicitar el cumplimiento de requisitos o especificaciones adicionales a las normas de referencia, siempre que se acredite que no se limita la libre participación de los licitantes. Así pues, se concede la facultad a las Unidades Convocantes de añadir requisitos a la hora de contratar cuando se emplee el procedimiento de licitación pública, por lo tanto, a tales Unidades se les concede la facultad de exigir que la empresa cuente con la PI.

34 Informe de Prácticas en la Contratación Pública Local en Cinco Entidades Mexicanas, Éditions OCDE, Paris 2015 página 111, consultado el 10 de julio de 2021, de https://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/Review%20of%20Practices%20of%20Local%20Public%20Procurement%20in%20Five%20Mexican%20States%20-SP.pdf

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

En cuanto a la subasta electrónica inversa esta consiste en una publicación en el portal electrónico de la unidad convocante cuyos requisitos son nueve y en ninguno se establece la multicitada PI.

Ahora bien, las legislaciones en materia de compras y contrataciones públicas anteriormente mencionadas tienen carácter estatal, sin embargo, el Estado de Nuevo León cuenta con 51 municipios, y de conformidad al citado artículo 41 de Reglamento en comento, todos éstos tienen la facultad de imponer requisitos adicionales a los procedimientos de adquisición, justamente a través de sus reglamentos municipales.

Si bien esta facultad es indubitable, para llevar a cabo la identificación de los problemas de la implementación de la PI dentro de las compras y contrataciones públicas es necesario reducir el universo de estudio. Por lo cual tal reducción comenzará partiendo de la Zona Metropolitana, para posteriormente hacer énfasis en prácticas de ciertas municipalidades. Esta zona posee mayor relevancia respecto a este tipo procedimientos ya que cuentan con una numerosa población, por lo cual sus necesidades aumentan, sin embargo, cuentan con un presupuesto mayor para satisfacerlas. Esta zona conformada por 12 Municipios los cuales son los siguientes:

Tabla 1.

No.	Municipio	Población	Porcentaje que representa de la población estatal	Presupuesto 2021
1	Apodaca	656,464	11.3%	$2,016,957,826.00
2	Cadereyta Jiménez	No se encuentra disponible la información	No se encuentra disponible la información	$435,676,846.80
3	García	No se encuentra disponible la información	No se encuentra disponible la información	$887,275,583.69
4	San Pedro Garza García	132,169	2.3%	$2,646,977,446.00
5	General Escobedo	481,213	8.3%	$1,251,057,232

6	Guadalupe	643,143	11.1%	$1,935,732,00.00
7	Juárez	471,523	8.2%	$800,830,829.00
8	Monterrey	1,142,994	19.8%	$6,188,974,186.76
9	Salinas Victoria	86,766	1.5%	$310,315,374.00
10	San Nicolás de los Garza	412,199	7.1%	$1,774,173,592
11	Santa Catarina	306,322	5.3%	$1,099,978,045.00
12	Santiago	46,784	0.8%	$416,058,282.00

Fuente: Elaboración propia. Información relativa a la población del Municipio y porcentaje que representa respecto de la población estatal obtenida de: http://datos.nl.gob.mx/portfolio_page/censo-poblacional-2020/. Información relativa al presupuesto 2021 obtenida de: POE de fecha 31 de diciembre de 2020.

Advertida la facultad de autorregulación con la que cuentan los Municipios, posteriormente se realizó un estudio de sus legislaciones en materia de adquisiciones y contratación, exceptuando el ramo de obra pública, esto a fin de advertir si alguno de ellos prevé la multicitada la PI como requisito, sin embargo solo el Municipio de SPGG lo establece[35]. La incorporación de tal requisito fue en octubre del año 2021. Es decir, este Municipio es el reciente pionero en tal implementación, por lo cual, en el presente trabajo se hará énfasis en las prácticas que se han llevado a cabo por el Municipio, claro está, partiendo del breve período en que se ha implementado dicha disposición.

Por otro lado, la LOPENL establece en su artículo 32 los requisitos mínimos que deberá cumplir el interesado para para participar en la licitación pública, y si bien en ninguna de sus diecinueve fracciones se establece la PI en comento, tampoco se advierte la declaración de integridad, tal como en la LAACSENL. Por último, respecto a la invitación restringida, los requisitos que deberán cumplir los interesados son los enlistados en el artículo 32, pero al respecto cabe destacar que en esta materia no existe Reglamento.

Asimismo, es importante mencionar que en el artículo 35 de la LOPENL se establece que las dependencias y entidades no podrán exigir requisitos adicionales a los previstos por la ley, es decir, a diferencia de la LAACSENL, aquélla limita la facultad de los Municipios para autorregularse, de tal suerte éstos no poseen Reglamentos en la materia. Al respecto se advierte que el artículo 32

35 Portales Electrónicos de cada Municipio

dicta requisitos "mínimos", es decir, de su lectura se advierte que existe libertad para las municipalidades de establecer requisitos adicionales, sin embargo, el artículo 35 limita tal facultad lo cual da lugar a una contradicción.

2. Revisión de la Política de Integridad

En los procedimientos de compras y contrataciones públicas las personas servidoras públicas que intervengan en ellos son responsables de verificar que las personas participantes cumplan con los requisitos establecidos en la convocatoria, por lo tanto, la PI también debe ser revisada.

De la redacción del artículo 25 de la LGRA y LRAENL se advierte que el Tribunal es la autoridad que valora la PI y lo hace hasta el momento en que se está desarrollando un procedimiento. Por lo tanto, no se establece una revisión que anteceda a la valoración. Una revisión es importante ya que guiaría a las empresas en la implementación de la PI, se señalarían las posibles omisiones a fin de que sean subsanadas y el resultado de la misma se emplearía como base para la valoración que debe llevar a cabo el Tribunal. Esta revisión debería ser llevada a cabo por la unidad convocante.

Siendo así, esta autoridad puede hallarse ante dos supuestos, el primero es que la empresa no cuente con la PI, esto debido a su reciente implementación. Al respecto es importante mencionar que el artículo 22 de la LRAENL establece que las personas físicas o morales interesadas en brindar cualquier tipo de servicio a favor de un ente público, o concesionarios o permisionarios de un servicio público, para ser contratados deberán acreditar ante la dependencia correspondiente haber tomado un curso de prevención y concientización sobre las faltas administrativas y hechos de corrupción. Esta ley no establece el contenido de tal curso, por lo tanto, es posible que a través del mismo se brinde asesoría a las empresas para la implementación de la PI. Posteriormente, se podrían implementar diálogos con las empresas a fin de resolver dudas relativas a tal implementación.

Dicho lo anterior, vale la pena mencionar las prácticas llevadas a cabo por el Municipio de SPGG: De conformidad a los artículos 130 fracción XII, 131 fracción VI inciso f), 180 fracción VI inciso b), 192, 232 fracción XXV y 347 fracción II del Reglamento en la materia de tal Municipalidad, en caso de que la persona moral no cuente con una Política de Integridad, se le brinda la oportunidad de aun así participar en los procedimientos. Esto a través de la suscripción del compromiso de implementación de la Política de Integridad[36], donde se le impone una fecha límite para la implementación, de lo contrario no podrá volver a contratar con el Municipio.

36 Municipio de San Pedro Garza García, "Nuevos requisitos para registro de proveedores", n.d., consultado el 04 de febrero de 2022, de: https://sanpedro.gob.mx/pages/247?preview=true

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

El segundo supuesto consiste en que la empresa cuente con tal instrumento, o bien que luego del apoyo brindado la implemente. Ante cualquiera de estas dos circunstancias el siguiente paso es la revisión, sin embargo, el Maestro Luis Alfonso García Campuzano[37] señala que la revisión normalmente se llevará a cabo en el contexto de una investigación formal por algún ilícito o algún delito[38], por lo tanto las revisiones de la PI por autoridades no jurisdiccionales deben limitarse a verificar la efectividad en el área de riesgo particular que le interese a la autoridad[39].

Continuando con lo señalado por este Maestro, al ser la integridad el comportamiento ético y legal, basado en una cultura organizacional adecuada y un sistema eficaz de reglas, controles e incentivos[40], no posible medirla. Sin embargo, es posible revisar la efectividad, con base en resultados reales y visibles, la cual es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera[41] en este caso, lo que se espera es combatir la corrupción.

Corrupción proviene del verbo griego *fzeiro*, corromper, y del adjetivo griego *afzartos*, incorruptible; así como de la expresión latina *rumpere* que alude a arrancar, aplastar, arruinar, romper.[42], de tales conceptos es posible interpretar que esta práctica consiste en un actuar contrario al esperado. El significado varía según la especialidad del estudioso, pues la corrupción es analizada por politólogos, economistas, publiadministrativistas, juristas, filósofos y sociólogos[43], sin embargo, tradicionalmente se le ha entendido como el uso de lo público para fines privados[44].

Del entendido tradicional de corrupción se advierte que para la existencia de un acto de tal naturaleza necesariamente se requiere la participación de la persona servidora pública como del particular[45]. Sin embargo, esta aglutina una

37 Egresado de la Escuela de Negocios de la Universidad de Stanford y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, el Licenciado Luis A. García Campuzano cuenta con una larga trayectoria y especialización en asuntos corporativos con énfasis en gobierno corporativo, programas de integridad empresarial y anticorrupción. Además de su participación en instituciones comprometidas con la transparencia y las buenas prácticas corporativas, el Licenciado Luis A. García Campuzano es socio en el despacho Villarreal – VGF. Su trayectoria profesional está disponible en línea en: http://www.hcnl.gob.mx/pdf/sea/02_LUIS_ALFONSO_GARCIA_CAMPUZANO.pdf

38 García Campuzano, Luis Alfonso, Entrevista estructurada soporte documental, 28 de enero de 2022.

39 Ídem.

40 Ídem.

41 Diccionario de la Lengua Española "Efectividad", n.d., consultado el 28 de enero de 2022, de: https://dle.rae.es/efectividad?m=form

42 Mario Zañartu, "El contexto humano de la corrupción", Aula de ética. Eficiencia, corrupción y crecimiento con equidad, Bilbao, 15 Universidad de Deusto, (1996).

43 Jaime Espejel Mena, *Corrupción y rendición de cuentas en la administración pública municipal*, XLVII Revista de administración pública 69, (2013).

44 Daniel Márquez Gómez y Beatriz Camarillo Cruz, *El fenómeno de la corrupción y sus narrativas*, México, en La diasdoralogía como una teoría del fenómeno de la corrupción en México 16 (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019)

45 Por eso el cohecho es un tipo penal de difícil aplicación, en la medida que se sanciona a ambos sujetos (corruptor y corrompido), lo que en gran medida desmotiva la formulación de las denuncias correspondientes.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

multitud de prácticas[46] que poseen en común características identificables, tales como la intervención de servidores públicos y particulares, el incumplimiento a un deber y la obtención de algún beneficio indebido, el cual necesariamente causa un perjuicio.

Continuando con lo señalado por el Maestro Luis Alfonso García Campuzano, es necesario abordar el concepto de efectividad. Éste involucra la eficiencia y la eficacia, es decir, el logro de los resultados programados en el tiempo y con los costos más razonables posibles[47]. En pocas palabras efectividad consiste en la ausencia de desperdicio de tiempo y dinero. Estos conceptos pueden ser traducidos como indicadores, cuyos resultados pueden ser expresados como una meta, una cantidad, una variación o un porcentaje, asimismo, se estima con un costo y un tiempo para llevar a cabo la labor que se propone. Es decir, el resultado, el costo y el tiempo permiten medir el grado de efectividad[48].

En ese sentido, el primero paso para llevar a cabo la revisión es determinar las variables que deberán ser estudiadas para medir la efectividad, es decir: resultado, costo y tiempo. Al respecto, se advierte que actualmente en el Municipio de SPGG a través de la Dirección de Adquisiciones se encuentra trabajando en un Subcomité de Certificación para Proveedores. El Ingeniero José Luis Ramos Gastelum, Coordinador de Procesos y Planeación Estratégica de tal Municipalidad, indica que por medio de esta certificación se pretenden garantizar las mejores opciones de compra en tiempo, costo y calidad con proveedores íntegros y confiables[49] la metodología para llevar a cabo tal trabajo certificación derivó de la asesoría de especialistas con certificaciones globales, tales como ISO 9000[50].

Asimismo, el Ingeniero José Luis Ramos Gastelum indica que el Subcomité en comento, se instaló en sesión el día 25 de noviembre de 2021. Éste se encuentra compuesto por contralores ciudadanos de la Dirección de Adquisiciones y por personas servidoras públicas adscritas a tal Dirección y a la Secretaría de la Contraloría y Transparencia Municipal. Para certificar a las personas proveedoras se realiza una autoevaluación la cual se divide en cinco rubros: Organización, Mercado, Operación, Finanzas y Recursos Humanos, sin embargo, el rubro que resulta de interés para el presente apartado es el de número 1 ya que se cuestiona a la empresa si cuenta con cada uno de los elementos de la PI.

Asimismo, se realiza una visita presencial o virtual a la empresa en la cual se revisan aquellos puntos que se estiman pertinentes con base en la autoevaluación. También se revisan instalaciones y se toman fotografías de lo que se considere

46 Espejel Mena, Jaime, *op cit*.
47 Mejía Caña, Carlos Alberto, "Indicadores de Efectividad y Eficacia" *Planning consultores gerenciales,* Colombia, núm. 9810: http://www.planning.com.co/bd/valor_agregado/Octubre1998.pdf
48 *Idem.*
49 Ramos Gastelum, José Luis, Entrevista estructurada, soporte documental, 22 de febrero de 2022.
50 Ídem.

Revista Internacional de Derecho Público
www.ripd.udem.edu.mx

necesario[51].

En cuanto al rubro mencionado, debido a que la prueba piloto se inició el 09 de febrero de 2022 y la convocatoria para la certificación se lanzó el 28 de febrero de esta anualidad el resultado que se espera es que las empresas hayan suscrito el Compromiso de Implementación de la PI[52].

Esta Municipalidad es pionera en el Estado al solicitar la PI dentro de los procedimientos de compras y contrataciones públicas, por lo tanto sus esfuerzos están sentados precedentes. Si bien la revisión consiste en solicitar a la organización explique cómo se está implementando la PI en cuestión, estamos claros en que esta deficiencia puede derivar de la novedosa implementación de esta figura, de tal suerte que hasta ahora se está construyendo apenas la metodología para validar el cumplimiento de aquel requisito, es decir, se trata de una limitación comprensible en este momento.

Evidentemente esta práctica irá mejorando en la medida que se identifiquen áreas de oportunidad, pues este Municipio se encuentra abriendo camino en la implementación de un nuevo instrumento perteneciente a un sistema de reciente creación.

Dicho lo anterior, continúa siendo viable el establecimiento de una revisión tanto para Municipio, el cual ya se encuentra en prácticas en la materia, como para el resto del Estado. Respecto a la revisión el Lic. Mario Treviño Martínez[53], Magistrado de la Sala Especializada en Materia de Responsabilidades Administrativas del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Nuevo León, señala que considera de utilidad que la autoridad requirente revise la PI durante el procedimiento de contratación, ya que ésta puede arrojar información respecto al trabajo que se realiza en las empresas para prevenir actos de corrupción[54].

3. Resultado esperado de la Política de Integridad

El SNA, de conformidad al artículo 6 de su Ley General[55], tiene por objeto establecer la coordinación entre las autoridades de los tres órdenes de gobierno y los actores sociales a fin de prevenir, detectar y sancionar faltas administrativas y hechos de corrupción[56]. La LGRA y por lo tanto la LRAENL, fueron creadas

51 Ídem.
52 Ídem.
53 Egresado del Tecnológico de Monterrey, el Lic. Mario Martínez Treviño posee experiencia laboral tanto en el ámbito público como en el privado, actualmente se desempeña como Magistrado de la Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas, del Tribunal de Justicia Administrativa. Su trayectoria profesional está disponible en línea: http://www.hcnl.gob.mx/pdf/sea/magistrado/32.pdf
54 Treviño Martínez, Mario, Entrevista estructurada, soporte documental, 17 de febrero de 2022.
55 Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, 18 de julio de 2016 publicada en el DOF, 20 de mayo de 2021 última reforma publicada en el DOF.
56 *Idem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

para dar vida a tal sistema, esto significa que éstas tienden al mismo objetivo. Siguiendo esta lógica al estar la PI contenida en tales legislaciones, significa que el objetivo es el mismo que el del SNA. Sin embargo, en la LGRA ni en la LRAENL se establece el resultado de la PI.

El interés de establecer un resultado nace originalmente de la necesidad de contar con algún punto de referencia que permita evaluar cómo el fenómeno analizado se ha desarrollado en un lapso de tiempo definido o en función de otras variables[57].

El resultado puede derivar de una autoevaluación el cual muestre el estado que guarda la empresa en cuanto a denuncias, sanciones, ganancias, pérdidas, rotación de personal y causas de la misma. Sin embargo, para llevar a cabo tal práctica la autoridad habría que diferenciar entre las empresas que ya cuentan con una PI y, para el caso de SPGG, las que no cuentan con la misma, pero se comprometen a implementarla. Para el caso de las primeras, las empresas pueden presentar la información antes mencionada, sin embargo, no existiría punto de comparación pues tales empresas se están presentando ante la autoridad como implementadoras de PI por lo tanto no habría una base de la cual partir pues se desconocería el pasado de la empresa en cuestión. En ese sentido, para estas empresas no es posible determinar el resultado esperado.

Al respecto se establece el siguiente ejemplo: una empresa se constituyó en el mes de julio del año 2017 y desde un inicio implementó la PI en comento. Posteriormente, en junio de 2018 cuenta con diversas quejas por parte de proveedores y una denuncia que dio lugar a una investigación. Sin embargo, no ha sido sancionada, asimismo, cumple con la prestación de sus servicios en tiempo, sus propuestas cuentan con protección el medio ambiente y es una empresa mediana del Estado. En octubre de 2021 ha recibido nuevas quejas, la investigación relativa a la denuncia continúa en integración y acaba de volver a ser denunciada, sin embargo, desea ser proveedora de SPGG, por lo tanto, se inscribe en el padrón y concursa. En tal concurso participan otras tres empresas las cuales no cuentan con PI pero no han tenido quejas ni denuncias e igualmente cumplen con la prestación de sus servicios en tiempo, se preocupan por la protección al medio ambiente y también son empresas medianas del Estado. En ese sentido, atendiendo a las disposiciones de tal municipalidad, es específico al artículo 192 del Reglamento de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Municipio[58] , se deberá contratar a la empresa que cuenta con la PI, sin embargo, evidentemente ésta no se encuentra en una mejor posición que

57 Del Castillo, Arturo, "Medición de la corrupción: Un indicador de la Rendición de cuentas", *Cultura de la rendición de cuentas,* Ciudad de México, abril 2003, p. 23, https://www.asf.gob.mx/uploads/63_Serie_de_Rendicion_de_Cuentas/Rc5.pdf

58 Reglamento de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Municipio de San Pedro Garza García... *op. cit.*

las otras tres. A pesar de que la empresa cuente con la PI, las quejas y denuncias persisten, mientras que las que no cuentan con la misma no han presentado inconvenientes de tal naturaleza.

Dentro de este ejemplo, a la empresa que cuenta con PI no le es posible presentar un comparativo de un antes y un después a partir de la implementación de la PI ya que cuenta con la PI desde la constitución. Por otro lado, en el caso de que se estudiara la trayectoria de la empresa, esta presentaría decadencia en lugar de algún tipo de mejoría.

Otro ejemplo es que la empresa no haya implementado la PI desde su constitución si no que lo hiciera recientemente, por lo tanto, estaría en posibilidades de presentar ante la autoridad un comparativo entre el antes y después de la misma. Bajo este supuesto, existe la posibilidad de que la empresa se haya mantenido igual o, en el peor de los casos, que haya presentado decadencia. En este último caso, la PI no estaría siendo de utilidad y por lo tanto el establecerla como requisito dentro de las compras y contrataciones públicas no significaría mejoría alguna.

Respecto al segundo ejemplo, cuando una empresa interesada en contratar de forma inmediata con SPGG no cuente con la PI, difícilmente podrá implementarla antes de la contratación, ya que se advierte que existe un lapso de tiempo de aproximadamente un mes[59] entre la publicación de las bases y el fallo. Sin embargo, tal Municipio, través de la suscripción de un compromiso de implementación, otorgó un plazo para cumplir con la PI. A partir de la reforma en la materia en octubre de 2021 hasta tal fecha límite múltiples contrataciones y adquisiciones se han realizado y se continuarán realizando, por lo tanto, en diversos procedimientos obra y obrará el compromiso en comento. En ese sentido el resultado del compromiso se advierte fácilmente: el nacimiento de la obligación de implementar la PI, y que en cumplimiento a tal obligación se implemente. Sin embargo, una vez implementada se cae en el mismo supuesto: no existe resultado esperado.

Dicho lo anterior, y concluyendo los ejemplos, se advierte que la PI es un instrumento de combate a la corrupción, el cual es posible que genere cambios significativos en el actuar de las personas morales. Sin embargo, al no prever la Ley un resultado esperado simplemente se estaría solicitando a empresas que cumplan con un *check list,* el cual fácilmente puede dejarse como letra muerta al interior de las organizaciones.

La integridad en las empresas es un concepto de importancia internacional, en torno al cual giran diversos instrumentos tales como reglas[60], cláusulas

59 Municipio de San Pedro Garza García, "Portal de Transparencia", n.d., consultado el 04 de febrero de 2022 en: https://sanpedro.gob.mx/transparencia

60 Reglas del ICC para combatir la corrupción de la *International Chamber of Commerce*, Comisión de la ICC de Responsabilidad Corporativa y Anticorrupción, edición 2011.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

anticorrupción[61], compendios[62] entre otros. Instrumentos como la PI existen en legislaciones de diversos países tal es el caso de la *Foreign Corrupt Practice*[63] de Estados Unidos, la *Bribery Act*[64] de Reino Unido y la *Loi pour la transparence, l'action contre la corruption et la modernisation de la vie économique*[65] de Francia, las que establecen disposiciones aplicables al control interno de las personas morales para prevenir la corrupción parecidas a la PI.

Si bien la PI mexicana posee parecido con disposiciones internacionales la realidad es que ésta no las replica, por lo cual, el resultado esperado no puede exportarse. Sin embargo, este hecho no limita a las autoridades mexicanas para llenar estas lagunas en aras de combatir la corrupción.

De conformidad a la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCING) en el año 2019, la corrupción en México representó un costo de $3,822 pesos por persona. Considerando que en tal año en Nuevo León la población era de 5,784,442 habitantes[66], el costo de la corrupción en este Estado representó aproximadamente $22,108,137,324 pesos.

Estas cifras representan de una forma cuantitativa la incidencia de la corrupción, esto sin contar los efectos pueda tener tales como quitar medicinas de hospitales; libros de escuelas; alimentos a familias; destruir caminos y eliminar industrias; falsear elecciones, destruir la policía y dejar en libertad a personas culpables, robar, saquear y dilapidar recursos[67].

Señalado esto resulta ineficiente que se tenga identificada la problemática, que se cuantifiquen costos de la misma, se creé todo un sistema con instrumentos para su combate, y no se tenga un resultado esperado.

Siendo la PI un instrumento de combate a la corrupción, tal combate se divide en tres fases: prevención, detección y sanción, en ese sentido, es necesario identificar a qué fase se enfoca cada uno de los elementos mínimos de la misma.

En primer lugar se encuentra el manual de organización y procedimientos, el cual debe contribuir a disminuir la arbitrariedad en la toma de decisiones, al

61 Cláusula ICC Contra la Corrupción de la *International Chamber of Commerce,* Comisión de Responsabilidad Empresarial y Contra la Corrupción y Comisión de Derecho y Prácticas Mercantiles, 2012.

62 Compendio ICC de Integridad Empresarial, de la *International Chamber of Commerce*, Comisión de Responsabilidad Corporativa y Lucha contra la Corrupción.

63 Foreign Corrupt Practice Act, publicada el 19 de diciembre de 1977, última reforma el 10 de noviembre de 1998.

64 Bribery Act 2010. (Inglaterra). The Stationery Office, 2010, UK Legislation.

65 Loi pour la transparence, l'action contre la corruption et la modernisation de la vie économique, 19 de diciembre de 2016.

66 Gobierno del Estado de Nuevo León, Secretaría de Económica, "Población total y por Municipio", n.d., consultado el 05 de enero de 2022 de: http://datos.nl.gob.mx/n-l-poblacion-total-y-por-municipio/

67 Kiraitu Murungi Ministro de Justicia y Asuntos Constitucionales de Kenya. Conferencia de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Mérida, México, diciembre 2003.

delimitar las responsabilidades de las personas intervinientes en el procedimiento correspondiente. En ese sentido, éste constituye un mecanismo de prevención y también constituye un instrumento de detección. En ese sentido, vale la pena hacer referencia contradicción de tesis 121/2003-SS relativa al valor de los manuales de organización dentro del sector público la cual establece que estos instrumentos "constituyen normas obligatorias y sirven de base para determinar una causa de responsabilidad administrativa". En cuanto al código de conducta, en él se deben establecer cuestiones relativas a los pilares por los cuales se rige la empresa y sus empleados. Éste constituye también un instrumento de prevención, ya que establece la conducta esperada por las personas empleadas para así evitar caer en cualquier tipo de responsabilidad.

Posteriormente se encuentran los sistemas de control, vigilancia y auditoria, los cuales, evidentemente constituyen un instrumento de detección, pues se encargan de verificar que la empresa está cumpliendo con los criterios establecidos de conformidad a la normatividad aplicable.

Los sistemas de denuncia también representan un instrumento de detección ya que través de ellos, tanto las personas empleadas como las externas, se encuentran en posibilidades de hacer del conocimiento cualquier acto violatorio del marco jurídico aplicable. Este elemento va de la mano con los manuales de la empresa, así como con el código de conducta, pues aquello que sea contrario a lo establecido en ellos será las conductas que se denuncien.

Continuando con el orden de Ley se encuentran los sistemas de entrenamiento y capacitación respecto a las medidas de integridad. Éste constituye un elemento de prevención, a través de ellos se adiestra a la persona, adscrita a la organización, en la materia prevención de corrupción.

Posteriormente se encuentran las políticas de recursos humanos que eviten la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la corporación, las cuales constituyen también un elemento de prevención, ya que reduce el riesgo de la comisión de tales actos por parte de la organización al evitar la incorporación de perfiles que los cometerían.

Por último, se encuentran los mecanismos que aseguren la transparencia y publicidad en sus intereses, éste constituye un elemento de detección ya que a través de estos la empresa se ve obligada a someter al escrutinio público su información.

Ahora bien, cada uno de estos instrumentos debe contar con un punto de comparación, por ejemplo, en caso de los canales de denuncia se deberá comprar el número de denuncias que la empresa recibía antes de la implementación de la PI y posterior a ella, de esta forma se obtendrá una cifra. Por ejemplo, antes de la implementación de la PI la empresa recibió 3 quejas y 1 denuncia, es decir estas 4 vistas representan el 100%, es decir, 4 es igual al 100%. Después de la implementación de la PI se recibieron igual 3 quejas pero 0 denuncias, eso representa una reducción del 25%.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

El Magistrado Mario Treviño señala que el resultado de la PI es un comportamiento más ético de las empresas y la concienciación de las personas que laboran en ellas, lo que traería como consecuencia la reducción de actos de corrupción por parte de las personas físicas que actúan en su nombre, también se estima que contribuiría en mejorar el correcto ejercicio de la función pública[68].

4. Experticia de la persona servidora pública en la materia

Al solicitar la PI las personas servidoras públicas encargadas de los procedimientos de compras y contrataciones públicas deben contar con la experticia necesaria para revisar y valorar la PI, eso significa que deben tener conocimientos de Gobierno Corporativo.

Existen diversas definiciones de Gobierno Corporativo, tales como sistema por el cual las empresas son dirigidas y controladas[69], el sistema de leyes, reglas y factores que controlan las operaciones de una organización[70] o bien conjunto de reglas que alinean el interés de los accionistas con los directivos[71]. El objetivo del mismo es facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios[72].

Para llevar a cabo la revisión y valoración de la PI, se debe atender a los fines tanto del SNA como del Gobierno Corporativo. En ese sentido, el Maestro Luis Alfonso García Campuzano, indicó que la revisión de la PI requiere de personal capacitado en diversas materias tales como contabilidad, auditoría forense, derecho, psicología organizacional, entre otros[73] .

La contabilidad administrativa es importante ya que sirve para el control interno de la organización y es utilizada para juzgar y evaluar el desarrollo de la entidad a la luz de las políticas, metas u objetivos preestablecidos[74]. La auditoría forense es la especializada en describir, divulgar y atestar sobre fraudes y delitos en el desarrollo de las funciones públicas y privadas[75] . Su objetivo es evidenciar el fraude, corrupción, lavado de dinero, entre otros[76]. En cuanto al conocimiento

68 Treviño Martínez, Mario, Entrevista estructurada ... *op cit*.
69 Alexandra Portalanza, *Gobierno corporativo una aproximación teórica*, 1 Saber, ciencia y libertad, 109 (2013).
70 *Ibídem*, 120
71 Ídem.
72 OCDE (2016), Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20, Éditions OCDE, Paris. http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es.d
73 García Campuzano, Luis Alfonso, entrevista estructurada, soporte documental, 28 de enero de 2022.
74 Servando Ceverino Espinoza Grajales, *La contaduría pública y su importancia para las empresas,* México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) 2000, p. 10
75 Benítez Solis, Ana Isabel y Gervancio Zárate, Martha Alicia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 19.
76 *Ibidem* p 20.

en derecho, se parte de supuesto de que la autoridad resolutoria es profesionista en la materia.

Por último se encuentra la psicología organizacional, ésta tiene diversas definiciones tales como rama de la psicología que se dedica al estudio de los fenómenos psicológicos individuales al interior de las organizaciones[77] o bien estudio de la organización, los procesos que tiene en su interior y las relaciones que establece con las personas que pertenecen a la misma[78]. Este tipo de psicología crea una estructura y una cultura que motivará a los trabajadores a desempeñarse eficazmente, les dará la información necesaria para hacer su trabajo y les proporcionará condiciones seguras y que propicien un ambiente de trabajo agradable y satisfactorio[79].

En ese mismo sentido, el Magistrado Mario Treviño Martínez indica que los conocimientos necesarios para llevar a valoración de la PI son derecho administrativo sancionador, responsabilidades administrativas, *compliance* y auditoría.[80]

En cuanto a derecho administrativo sancionador, como bien es sabido, es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que sanciona los ilícitos de tal naturaleza, la definición de responsabilidad administrativa es la que surge cuando los servidores públicos falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en la función pública[81] y por último, *compliance* es el cumplimiento normativo que realizan las empresas de determinadas normas[82].

III. PROBLEMAS DENTRO DEL SECTOR PRIVADO

1. Proporcionalidad en la implementación de la Política de Integridad

Dado que el deber del Gobierno es satisfacer las necesidades de la sociedad, éste resulta ser un valioso cliente cuyas compras y contrataciones son variadas, lo cual representa oportunidades para todo tipo de empresas. Sin embargo, para poder ser persona proveedora, ya sea de adquisiciones, arrendamientos, servicios o de obra pública, es necesario registrarse en el Padrón correspondiente. Una vez cumplido el registro, si se pretende participar en una licitación se deberán cumplir los requisitos establecidos en las convocatorias.

77 María Alejandra Gómez Vélez, *Sobre la psicología organizacional y el trabajo en Colombia* 1 Revista Colombiana de Ciencias Sociales, Colombia, 138 (2016).
78 Ídem.
79 *Ibídem,* 139.
80 Treviño Martínez, Mario ... *op cit*.
81 Tesis, P. LX/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, abril de 1996, p. 128.
82 La palabra *compliance* no está en el diccionario de la Real Academia Española. Proviene de la lengua inglesa, pero es de uso común en la jerga jurídica.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Para dar cumplimiento a tales requisitos el tamaño, giro ni sector de la industria juegan un papel importante, ya que son inherentes a la existencia misma de la empresa, sin embargo, bajo el supuesto de que se incluya la PI como requisito para contratar, es posible que sea éste considerado con falto de proporcionalidad. A continuación, se analizará el por qué, comenzando con el Municipio de SPGG.

Para empezar, los egresos presupuestados de este Municipio para el 2021 fueron de $3,588,957[83] por lo cual ser persona proveedora de bienes y servicios resulta redituable, al menos de manera aparente, pues habría que analizar la utilidad obtenida en cada transacción. Ahora bien, tal como se mencionó, el Reglamento en la materia establece el deber de contar con la PI, la cual es solicitada en los siguientes rubros:

Tabla: 2.

No.	Rubro	Artículo
1	Convocatoria a Licitación Pública	130 fracción XII
2	Proyecto de convocatoria a Licitación Pública	131 fracción VI, inciso f)
3	Presentación y apertura de propuestas de las Licitaciones	180, fracción VI, inciso b)
4	Criterio de selección en caso de igualdad de condiciones	192
5	Contrato	232 fracción XXV
6	Registro en el padrón de proveedores	347 fracción II

Fuente: Elaboración propia con información del Reglamento de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios para el Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León.

Este nuevo requisito fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 15 de octubre de 2021 y la falta de él se subsana al suscribir un compromiso de implementación, sin embargo, este tiene fecha límite.

Este Municipio cuenta con 2259[84] personas proveedoras, por mencionar un ejemplo, en el número 1419[85] se encuentra CEMEX, empresa multinacional

83 Municipio de San Pedro Garza, "Portal de Transparencia", Presupuesto de Egresos, 15 de diciembre de 2020, consultado el 11 de enero de 2022, en: https://aplicativos.sanpedro.gob.mx/transparencia/Archivos2021/PDF/PresupuestoEgresos2021.pdf

84 Municipio de San Pedro Garza García, "Portal de Transparencia", Proveedores, n.d., consultado el 15 de enero de 2022, en: https://www.sanpedro.gob.mx/transparencia

85 Ídem.

mexicana dedicada a la industria de la construcción la cual se encuentra en más de cincuenta países. Mientras que en el número 930[86] se encuentra Despierta, Cuestiona y Actúa, una microempresa, dedicada a brindar servicios de asesoría y consultoría. El giro es distinto, sin embargo, la exigencia de la PI es la misma.

De conformidad a la Política Nacional Anticorrupción[87], estos procedimientos constituyen una de las mayores interacciones entre gobierno y ciudadanía, lo cual representa una importante área de riesgo de actos de corrupción[88], sin embargo, este riesgo no se presenta solamente para el gobierno. La Encuesta Nacional de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental 2020 (ENCRIGE) del Instituto Nacional de Geografía y Estadística[89] encuestó a 34,919 empresas de diversas demarcaciones territoriales, entre las cuales se encuentran las de Nuevo León. Éstas organizaciones ofrecen productos y servicios sin considerar obra pública y de ellas se advierte que 85% son micro, 12% pequeñas, 1.8% medianas, y 0.4% son grandes. La encuesta en comento arrojó los siguientes datos relativos a la precepción de la corrupción[90]: Micros 77.6%, pequeñas 31.5%, medianas 45.7% y grandes 63.9%.

A razón de lo anterior, el porcentaje de empresas interesadas en vender o proveer un servicio al gobierno lo constituyen un 4.90% las microempresas, 7.80% las pequeñas, 17.00% las medianas y 14.20% las grandes[91]. Se advierte que, del gran número de empresas existentes en el país, menos de la mitad de ellas se encuentran interesadas en participar en los procedimientos de compras y contrataciones públicas. Entre las causas de desinterés se encuentran la producción de bienes y servicios sin orientación al gobierno 66.60%, la necesidad de dar sobornos 10.50%, los concursos arreglados 5.90%, la demora en pagos 4.90% y costos elevados para participar 2.90%[92]

En el Municipio de SPGG la exigencia de la PI se les aplica a todas las organizaciones por igual a pesar de que la mayoría de las empresas son micro. Este tipo de empresas son aquellas que tienen menos de 10 trabajadores[93], por consiguiente las áreas al interior de la misma son pequeñas y cumplir con los siete elementos mínimos podría llegar a ser complejo al contar con tan poco personal, el cual se ve obligado a realizar diversas funciones.

---

86 Ídem.
87 Política Nacional Anticorrupción, 25 de febrero de 2020, publicación de la aprobación de la misma en el DOF.117
88 *Ibídem*, 128.
89 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Calidad Regulatoria e Impacto Gubernamental en Empresas 2020, agosto 2021. Disponible en https://inegi.org.mx/contenidos/programas/encrige/2020/doc/encrige2020_presentacion.pdf
90 *Idem.*
91 *Idem.*
92 *Ibidem,* p. 74
93 Gobierno de México, Secretaría de Economía, "Microempresas" n.d., consultado el 21 de febrero de 2022, en http://www.2006-2012.economia.gob.mx/mexico-emprende/empresas/microempresario

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Sin embargo, el Mtro. Luis A. García indica que este requisito no necesariamente generaría una desventaja para las empresas pequeñas, ya que considera que los elementos y mecanismos deben ajustarse a las circunstancias de cada empresa[94]. Advierte que los problemas podrían darse si la autoridad no aplica criterios adecuados según las circunstancias o bien si las PYMES no reciben ningún tipo de capacitación o apoyo para adoptar sus políticas de integridad[95].

Por otro lado, el Magistrado Mario Treviño manifestó que si se llegare a imponer como obligación o requisito por parte de alguna autoridad para participar en determinados procesos, sí podría representar una desventaja para las empresas pequeñas dados los recursos económicos y humanos que se requieren para su elaboración e implementación[96]. Sin embargo, considera que son útiles todos los esfuerzos para prevenir la corrupción, promover los valores y el comportamiento ético de las personas.

Por otra parte, si bien se toman en consideración las opiniones de los expertos antes mencionados, el esfuerzo de SPGG de establecer tal requisito en aras de combatir la corrupción se ve obstaculizado ya que la LOPENL limita la facultad de los Municipios de autorregularse en materia de obra pública cuyos costos altos. Por mencionar un ejemplo, en el Gobierno del Estado de Nuevo León, en el año 2021 solamente hubo siete contrataciones en este ámbito, las cuales representaron un monto de $86, 414,591 pesos[97].

Ahora bien, la forma en que SPGG ha evitado que se alegue una desproporcionalidad en la implementación de la PI es a través de la creación del Modelo de Integridad Empresarial[98], que es una guía para la implementación de esa PI. Este documento explica cada uno de los elementos mínimos de la PI a fin de facilitar a la empresa su implementación, y establece que no existe un modelo que aplique para todos los casos, es decir, las empresas realizarán la implementación en la medida de sus posibilidades.

Sin embargo, se considera que a fin de reducir al máximo el riesgo de que se alegue una desproporcionalidad es necesario establecer un parámetro de cumplimiento tomando en cuenta el tamaño de la empresa. Siendo así, éste parámetro estaría directamente relacionado con la determinación de un resultado.

2. Elementos que conforman la Política de Integridad

Para empelar adecuadamente la PI es necesario conocer el origen de la misma, sin embargo, de la exposición de motivos de la LGRA este no se advierte.

94 Luis Alfonso García Campuzano, ...*op cit.*
95 Ídem.
96 Mario Treviño Martínez, ... *op cit.*
97 Gobierno del Estado de Nuevo León, "Infraestructura Abierta" n. d., consultado el 01 de marzo de 2022 de: http://si.nl.gob.mx/transparencia/contrataciones
98 San Pedro Garza García, "Modelo de Integridad Empresarial", disponible en: https://sanpedro.gob.mx/proceso-para-contratar-proveedores

Luego de una investigación, y como bien indica el Maestro Luis Alfonso García Campuzano[99], se determinó que la PI está basada en el Capítulo 8 denominado *Sentencing of Organizations*, del *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*[100] . Éste contiene una serie de pautas basadas en la creencia de que las corporaciones pueden y deben autorregularse, para que así la cultura de la ética e integridad tengan un impacto más allá de lo penal.

El origen de este instrumento data del año 1984 y tiene por objeto limitar la discrecionalidad del juez al momento de la imposición de la sanción a una organización por haber cometido un acto violatorio de la ley[101]. Antes de la promulgación del mismo, el juez libremente determinaba el objeto de la sentencia, las circunstancias agravantes, atenuantes y relevantes del acto en cuestión, los cuales eran plasmados en la sentencia correspondiente. Lo cual daba lugar a que se le impusieran las mismas sanciones a empresas de todos los tamaños, giros y solvencia económica.

Esto provocó que aquellas empresas con gran solvencia económica cometieran delitos considerando la multa, a la cual serían acreedores, como un costo insignificante de la operación, la cual estaban dispuestas a pagar. Identificada esta problemática, la *Sentencing Commission* trabajó en este Manual en comento.

La *Sentencing Commission* está compuesta por un presidente y dos comisionados de oficio, quienes son nominados por el Presidente de los Estados Unidos y confirmados por el Senado[102]. Entre sus funciones se encuentra establecer políticas y prácticas de sentencia para los tribunales federales, asimismo incluye las pautas que se consultarán con respecto a la forma apropiada y la severidad del castigo para aquellas personas condenadas por delitos federales.

Para su elaboración, la *Sentencing Commission* trabajó en conjunto con representantes del Departamento de Justicia, representantes de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos, abogados defensores corporativos especializados en delitos fiscales y profesores de Derecho. Además, esta Comisión viajó por todo el país con el objetivo de obtener información relevante para el desarrollo del mismo. Asimismo, se consideraron dos enfoques para el desarrollo de sanciones organizacionales, basadas en el castigo justo y en la disuasión.

El Manual en comento establece un "programa eficaz para prevenir y detectar

99 Luis Alfonso García, Campuzano ... *op cit*.
100 United States Setencing Commision "Federal Sentencing Guidelines For Organizations" noviembre de 2002, consultado el 28 de enero de 2022 de https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_h_extractos.pdf
101 Kentaji Brown Jackson y Kathleen Coper Grilli, "The History of the Organizational Sentencing Guidelines and the Emergence of Effective Compliance and Ethics Programs" n.d., United States Setencing Commision, consultado el 28 de enero de 2022, de https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/annual-national-training seminar/2019/org_history.pdf
102 United States Setencing Commision, "About", consultado el 28 de enero de 2022 de: https://www.ussc.gov/about-page

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

violaciones de la ley", en él se establece que la organización debe tomar como mínimo: estándares y procedimientos de cumplimiento para que lo sigan sus empleados y otros agentes para reducir la posibilidad de conducta criminal, el debido cuidado para evitar delegar autoridad a quienes pueden dedicarse a actividades ilegales, comunicar eficazmente sus estándares y procedimientos a todos los empleados y otros agentes, tomar medidas para lograr el cumplimiento con sus estándares y tomar las medidas necesarias para responder apropiadamente a la ofensa y prevenir ofensas similares[103].

De este programa, se advierten similitudes significativas de la PI por lo cual podría considerarse que en la práctica mexicana simplemente se está replicando el instrumento estadounidense, sin embargo, esto no es así. Respecto al programa estadounidense, se advierten las siguientes características: Se aplica dentro de un procedimiento en materia penal, es utilizada en todos los procedimientos en los que sea parte una persona moral, la responsabilidad de la persona moral por la comisión de un delito está determinada y el programa se utiliza para determinación de la sanción.

Ahora bien, la práctica mexicana goza de las siguientes características: Se aplica dentro de un procedimiento de responsabilidad administrativa, la adopción de la PI por parte de las personas morales es voluntaria de acuerdo a la LGRA y LRAENL, la responsabilidad de la persona moral no está determinada y la PI es utilizada en la determinación de la responsabilidad.

De lo anterior, se advierten dos diferencias sustanciales entre ambos instrumentos, la primera es que, evidentemente, se tratan de materias distintas. La segunda es que cada instrumento es utilizado en momentos procesales distintos. El estadounidense no incide en la determinación de la responsabilidad pues en momentos procesales anteriores, a través de diversos medios, la culpabilidad de la persona moral quedó demostrada. En cuanto al instrumento mexicano, éste cobra importancia para determinar la existencia de responsabilidad por parte de la organización.

Otra característica del programa estadounidense es que considera diversos factores para que la empresa sea capaz de prevenir y detectar violaciones de la ley, entre los cuales considera el tamaño de la organización, la probabilidad de que ciertas ofensas pueden ocurrir debido a la naturaleza de sus negocios e historia anterior de la organización[104]

En caso mexicano disposiciones similares a estas las encontramos en el artículo 82 de la LGRA y de la LRAEN los cuales son: El grado de participación

103 *Federal Sentencing Guidelines For Organizations*, disponible en: https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_h_extractos.pdf
104 Federal Sentencing Guidelines For Organizations, disponible en: https://legacy.trade.gov/goodgovernance/adobe/Bus_Ethics_sp/apendices/apendices_h_extractos.pdf

del o los sujetos en la falta de particulares, la reincidencia en la comisión de las infracciones previstas en esta Ley, la capacidad económica del infractor, el daño o puesta en peligro del adecuado desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y el monto del beneficio, lucro, o del daño o perjuicio derivado de la infracción, cuando éstos se hubieren causado.

Sin embargo, es necesario puntualizar que, en nuestro caso, el artículo 82 es relativo a la imposición de la sanción por lo tanto resulta aplicable posterior a la valoración de la PI. Asimismo, en el artículo 81 de tales normas se establece que para la imposición de sanciones a las personas morales también deberá observarse lo previsto en el artículo 24 y 25, es decir la PI.

Dicho lo anterior, es evidente que no se está replicando la práctica norteamericana, por lo tanto, las experiencias tampoco pueden ser exportadas de tal país, si bien existen similitudes, es necesario una adaptación a la realidad mexicana. Evidentemente la adaptación en comento no se llevó a cabo en primer lugar por las y los ciudadanos que presentaron la iniciativa que dio origen a la LGRA[105] y, en segundo lugar, tal trabajo de adaptación tampoco se llevó a cabo por las y los legisladores. El Magistrado Mario Treviño Martínez, destaca que a la fecha no se valorado la PI en ningún procedimiento pues no se ha iniciado alguno en el cual el presunto responsable sea una persona moral[106]. Asimismo, reconoce que la ley no especifica el monto de reducción de la sanción que se procede a otorgar a las personas morales por tener la Política de Integridad[107].

Evidentemente la ausencia de procedimientos en donde se valore la PI, no es responsabilidad del Tribunal en comento, tal ausencia puede deberse a que el nuevo sistema de responsabilidades administrativas no está cumpliendo con su cometido de sancionar a particulares que participen en procedimientos de compras y contrataciones públicas. Si bien no es materia del presente trabajo estudiar la efectividad del SNA o del sistema de responsabilidades administrativas, se considera importante señalar la posibilidad de que la PI forma parte de un sistema con el cual no es compatible. Es decir, tal vez lo óptimo es respetar la naturaleza de su origen, es decir la materia penal.

Volviendo al tema del presente apartado relativo a los elementos de la PI, es necesario señalar que en el multicitado artículo 25 de la LGRA y LRAENL la descripción de los elementos cuenta con diversos adjetivos calificativos los cuales pueden generar dudas o cuestionamientos tales como “claro” “mecanismos de aplicación real”, “adecuado”, “estándar de integridad”, “mecanismos que aseguren la transparencia y publicidad de sus intereses”. Sin embargo, el Tribunal no se ha visto en la necesidad valorar a tales adjetivos.

105 Exposición de motivos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas... *op cit.*
106 Martínez Treviño, Mario ... *op cit*.
107 Idem.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

3. Libre competencia y concurrencia

Para llevar a cabo el desarrollo del presente apartado es necesario señalar el concepto de mercado. Según la Cofece, es aquel conjunto de personas consumidoras y productoras que compran y venden un producto o servicio determinado, asignándole un precio, en un lugar, región, zona o tiempo específicos[108]. El mercado posee los siguientes elementos: Compradores con una necesidad, Productos o servicios que satisfagan la necesidad y Vendedores que abastecen a los compradores en el momento requerido[109]

En este caso, el comprador es el Gobierno cuyas necesidades son las de la sociedad en general y las personas vendedoras son aquellas proveedoras de bienes y servicios que participan en los procedimientos de compras y contrataciones públicas.

El concepto de competencia, quedó establecido en el primer apartado, ahora es necesario traer a colación el concepto de concurrencia, pues ambas son indispensables para el funcionamiento del mercado. Concurrencia hace referencia a competir o concursar[110] es decir, es la posibilidad que tienen las personas competidoras de en un determinado procedimiento. En resumen, la libre competencia y concurrencia hacen referencia a la posibilidad de las personas interesadas de participar en procedimientos de compras y contrataciones públicas sin que exista impedimento alguno.

La importancia de la libre competencia y concurrencia para el desarrollo del mercado es tal que se encuentra reconocida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 28[111], el cual establece en su párrafo segundo que

> "la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia".

Asimismo, la importancia no termina allí, ya que dentro de este mismo artículo en el párrafo número catorce, se establece la creación de un órgano autónomo

108 Comisión Federal de Competencia Económica, "¿Qué es un mercado?", n.d., consultado el 29 de enero de 2022, de omishttps://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/12/COSAS_QUE_DEBES_SABER_24-01.png

109 Comisión Federal de Competencia Económica, disponible en: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/12/COSAS_QUE_DEBES_SABER_24-01.png

110 Diccionario de la Lengua Española "Concurrir", n.d., consultado el 29 de enero de 2022, de: https://dle.rae.es/concurrir

111 Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, 16 de diciembre de 1917 publicada en el POE, 04 de marzo de 2022 última reforma publicada en el POE.

que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia es decir, la Cofece.

En ese sentido, la LAACSENL en su artículo 25 establece que en los procedimientos deberán garantizarse las mejores condiciones de libre concurrencia y competencia, asimismo, el considerando segundo del Reglamento[112] de tal ley establece que es necesario que los procedimientos para la adquisición y arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios, que realicen los diversos entes públicos, organismos, dependencias y entidades del sector público estatal y municipal se lleven cabo en un entorno de libre competencia.

En el artículo 31 de esta misma disposición establece que en ningún caso se deberán establecer requisitos o condiciones imposibles de cumplir o restricciones al comercio interestatal. En ese sentido, el artículo 41 de esta misma normativa indica que la Unidad Convocante podrá solicitar el cumplimiento de requisitos o especificaciones adicionales a las normas de referencia, siempre que se acredite que no se limita la libre participación de los licitantes.

También, la fracción II inciso d) del artículo 59 de esta misma legislación establece que en el proyecto de convocatoria la Unidad de Compras determinará si los niveles de aceptación son los adecuados para la Unidad Requirente y no se constituyen en un requisito que limite la libre participación de los interesados. Asimismo, el artículo 60 de esta misma disposición establece que las Unidades Convocantes no podrán establecer en la convocatoria a la licitación pública requisitos que limiten la libre participación de los interesados. El artículo 65 de este mismo Reglamento establece que para la elaboración de las bases de la convocatoria para las licitaciones públicas, la Unidad Convocante deberá describir las especificaciones técnicas de los bienes y servicios que requieran impulsando la competencia entre proveedores en los procedimientos de contratación.

Estas disposiciones se encuentran establecidas en un rango estatal, así como en algunos reglamentos municipales del área metropolitana que establecen esta misma protección tales como los de Apodaca, García, SPGG, General Escobedo, Monterrey, Santa Catarina y Santiago[113]

Ahora bien, la LOPENL, en su artículo 33 establece que los requisitos y condiciones que contengan las bases de licitación, deberán ser los mismos para todos los participantes. También, el artículo 35 de esta misma Ley establece que las dependencias y entidades no podrán exigir requisitos adicionales a los previstos por esta Ley, es decir, los contenidos en el artículo 32 de esta normativa.

De conformidad a la LFCE el órgano que regula la competencia económica es la Cofece, la cual, según el artículo 10 de tal normativa, es órgano autónomo,

112 Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Contratación de Servicios del Estado de Nuevo León, 22 de octubre de 2014, publicado en el POE 13 de noviembre de 2019, última reforma publicada en el POE.

113 Información de los Portales Electrónicos de cada uno de los Municipios.

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño, imparcial en sus actuaciones, misma que tiene por objeto garantizar la libre concurrencia y competencia económica, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

De la definición anterior se advierte que aquellas condiciones que atentan contra la libre concurrencia y competencia son los monopolios, prácticas monopólicas, las concentraciones y las restricciones. Monopolio es la forma del mercado en la que existe una sola empresa u oferente que vende un producto o servicio. Las prácticas monopólicas se dividen en absolutas y relativas, las absolutas son aquellos contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí[114]. Las relativas ocurren cuando una o varias empresas tienen el poder de mercado necesario para desplazar indebidamente a sus competidores o competidores, pueden impedirles el acceso o establecer ventajas para ciertos participantes[115]. Las concentraciones dan cuando empresas o agentes económicos se fusionan, adquieren parte(s) de otra(s), se asocian o realizan cualquier operación que las une[116]. En cuanto a las restricciones estas significa ceñir circunscribir, reducir a menores límites[117].

Agente económico, según el artículo 3 de la LFCE, es "toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica".

En este mismo artículo 3 de la LFCE, las barreras a la libre competencia y concurrencia se describen como

> "cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los Agentes Económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que

114 Comisión Federal de Competencia Económica, "Prácticas Monopólicas Absolutas", n.d. p. 4 consultado el 29 de enero de 2022 de: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/4practicas-monopolicasabsoluta.pdf

115 Comisión Federal de Competencia Económica, "¿Qué es una práctica monopólica relativa?", n.d., consultado el 29 de enero de 2022, de: cofece.mx/wp-content/uploads/2018/09/COSAS_QUE_DEBES_SABER_16_aprob.png

116 Comisión Federal de Competencia Económica, "Concentraciones", n.d., consultado el 29 de enero de 2022 de: https://www.cofece.mx/conocenos/secretaria-tecnica-2/concentraciones/#:~:text=Una%20concentraci%C3%B3n%20se%20da%20cuando,cualquier%20operaci%C3%B3n%20que%20las%20une.&text=Los%20agentes%20econ%C3%B3micos%20pueden%20notificar,(SITEC)%20de%20la%20COFECE.

117 Diccionario de la Lengua Española, "Restringir" consultado el 29 de enero de 2022 de : https://dle.rae.es/restringir#DoC6XyQ

> impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia"

A razón de lo anterior, es necesario definir impedir y distorsionar ya que ambos conceptos forman parte de la definición: Impedir hace referencia a estorbar o imposibilitar la ejecución de algo[118] mientras que distorsionar significa desequilibrar intenciones de modo intencionado[119]

Situándonos en el caso de estudio, la PI es una disposición emitida por el Gobierno, la cual se encuentra plasmada en la Ley de carácter general y en otra de carácter estatal. Tal como ha quedado plasmado anteriormente, los ordenamientos de las municipalidades de la Zona Metropolitana no establecen la PI como obligatoria excepto SPGG, sin embargo, en el presente estudio no se descartó la posibilidad de que tal práctica estuviera siendo efectuada bajo el amparo de un acuerdo o circular. Por ello, y a fin realizar una investigación exhaustiva, se realizaron once solicitudes de información[120], es decir, una solicitud por cada municipio que conforma esta área exceptuando a SPGG. En tales solicitudes se cuestionó lo siguiente:

> "De conformidad al artículo 25 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se solicita la siguiente información:
>
> 1. ¿La Política de Integridad es solicitada a los proveedores y contratistas?
> 2. En caso afirmativo:
> ¿A partir de qué fecha se aplica tal requisito?
> ¿Cómo acredita ante el Municipio, el proveedor o contratista, que cuenta con la Política de Integridad?
> ¿Cuál es el proceso de revisión de la Política de Integridad por parte del Municipio?
> ¿Cómo se mide la efectividad de la Política en comento por parte del Municipio?
> En la determinación de la responsabilidad ¿A cuántos proveedores y a cuantos contratistas la autoridad les ha valorado el contar con una Política de Integridad?"

118 Diccionario de la Lengua Española "Impedir", n.d., consultado el 15 de febrero de 2022, de https://dle.rae.es/impedir?m=form
119 Diccionario de la Lengua Española "Distorcionar", n.d., consultado el 15 de febrero de 2022, de https://dle.rae.es/distorsi%C3%B3n
120 Plataforma Nacional de Transparencia, solicitudes de información, disponible en: https://www.plataformadetransparencia.org.mx/

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

Sin embargo, todas las respuestas fueron negativas, dejando a SPGG la PI como el único que impone este requisito. Dicho lo anterior la PI constituye una disposición jurídica al estar en la LGRA y LRAENL, fue emitida por dos órdenes de gobierno (federal y estatal) y posiblemente impida el proceso de libre competencia y concurrencia al ser exigida a todas las empresas por igual sin distinguir tamaño o giro de la misma, al no existir un proceso a revisión de la misma, al no existir un procedimiento de valoración de la misma y no existir un resultado esperado.

Según la Cofece el Gobierno, de cualquier nivel, emite reglas que norman las actividades económicas y sociales de los particulares para alcanzar objetivos de política pública concretos[121]. Sin embargo, existen casos donde las regulaciones, lejos de alcanzar objetivos, restringen el funcionamiento de los mercados.

Debido a esto, resulta imprescindible identificar las áreas de oportunidad a fin de que la implementación de la PI no derive en una barrera a la libre competencia y concurrencia, sin dejar de lado los esfuerzos de combate a la corrupción.

IV. CONCLUSIONES

La PI es un instrumento aplicable al interior de las personas morales, que debería ser valorada por la autoridad resolutoria en la determinación de la responsabilidad de la organización por supuestamente haber cometido un acto vinculado con una falta administrativa grave. Este instrumento trae el beneficio de conceder una reducción en la sanción en caso de resultar responsable, se encuentra dentro del marco del SNA, en específico en la LGRA y en la LRAENL, por lo cual tiende a prevenir, detectar y sancionar faltas administrativas y los hechos de corrupción.

Si bien las legislaciones antes mencionadas no establecen la obligatoriedad de su adopción la LAACSENL ofrece la posibilidad, tanto para el Estado de Nuevo León como para sus municipios, de imponer requisitos adicionales. Sin embargo, una gran deficiencia es que tal facultad de autorregulación no se otorga a los Municipios en el ramo de obra pública, ya que la LOPENL lo prohíbe, limitando el margen de actuación en la materia a los Municipios. Esto es por demás relevante, en la medida que la mayor parte del gasto público proviene del rubro de obras públicas

Solamente en el Municipio de SPGG se establece la obligatoriedad de adopción, debido, en ese sentido se considera de utilidad que la autoridad cuente con un procedimiento de revisión que anteceda a la valoración que eventualmente

121 Comisión Federal de Competencia Económica. Guía para la evaluación de la Regulación desde a óptica de la competencia, mayo 2016. Disponible en: https://www.cofece.mx/cofece/images/Promocion/Guia_EvaluacionRegulacion__vonline_170516.pdf

llevará a cabo la autoridad resolutora. Por medio de una revisión se puede guiar a las empresas en la implementación de la misma y así subsanar errores haciendo que las empresas puedan hacerla valer en su momento. Sin embargo, se advierte que ni la LGRA ni la LRAENL prevén tal revisión.

Aún y cuando ambas leyes establecen la valoración de la PI que debe llevar a cabo la autoridad Resolutora, se advierte que tampoco existe un procedimiento para realizarla. Una revisión es importante ya que implementarse el resultado de la misma puede ser utilizado como base para llevar cabo la valoración por parte de la autoridad resolutora. Sin embargo, para llevar a cabo tanto la revisión, así como la valoración, es indispensable contar con el resultado esperado de la PI, el cual tampoco se encuentra previsto en las legislaciones.

Ahora bien, es posible que la empresa a la cual se le requiera la adopción de la PI manifieste una falta de proporcionalidad en tal instrumento o bien que la PI constituye una barrera a la libre competencia o concurrencia, esto debido a que ni la LGRA ni la LRAENL distinguen tamaño o giro para su implementación. Claro está que cada empresa cuenta con posibilidades y recursos distintos, por ello es indispensable que la autoridad actué consiente de que cada empresa cumplirá con la PI en la medida de sus posibilidades.

Para concluir se advierte que las áreas de oportunidad señaladas en el presente trabajo derivan de la exportación del modelo estadounidense carente de adaptación. Sin embargo, se considera que el hecho de que se esté reconociendo y dando valor a la integridad a través de la implementación de la PI es un esfuerzo muy valioso. Al respecto se espera que a largo plazo la integridad forme parte de la cultura tanto del sector público como del privado.

En ese sentido, para fortalecer este instrumento se propone lo siguiente: 1) Que la PI sea un requisito para contratar previsto en la LAACSENL y en la LOPENL, 2) Que la autoridad requirente lleve a cabo una revisión preliminar de la PI y el procedimiento de la misma 3) Que se establezca un resultado de la misma; y 4) Que se cuente con el procedimiento para la valoración de la misma por parte del Tribunal de Justicia Administrativa.

En síntesis, la PI es un instrumento útil para garantizar la efectividad del gasto público en materia de contrataciones, y a pesar de que goza de reconocimiento legal, el mismo presenta serias limitantes que impiden su verdadera eficacia: por una parte, el hecho de que no es obligatoria, por otra, carece de un adecuado desarrollo legislativo y, finalmente, en el ámbito local no está reconocida en materia de obras públicas. El Municipio de San Pedro Garza García ha hecho un esfuerzo al respecto, al reconocerla como un requisito, pero la implementación también ha presentado serias limitantes relacionadas con la comprobación de que la PI sea efectivamente cumplida por la empresa correspondiente.

V. BIBLIOGRAFÍA

Alexandra Portalanza, "Gobierno corporativo una aproximación teórica", 1 Saber, ciencia y libertad (2013)

Ana Casado *e* Ignacio Peláez, *Impacto en las redes sociales de las Grandes Empresas Españolas: Reputación Corporativa, Integridad y Comportamiento Ético,* 9 ADResearch, Revista Internacional de Investigación en Comunicación, (2014) DOI: 10.7263/ADRESIC.009.006

Ana Isabel Benítez Solis y Martha Alicia Gervancio Zárate, Auditoría Forense, 19 (Universidad Nacional Autónoma de México, 2009)

Carlos Reta Martínez, Arend Olvera Escobedo, *et. al*., *Ingreso de Carlos Reta Martínez como miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Políticas* 168 Praxis (Instituto Nacional de Administración Pública A.C., 2015.)

Christopher Arpaur Pastrana Cortés, *Corrupción y Derechos Humanos* en La Contratación Pública y el Sistema Nacional Anticorrupción (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020)

Daniel Márquez Gómez y Beatriz Camarillo Cruz, E*l fenómeno de la corrupción y sus narrativas* en La diasdoralogía como una Teoría del fenómeno de la Corrupción (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019)

Daniel Márquez Gómez y Pastora Melgar Manzanilla, Integridad académica y plagio (Universidad Nacional Autónoma de México 2020)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Salvidar Lelo De Larrea, La ciencia del derecho procesal constitucional, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008)

Francisco Javier Camacho Romero, *Contrataciones públicas: análisis a la luz del Sistema Nacional Anticorrupción* en La Contratación Pública y el Sistema Nacional Anticorrupción, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020).

Humberto Arróniz Meza, *La contratación pública: retos y perspectivas jurídicas en el estado mexicano* en La Contratación Pública y el Sistema Nacional Anticorrupción, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM 2020)

Jaime Cárdenas, *Causas de la corrupción y soluciones para enfrentarla,* en ¿Cómo combatir la corrupción? (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018)

Jaime Espejel Mena, Corrupción y rendición de cuentas en la administración pública municipal, 129 Revista de administración pública, (2013)

Javier Murillo Torrecilla y Reyes Hernández, *Castilla Hacia un concepto de Justicia Social* 4 Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación (2011)

José Manuel Arciniega Rendón, *Contrataciones públicas y el combate a la*

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

corrupción, 149 Revista de Administración Pública (2019).

José Raymundo Jiménez Cuatepotzo, *La teoría y la práctica del derecho: ¿amigas o enemigas?*, 31 Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, (2016)

Liliana Aguilar Gutiérrez, Causas y soluciones para la corrupción en México, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2018).

Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria, y Eduardo Daniel Vázquez Pérez., *El derecho disciplinario del enemigo en México: bases metodológicas*, 64 Hechos y Derecho (2021)

Magdalena Bosch y Rita Cavallotti, ¿Es posible una definición de integridad en el ámbito de la ética empresarial?, Universidad Internacional de Cataluña, Revista empresa y humanismo, Barcelona, volumen XIX, núm. 2, DOI: 10.15581/015.XIX.2.51-68

Manuel Villoria *Integridad,* 1 Eunomía revista en cultura de la legalidad (2012)

María Alejandra Gómez Vélez, "Sobre la psicología organizacional y el trabajo en Colombia" *Revista Colombiana de Ciencias Sociales,* Colombia, Vol. 1, núm. 1, enero-junio 2016.

Mercé Darnaculleta Gardella, Ética Pública y Derecho Administrativo en la era de la Posverdad 1 Revista de Derecho Pública: Teoría y Método, (2020) DOI: 10.37417/RPD/vol_1_2020_23.

Oscar Diego Bautista, "Necesidad de la Ética Pública", Ética Pública: su vinculación con el gobierno, México D.F., núm. 02, septiembre 2017.

___, *De la ética a la ética pública*, 85 Revista de Administración Pública del Estado de México (2013).

___, *Fundamentos Éticos para un buen Gobierno* en Ética para Gobernar sin Corrupción, (2017).

___, *Institucionalización de la Ética en el ámbito del Gobierno* en Ética Pública: su vinculación con el gobierno (2017)

___, *La construcción de un organismo autónomo de ética* en Medidas y Medios para combatir la corrupción, (2017).

___, *Los Códigos de Ética de Gobierno* en Medidas y medios para combatir la corrupción (2017).

Pablo Montes Mendoza, *et al*., "Pilar 1: integridad empresarial el comienzo" *Pilares de la Integridad Empresarial*, (2020)

Pastora Melgar Manzanilla, *Gobernanza global y contrataciones públicas. Interés general como principio rector de las contrataciones públicas* en La Contratación Pública y el Sistema Nacional Anticorrupción (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020)

Pedro José Jorge Coviello, *Reflexiones sobre la Ética Pública*, 48 IUS ET VERITAS, (2014).

Peter Yeoh, *The UK Briebery Act 2010: contents and implications* Journal of

Financial Crime, 1 (2012)

Ricardo Uvalle Berrones, *La importancia de la ética en la formación de valor público*, 32 *Estudios Políticos* (2014).

Rodolfo Cancino Gómez, *Las mejores prácticas sobre contratación pública en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE),* en La Contratación Pública y el Sistema Nacional Anticorrupción, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2020)

Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017, Estado de Derecho y Función Judicial.

Santiago Castillo Nieto y Abdías Olguín Barrera, *Corrupción: desafío del estado constitucional y la democracia* en Retos del Estado Constitucional: Transparencia y Combate a la Corrupción (Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2020)

Servando Ceverino Espinoza Grajales, La contaduría pública y su importancia para las empresas, (Universidad Nacional Autónoma de México 2000)

Teresa Gómez del Campo Gurza, Ética Pública, retos y prospectivas, 57 Revista Contaduría Pública (2016)

Año 2, Vol. 1, Núm. 03, Julio-Diciembre 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Revista Internacional de Derecho Público

Año 2.
Número 03
Volúmen 01
Julio-Diciembre 2022

ridp.udem.edu

Revista Internacional de Derecho Público, Año 2022, Vol. 1, No. 3, Julio-Diciembre 2022, es una publicación semestral, editada por la Universidad de Monterrey, a través del Departamento de Derecho. Av. Ignacio Morones Prieto 4500 Pte. 66238, Col. Jesús M. Garza, San Pedro Garza García, Nuevo León, México. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo número 04-2022-012811102300-102, ISSN 2954-3924, aquella otorgada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Alonso Cavazos Guajardo Solís. Fecha de última modificación: 03 de octubre de 2022. Diseño y maquetación: Fidel Antonio Romero Alvarez, fidelromeromx@gmail.com - Movedesign.com. Foto portada: www.pexels.com.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan necesariamente la postura de la UDEM.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la UDEM.

ISSN: 2954-3924

UDEM

UNIVERSIDAD DE MONTERREY