

“Las dictaduras son sencillas; los regímenes populistas, que no son sino una manifestación equivocada y engañosa del principio mayoritario, también lo son. Ambos regímenes políticos no son más que cantos de sirena que más bien pronto que tarde, irán en contra del ciudadano, manifestándose en fenómenos como la corrupción política y la vulneración de los derechos fundamentales.

Es en esta problemática tan compleja y trascendente donde se encuadra la presente publicación, aglutinando una serie de trabajos que abordan temas esenciales sobre los principales temas objeto de debate hoy en día, a saber, partidos políticos, derecho electoral, participación política de los ciudadanos y procesos electorales, papel del Estado y de la Administración pública en la sociedad, así como la seguridad ciudadana. La acertada elección de estos temas no es una mera casualidad, sino el reflejo del buen hacer de un grupo de personas que entienden la educación y la investigación en titulaciones superiores como algo vinculado a la realidad y a la sociedad.”



ESTUDIOS SOBRE ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y GOBERNANZA GLOBAL

Alfonso Myers Gallardo
Gabriel Alejandro Martínez Hernández
Diego Armando Carvajal Briñez
Coordinadores

ESTUDIOS SOBRE ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y GOBERNANZA GLOBAL

PRÓLOGO DE MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

Leonardo Valdés Zurita
Alberto Rojas Ríos
Adrián Joaquín Miranda Camarena
Luis Antonio Corona Nakamura
Alfredo Rios Camarena Rodríguez
Guadalupe Leticia García García
Alfonso Myers Gallardo
Gabriel Alejandro Martínez Hernández
Gisele Bonatti
Diego Armando Carvajal Briñez
Bruna Cavalcanti
Patricia Cebada
Edgar Martín Padilla
Kalina Correia Filgueira
Sara Eugenia Fajuri Valdez
Henry Sosa Olán



ESTUDIOS SOBRE ESTADO DE DERECHO, DEMOCRACIA Y GOBERNANZA GLOBAL

COORDINADORES

**ALFONSO MYERS GALLARDO
GABRIEL ALEJANDRO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ
DIEGO ARMANDO CARVAJAL BRIÑEZ**

PRÓLOGO

MARIO HERNÁNDEZ RAMOS

AUTORES

LEONARDO VALDÉS ZURITA	GISELE BONATTI
ALBERTO ROJAS RÍOS	DIEGO ARMANDO CARVAJAL BRIÑEZ
ADRIÁN JOAQUÍN MIRANDA CAMARENA	BRUNA CAVALCANTI
LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA	PATRICIA CEBADA
ALFREDO E. RÍOS CAMARENA RODRÍGUEZ	EDGAR MARTÍN PADILLA
GUADALUPE LETICIA GARCÍA	KALINA CORREIA FILGUEIRA
ALFONSO MYERS GALLARDO	SARA EUGENIA FAJURI VALDEZ
GABRIEL ALEJANDRO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ	HENRRY SOSA OLÁN

Salamanca, 2014

RATIO LEGIS EDICIONES
Paseo de Francisco Tomas y Valiente, Nº 14, Local 3
Teléf.: 923 227 037
37007 Salamanca; www.ratiolegis.net

© LOS AUTORES

© Ratio Legis

DEPÓSITO LEGAL: S.133-2014
ISBN: 978-84-942429-1-5

Imprime y Encuaderna:
IDEMDIGITAL
C./ Arapiles, 51; Teléf.: 923 120 937
37007 Salamanca

"Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida total o parcialmente, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea mecánico, electrónico, químico, óptico de grabación o de fotocopia, sin permiso escrito previo del editor y de los autores".

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS

La Democracia es la precondition de complementariedad entre el Estado de Derecho y el Buen Gobierno. Estos son 3 pilares básicos para la construcción permanente de la arquitectura mundial, a través del sistema de Gobernanza Global. Esta construcción necesita de una gran cooperación y responsabilidad que permita adaptar la organización política de la sociedad a la mundialización, lo que implica la formación de una legitimidad política democrática de forma vertical y horizontal y a todas las escalas territoriales (local, estatal, regional, mundial).

Bajo estos conceptos, la política democrática a nivel mundial alza la mano para encontrar una legitimidad a través de mecanismos institucionales como la transparencia y la rendición de cuentas, la participación ciudadana, la democratización en la toma de decisiones, la lucha contra la corrupción, el mejoramiento del arquetipo administrativo de los gobiernos y la profesionalización de sus gobernantes.

Lo anterior nos refiere que la Gobernanza no es necesariamente exclusiva de los gobiernos o las organizaciones internacionales, sino que en este proceso participan, incluso sin autoridad gubernamental, la sociedad y los mercados para contribuir en el proceso de dirigir el Estado.

Los coordinadores de esta publicación pretendieron reunir investigaciones pluridisciplinarias que contribuyan al conocimiento del funcionamiento democrático del Estado, de sus instituciones y de sus actores político-democráticos, explicando de manera contemporánea los impactos de cada uno de los temas elegidos en el Estado de Derecho, la democracia y la Gobernanza Global. El objetivo es someter estos artículos al debate público y político de las ideas para contribuir a afrontar los retos que vive la sociedad actual.

Esta es una obra que responde a la pregunta del 'Quo Vadis' porque conoce su contexto y mira hacia el futuro, pero la mejor manera de escudriñar hacia el horizonte es viendo hacia atrás y agradecer a quienes ayudaron a la construcción del presente estudio de manera justa y consecuente, expresándoles nuestro máximo reconocimiento.

A la Universidad de Salamanca, por ser la casa de estudios de muchos autores de este libro y uno de los mayores pilares comprometidos con la construcción del Estado de Derecho, la democracia y la Gobernanza Global. Al Catedrático en Ciencia Política el Dr. Manuel Alcántara Sáez; al Director del Programa de Doctorado de Estado de Derecho y Gobernanza Global el Prof. Dr. Nicolás Rodríguez García; a la Directora del Máster en Ciencia Política Dra. Fátima García Díez, a la Directora del Instituto de Iberoamérica Dra. Flavia Freidenberg, así como a todos los profesores de esta casa de estudios que han compartido sus conocimientos y experiencias.

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Facultad de Estudios Superiores (FES-ACATLÁN), en especial a la Dra. Leticia Guadalupe García, profesora definitiva de tiempo completo Nivel “C” de la UNAM por su interés, tiempo y apoyo en este proyecto.

Al Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, quien ha contribuido a la realización de la presente obra, así como al Instituto Prisciliano Sánchez que forma parte de este Tribunal, el cual por medio de su Director el Magistrado Dr. Luis Corona Nakamura, han sido partícipes en la investigación y divulgación de obras que fomentan la cultura de la democracia.

A la Revista Jurídica El Foro, a su Directora General Karla Patricia Ruiz Macfarland y a su Directora Ejecutiva Susana Labrada Farías, por su apoyo en la divulgación de este libro.

También, queremos hacer extensivos los agradecimientos al Dr. Leonardo Valdés Zurita, ex Consejero Presidente del Instituto Federal Electoral (México); al Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena, Director de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara y al Maestro Alfredo Ríos Camarena Rodríguez Titular de la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Federal Electoral (México).

De igual forma agradecemos especialmente al profesor doctor Alberto Rojas Ríos, Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, un fervoroso creyente de la academia, de sus estudiantes y un amigo incondicional.

Agradecemos al Instituto de Capacitación y Desarrollo Político (ICADEP), a su Presidente el Dr. Guillermo Delaya Cobrán, a su Secretaria General Dunia Ludlow y a la maestra Xo Chitl González Ramírez, por tender puentes de conocimiento y educación profesionalizada.

Esta obra se encuentra precedida por el prólogo del Dr. Mario Hernández Ramos, Director del Máster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, a quien agradecemos antes que nada su amistad y además su incondicional apoyo en la realización de esta obra.

Como coordinadores, agradecemos a todos y cada uno de los investigadores de esta obra, quienes en tiempo y forma, elaboraron con gran dedicación, profesionalismo y calidad, la columna de este proyecto que será recompensado con la lectura de cada uno de sus ensayos. Finalmente, gracias a nuestras familias por ser la cuna de nuestra educación y soporte en nuestra labor investigativa.

Salamanca, Invierno, 2014

Diego Armando Carvajal Briñez

Gabriel Alejandro Martínez Hernández

Alfonso Myers Gallardo

PRÓLOGO

Decía Oscar Wilde que "Haría cualquier cosa para recuperar la juventud... menos hacer ejercicio, madrugar o ser un miembro útil de la comunidad". El libro que tengo el honor y el placer de prologar es iniciativa particular de unos jóvenes que son un ejemplo de trabajo y responsabilidad para mí y para nuestra sociedad. A su calidad y compromiso de formación académica y personal de la que he sido testigo como Director del Máster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca, se suma el inconformismo y la ambición por continuar aprendiendo, estudiando y ser motor de cambio en la sociedad.

Bien entrado ya el siglo XXI, el escenario político y social de muchas realidades nacionales se antoja confuso y difícil de comprender por el ciudadano. A pesar de lo que se podría esperar, la proclamación teórica de un régimen democrático no es suficiente *per se* para que funcione y extienda sus beneficios de disfrute de derechos fundamentales y bienestar que sin duda dicho régimen persigue procurar. Dicha proclamación no deja de ser más que "un brindis al sol" si no se cuenta con una batería de herramientas jurídicas y políticas efectivas para su implementación y desarrollo. Es aquí donde muchas sociedades encuentran que la realidad jurídica no se identifica con la realidad cotidiana, produciéndose un desengaño y un desencanto hacia los sistemas jurídicos y políticos establecidos. La desafección ciudadana hacia el mecanismo más cualificado en el siglo XX de transmisión de ideas políticas de la sociedad a las instancias de decisión política, esto es, los partidos políticos, es el más claro ejemplo de esta realidad que está presente, en diferente intensidad, en países de Europa e Iberoamérica. El riesgo de esta situación es claro: la deriva hacia regímenes populistas con la toma de decisiones, quizá no tanto formal pero sí materialmente, antidemocráticas. Es necesario tener presente en todo momento que el funcionamiento democrático de una sociedad es complejo por el inherente alto número de principios y derechos que pretende garantizar y que requiere para su funcionamiento: el pluralismo político, la libertad, la igualdad, la justicia, el principio mayoritario unido inescindiblemente al respeto de las minorías, el Estado de Derecho, la garantía de los derechos fundamentales y un largo etcétera. Por el contrario, las dictaduras son sencillas; los regímenes populistas, que no son sino una manifestación equivocada y engañosa del principio mayoritario, también lo son. Ambos regímenes políticos no son más que cantos de sirena que más bien pronto que tarde, irán en contra del ciudadano, manifestándose en fenómenos como la corrupción política y la vulneración de los derechos fundamentales.

Es en esta problemática tan compleja y trascendente donde se encuadra la presente publicación, aglutinando una serie de trabajos que abordan temas esenciales sobre los principales temas objeto de debate hoy en día, a saber,

partidos políticos, derecho electoral, participación política de los ciudadanos y procesos electorales, papel del Estado y de la Administración pública en la sociedad, así como la seguridad ciudadana. La acertada elección de estos temas no es una mera casualidad, sino el reflejo del buen hacer de un grupo de personas que entienden la educación y la investigación en titulaciones superiores como algo vinculado a la realidad y a la sociedad. No puedo hacer por menos que aplaudir este tipo de iniciativa y animar a que en sucesivos cursos académicos podamos seguir contando con publicaciones tan interesantes y comprometidas como la presente.

Mario Hernández Ramos

Salamanca, marzo de 2014

TABLA DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN Y AGRADECIMIENTOS.....	5
PRÓLOGO.....	7
DECÁLOGO MÍNIMO PARA LA REFORMA ELECTORAL.....	11
<i>Dr. Leonardo Valdés Zurita</i>	
EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA.....	13
<i>Alberto Rojas Ríos</i>	
LA REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL EN MÉXICO	17
<i>Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena</i>	
CALIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL EN MÉXICO 2012.....	23
<i>Dr. Luis Antonio Corona Nakamura</i>	
LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA COMUNICACIÓN POLÍTICA MEXICANA.....	29
<i>Alfredo E. Ríos Camarena Rodríguez</i>	
EL PODER DEL ESTADO ANTE LOS GRUPOS DE AUTODEFENSA EN MÉXICO	35
<i>Dra. Guadalupe Leticia García</i>	
EL CONSENTIMIENTO POLÍTICO DE LOS PERDEDORES: SU ROL EN LA DEMOCRACIA.....	43
<i>Alfonso Myers Gallardo</i>	
GOBERNANZA PARTICIPATIVA Y REFORMA DEL ESTADO	65
<i>Gabriel Alejandro Martínez Hernández</i>	

EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y AMBIENTAL: PARTICIPACIÓN POPULAR Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO	89
<i>Gisele Bonatti</i>	
(IN) CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA: UNA PRIMERA MIRADA DESDE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL.....	105
<i>Diego Armando Carvajal Briñez</i>	
LOS PROBLEMAS DE LA MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL Y MÉXICO	129
<i>Bruna Cavalcanti</i>	
LA TRANSICIÓN DEL FENÓMENO CRIMINAL EN LA SOCIEDAD EN RIESGO.....	145
<i>Patricia Cebada Rocha</i>	
LA MITAD DEL CAMINO: LEGITIMACIÓN Y EFECTIVIDAD DEL PROGRAMA DE DESARROLLO HUMANO OPORTUNIDADES EN MÉXICO.....	163
<i>Edgar Martín Padilla</i>	
AS REFORMAS NEOGERENCIAIS NO BRASIL: AS PRIVATIZAÇÕES NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE.....	179
<i>Kalina Correia Filgueira</i>	
MÉXICO-ITALIA: FORMA DE GOBIERNO Y ESTRUCTURA JUDICIAL ELECTORAL	195
<i>Sara Eugenia Fajuri Valdez</i> <i>Henry Sosa Olán</i>	

DECÁLOGO MÍNIMO PARA LA REFORMA ELECTORAL

Leonardo Valdés Zurita

Ex-Consejero Presidente del IFE (México). Doctor en Ciencia Social, con Especialidad en Sociología por el Centro de Estudios Sociológicos del Colegio de México.

PALABRAS CLAVE: Democracia, Reforma Electoral, México, Derecho Electoral
KEY WORDS: Democracy, Electoral Reform, Mexico, Electoral Law

Contribuir al perfeccionamiento de nuestra democracia es una forma de corresponder a la confianza de los ciudadanos. De ahí que en el IFE nos sentimos particularmente comprometidos con el mejoramiento de nuestros procedimientos internos y con regularidad reflexionamos sobre la precisión y alcance de las disposiciones legales vigentes.

Desde 2009, esta incesante búsqueda de la eficiencia institucional nos ha llevado a publicar dos documentos con deliberaciones precisas sobre la aplicación de los artículos que fueron modificados con la reforma electoral 2007-2008. Elaboramos un volumen correspondiente a la elección legislativa de 2009 y otro de la elección presidencial de 2012. Del contenido de esas publicaciones retomo 10 propuestas que considero pueden ser incorporadas con relativa facilidad en la nueva ley electoral.

1. Fortalecer el modelo de fiscalización de los recursos de los partidos políticos mediante la bancarización progresiva de sus operaciones, la consolidación del IFE como ventanilla única para acceder a los recursos públicos y obligar la profesionalización de las áreas contables y administrativas de los partidos políticos.
2. Perfeccionar el mecanismo para elegir a los consejeros electorales, para asegurar la integración constitucional del Consejo General del Instituto y definir mecanismos que impidan retrasos en la designación.
3. Incrementar el número de debates obligatorios entre candidatos a la presidencia y su transmisión en cadena nacional.
4. Transformar el modelo de votación de los Mexicanos Residentes en el Extranjero para posibilitar la credencialización fuera del país, el registro y votación electrónica, flexibilizar la prohibición de realizar campañas en el extranjero y disminuir los plazos de registro en la Lista Nominal de Electores de Residentes en el Extranjero.
5. Transformar a los partidos políticos en sujetos obligados directos de la Ley Federal de Transparencia, de tal forma que el IFE deje de ser el intermediario entre los peticionarios de información y los partidos

políticos y que éstos cuenten con su propia estructura de acceso a información pública.

6. Trasladar al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación los procedimientos sancionadores. Ello en tanto el IFE es una autoridad administrativa y no jurisdiccional y el Tribunal, en cambio, es una institución diseñada para proveer justicia electoral. Para ello, el Tribunal cuenta con una estructura permanente en todo el país, con salas regionales, con jueces y abogados especializados en resolución de controversias.

7. Flexibilizar el uso de los tiempos de radio y televisión que administra el IFE para perfeccionar el modelo de comunicación política. La flexibilización implicaría mantener la misma cantidad de tiempo y posibilita la transmisión de promocionales de mayor duración para desarrollar temas de mayor profundidad; utilizarlos para mensajes de inicio y cierre de campañas, así como para promocionales breves como los existentes.

8. Consolidar la Credencial para votar como el documento de identidad ciudadana, en virtud del posicionamiento de ésta como documento de identidad desde hace más de 20 años, así como por la infraestructura y capacidad operativa con la que cuenta el IFE. Ello impediría dispendios financieros, nuevas curvas de aprendizaje institucional y en lugar de requerir mayores recursos, sólo implica solucionar las controversias legales en la Constitución, la Ley General de Población y el Cofipe.

9. Considerar la participación del personal de las Juntas Ejecutivas, particularmente de los supervisores electorales y de los capacitadores-asistentes electorales, en los grupos de recuento de votos a fin de lograr que se realicen los recuentos, incluso totales, dentro de los plazos establecidos.

10. Otorgar facultades potestativas a la autoridad electoral para incorporar gradualmente el uso de nuevas tecnologías para el ejercicio del voto, manteniendo las garantías de secrecía, certeza y legalidad de los procesos electorales.

Es posible que las discusiones para definir los futuros cambios institucionales puedan ser tan profundas, que transformen la estructura de la administración electoral que conocemos. Es natural que en una democracia representativa la inmensa mayoría de los mexicanos no participen en las negociaciones para mejorar sus instituciones. De ahí la importancia de la participación de las instituciones ciudadanas como el IFE.

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

Alberto Rojas Ríos

Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Profesor titular de la Universidad Externado de Colombia, y Miembro correspondiente (electo) de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Miembro del Instituto Colombiano y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

ABSTRACT: Constitutional judges in Latin America play an important role before phenomena such as the constitutionalization of contemporary law, the influence of international obligations, and the protection of democratic values and founding principles of the State. Additionally, the work of constitutional courts counterweights the abuse of power in democracy. In this brief note I discuss some characteristic features of the impact that the above phenomena generated in the role of constitutional courts in the region.

RESUMEN: Los jueces constitucionales en Latinoamérica juegan un importante rol frente a fenómenos como la constitucionalización del derecho contemporáneo, la influencia de las obligaciones internacionales, y la protección de los valores democráticos y principios fundantes del Estado. Adicionalmente, las labores de los tribunales constitucionales cumplen una función de contrapeso a los abusos del poder en la democracia. En esta breve nota expondré algunos rasgos característicos del impacto que los mencionados fenómenos han generado en el papel de los tribunales constitucionales en la región.

El papel del juez constitucional en América Latina en su calidad de defensor de la Carta Política como pacto de convivencia, se ha transformado en un papel de defensa de los valores y principios de la democracia, buscando reflejar en la práctica del estado, los fines y principios de los otorgantes de las Constituciones de la región.

El rol que desempeña la rama judicial en la región ha sufrido una transformación, con una fuerte influencia generada por la constitucionalización del derecho como fenómeno creciente desde mitad del siglo pasado. El hecho que la Constitución esté involucrada en cada aspecto del ordenamiento jurídico de un Estado, generó un cambio desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes del derecho, pero cambió también la manera como el derecho se plantea y se materializa en la sociedad.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA DE LATINOAMÉRICA

Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Perú y República Dominicana han adoptado el modelo del juez constitucional como un garante de las Cartas Políticas. En las sociedades latinoamericanas del siglo XXI la Constitución es sin duda el eje de la identidad tanto política como jurídica del Estado, de tal manera que el juez constitucional está en la obligación, no solo de preservar dichos principios y el orden que en ella se establece, así como la manera como esos valores fundantes del Estado se materializan en la práctica.

La labor del juez no se agota en la mera resolución de un conflicto jurídico a partir de la selección de una interpretación u otra, o entre dos normas contradictorias. Las nuevas tareas del juez se extienden a la realización del control de constitucionalidad de las normas nacionales para mantener la armonía entre la Constitución y la manera como el legislador desarrolla los valores o derechos en la práctica, pero incluso al punto de encargarse o moldear el diseño de políticas públicas respecto de situaciones concretas.

Este activismo judicial complementa las labores de las demás ramas del poder público, busca garantizar la preservación del orden jurídico y ha derivado incluso en la judicialización de la política. Este último fenómeno merece una especial atención. En la mayoría de los países del hemisferio han sido los jueces constitucionales los encargados de decidir asuntos de gran relevancia política, como la viabilidad de las reelecciones, la implementación de medidas políticas y económicas en Estados de emergencia, la posibilidad de aplicar medidas jurídicas especiales en casos de conflicto armado e incluso el control sobre reformas a las constituciones. Es la consolidación del poder de control frente a los poderes de administración.

Este fenómeno, en el que el juez ha sido incluso llamado un legislador negativo, es una consecuencia directa no sólo de la complementariedad entre las ramas de los poderes públicos, donde cada día se desdibujan los límites de las labores y competencias que antes solían ser exclusivas, sino de la importancia que la figura del juez ha adquirido en la región y la manera como la inactividad de alguna de las ramas del poder no implica que dichas labores no vayan a ser realizadas dentro del Estado.

Sin embargo, esa especial autoridad con la que está revestido el juez constitucional no es fortuita. El simple hecho que un tribunal constitucional tenga la potestad de determinar si una ley o incluso una reforma constitucional puede estar en el ordenamiento jurídico de un Estado, crea una facultad de cierre del sistema jurídico que es de especial atención. Esto adquiere relevancia, si se interpreta a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que ha permeado esos cambios en la institucionalidad de la región.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El hecho que la responsabilidad internacional del Estado sea una consecuencia no sólo de las acciones del ejecutivo o las medidas tomadas por el legislativo, crea una dinámica al interior del Estado. Con la creación de figuras como el control de convencionalidad, en que los jueces de los Estados pertenecientes a la Convención Americana tienen la obligación de aplicar determinados estándares en materia de derechos humanos, también ha contribuido a incrementar el rol del juez en cuanto se ha generado sobre ellos una obligación específica dentro del espectro de sus funciones.

El juez dentro del sistema interamericano, en cuanto última ratio dentro de su ordenamiento nacional, está en la obligación de aplicar unos criterios so pena de generar una responsabilidad internacional del Estado. Incluso, el hecho de que se requiera un agotamiento de los recursos internos implica una especial carga para el juez, en cuanto garante de los derechos fundamentales en el ámbito de la resolución de acciones constitucionales como el amparo. Esta ha sido la posición adoptada por las Cortes en Colombia y Costa Rica, con gran actividad en la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, esta no es la única dirección en que se ha expandido la actividad del juez constitucional, en casos como el mexicano o el chileno, las cortes constitucionales han tomado un importante papel en arbitrar la competencia política nacional. En algunos Estados, la relevancia de la labor del juez constitucional ha llevado a que incluso se elijan por la sociedad, como Ecuador en 1945 y entre 1979 y 2005, en Guatemala desde 1985 y en Perú de 1979 a 1992.¹

EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO CONTRAPESO AL ABUSO DEL PODER

Adicionalmente, en países como Colombia, el juez ha empezado a asumir una postura contramayoritaria,² en la cual se busca contrarrestar los efectos que pueden generar los abusos del poder en los excesos que pueden presentarse en la democracia. No se hace un control político, pero si se toman medidas jurídicas encaminadas a contrarrestar los efectos que los excesos o abusos de poder puedan generar en detrimento de los principios, valores y derechos constitucionalmente protegidos.

¹ HELMKE, G. Y FIGUEROA, J. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Corte Suprema de la Nación. México, 2010. p.66

² Corte Constitucional del Colombia. Sentencia C-818 de 2011: “El juez constitucional cumple la función contramayoritaria de examinar que el legislador no haya excedido sus competencias en la materia.”

El juez constitucional en América está a la vanguardia en cuanto su papel es creciente por diversos factores, como la influencia de las obligaciones internacionales, la inactividad de las demás ramas respecto de ciertos temas o el interés por la protección de los derechos humanos han llevado a que el juez desempeñe labores nuevas, con un claro propósito de protección de nuevo orden constitucional y la efectiva realización de los valores y principios constitucionales y democráticos contenidos en las Cartas Políticas.

LA REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL EN MÉXICO

Adrián Joaquín Miranda Camarena

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Director de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara.

RESUMEN: El Derecho Electoral es una ciencia jurídica dinámica, de evolución constante, que armoniza a todo el conjunto de legislaciones que implican al tema de lo político y lo electoral, que a la par de las coyunturas histórico-sociales, trae en consecuencia la necesidad de adecuaciones y reformas tanto constitucionales, como legales, con la pretendida finalidad de perfeccionar al sistema electoral mexicano en beneficio de la preservación de la república democrática que es México. Así, cuando la normativa electoral y las figuras jurídicas de ella emanadas, se encuentran rebasadas por la realidad que se vive en la cotidianidad del quehacer electoral de las instituciones electorales, o de la actividad política nacional, surge la innegable premura de hacer reformas necesarias, como acontece en este momento histórico de nuestra nación.

PALABRAS CLAVE: Reforma, autoridad electoral, democracia, reelección, nulidad de elecciones.

ABSTRACT: The Electoral Law is a legal science dynamic, constantly evolving, which harmonizes the entire set of laws involving the issue of electoral politics and that the pace of socio-historical, joints consequently brings the need for adjustments and both constitutional reforms, and legal, with the intended purpose of improving the Mexican electoral system in favor of the preservation of the democratic republic that is Mexico. Thus, when the electoral law and legal concepts that emerged from it is you are overwhelmed by the reality of life in the everyday life of electoral work of electoral institutions, or domestic political activity, the undeniable urgency to make necessary reforms arises as happens in this historic moment in our nation.

KEYWORDS: Reform, electoral authority, democracy, election, elections invalid.

DERECHO ELECTORAL: CONCEPTO

Para hablar del Derecho Electoral en México, debemos citar a la democracia que “se basa en la idea político-filosófica de la soberanía del pueblo [...] el cual ejerce en conjunto el poder estatal mediante procedimientos jurídicos y políticos que posibiliten su participación en la formación de la voluntad política mediante las elecciones libres, periódicas y secretas de sus representantes”¹, hablamos de la “piedra fundamental para preservar la

¹ Corona Nakamura, Luis Antonio, prólogo de la obra *Democracia y Elecciones*, en Myers Gallardo, Alfonso; Fajuri, Sara & Martínez, Gabriel. (coords.), Salamanca, Ratio Legis, 2013, p. 11.

democracia expresada en la voluntad de las mayorías”², para que las elecciones se celebren bajo esas condiciones, se debe garantizar que se celebren “con apego y respeto a diversos principios de rango constitucional, a valores y derechos fundamentales vinculados a nuestro sistema democrático”³.

Al Derecho Electoral lo podemos conceptualizar como “el conjunto de normas jurídicas encargadas de regular las instituciones, procesos, recursos y derechos propios del ciudadano, activa o pasivamente de un lugar determinado, con el fin de conservar, promover y proteger, la democracia y la soberanía propia de un Estado en un tiempo y lugar determinado”⁴. Se trata de una ciencia jurídica dinámica, de evolución constante, ya que es la parte del derecho que armoniza a todo el conjunto de legislaciones que implican al tema de lo político y lo electoral, que a la par de las coyunturas histórico-sociales, trae en consecuencia la necesidad de adecuaciones y reformas tanto constitucionales, como legales, con la pretendida finalidad de perfeccionar al sistema electoral mexicano en beneficio de la preservación de la república democrática que somos. En tal sentido, cuando la normativa electoral y las figuras jurídicas de ella emanadas, se encuentran rebasadas por la realidad que se vive en la cotidianidad del quehacer electoral de las instituciones electorales, o de la actividad política nacional, surge la innegable premura de replantearse esas normas para modificarlas en lo necesario a efecto de lograr que se ajusten al contexto actual.

LA REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL DE 2013: ASPECTOS ESENCIALES

En esta dinámica de reformas que implican al Derecho Electoral en nuestro país, como sabemos, el pasado 05 de diciembre de 2013, fue publicado en la Gaceta Parlamentaria⁵ de la XLII Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Carta Magna, en materia político-electoral y remitida por el Senado a la Cámara de Diputados para su discusión y votación.

Proyecto en el cual, puede observarse que la reforma constitucional en comento tiene la envergadura de las correspondientes a los años de 1990 que, -

² Miranda Camarena, Adrián Joaquín, “Derecho Electoral Mexicano en Myers Gallardo, Alfonso; Fajuri, Sara & Martínez, Gabriel. (coords.), *Democracia y Elecciones*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, p. 38.

³ Corona Nakamura, Luis Antonio, “Calificación de Elecciones: el caso de la elección presidencial de 2012 en México” en Fajuri Valdez, Sara Eugenia *et al.* (coords.), *Democracia y Elecciones*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, p. 21.

⁴ *Op. cit.*, nota 2, p. 39.

⁵ Véase la Gaceta Parlamentaria, correspondiente al Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 5 de Dic. de 2013, Número 3921-II, disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-II.pdf>, fecha de consulta: 06 de Dic. de 2013.

entre otros grandes rubros- permitieron la creación del Instituto Federal Electoral y a la de 1996 con la ciudadanización del citado instituto electoral y la judicialización del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como la relativa al año 2007, en la cual fueron muchos los puntos de reforma en nuestro sistema electoral; así, en este último proyecto de decreto, los ejes torales sobre los que versa, sin duda alguna plantean, además de la repercusión e impacto en la democracia mexicana, el rompimiento de paradigmas que habían estado presentes durante las últimas décadas. De los temas a destacar de este proyecto de decreto para la reforma constitucional en la materia político-electoral –sin ser los únicos, pero por razón de espacio son los que se abordanse encuentran los siguientes:

- a. La creación del Instituto Nacional Electoral. Bajo el argumento de que el “actuar de los órganos electorales locales puede reforzarse con la intervención del instituto en algunas atribuciones [...] y dotar a estos organismos de los principios que deben regir en todo proceso electoral”⁶, se crea al citado instituto como una autoridad en la materia, independiente en sus decisiones y funcionamiento, y profesional en su desempeño, sin desaparecer a los órganos electorales locales, aunque sí, distribuyendo competencias, e inclusive con facultad de atracción de algunas de ellas, de tal forma, que pueda estar más fortalecido que en su momento lo estuvo el Instituto Federal Electoral. Cabe señalar, que dentro de la conformación del nuevo instituto, se contempla que el Consejo General esté integrado con un total de 11 magistrados, de entre ellos, el presidente, que durarán en el cargo nueve años sin posibilidad de reelegirse y serán nombrados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- b. Incremento del umbral necesario para que los partidos políticos nacionales conserven su registro. El motivo primordial para este punto de reforma, según se esgrime en el proyecto⁷, se base en impedir la obtención o la conservación del registro de partidos que carecen de representatividad, por lo que elevar el porcentaje de votos mínimo necesario previene la existencia de partidos políticos muy pequeños que fragmenten en extremo la representación, así se propone que se eleve el

⁶ Véase exposición de motivos correspondiente a “Reforma Electoral” de la Gaceta Parlamentaria, Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 5 de Dic. de 2013, Número 3921-II, disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-II.pdf>, fecha de consulta: 06 de Dic. de 2013 p. 124.

⁷ *Ibidem*, p. 143.

porcentaje mínimo requerido (del 2%) al 3%, de la votación válida emitida⁸, para que conserve su registro.

- c. La reelección consecutiva en algunos cargos de elección popular. Se consideró que la reelección trae consigo ventajas tales como crear un vínculo más estrecho con los electores, lo que abonará a la rendición de cuentas, fomentando relaciones de confianza entre representantes y representados, así como la profesionalización de los legisladores propiciando un mejor quehacer legislativo, razones por las que la reforma va por el sentido de permitir la reelección de senadores por dos periodos consecutivos, los diputados –tanto federales como locales- por cuatro periodos y los presidentes municipales regidores y síndicos, por un período adicional (siempre que cada periodo no sea mayor a tres años), todos ellos, siempre bajo el mismo partido o cualquier partido integrante de la coalición que los postuló o en caso de ser candidatos independientes, de igual forma como tales. Ahora bien, no se incluyó el hecho de instaurar la figura de la revocación de mandato, como una medida útil de contrapeso para que la ciudadanía, los representados puedan validar, ratificar válidamente a sus representantes, no solamente por virtud del voto, sino además calificando sus resultados en el desempeño del cargo público para el que los eligió.
- d. El rebase de límites máximos de gastos de campaña, como causa de nulidad de elecciones federales o locales. En este punto, se enfatiza que el sistema de nulidades de las elecciones federales o locales por violaciones graves, deberá incluir como causales⁹: exceder el gasto de campaña en un 5% del monto total autorizado; adquirir cobertura informativa o tiempos en radio y televisión, fuera de los supuestos legales; recibir o utilizar recursos de procedencia ilícita o recursos públicos en las campañas, siempre y cuando las violaciones se acrediten de manera objetiva y material.
- e. La contratación y distribución de espacios en radio y televisión, con el incluyente de los candidatos independientes. En este rubro de la reforma¹⁰, se contempla que ahora no sólo los partidos políticos nacionales tendrán derecho al uso de manera permanente de los medios de comunicación social, sino que los candidatos independientes también tendrán derecho de acceso a prerrogativas para las campañas electorales

⁸ Véase la Gaceta Parlamentaria, Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, jueves 5 de Dic. de 2013, Número 3921-X, disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en internet: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-X.pdf>, fecha de consulta: 07 de Dic. de 2013, p. 4.

⁹ Gaceta parlamentaria, *op. cit.*, nota 5, pp. 18-19.

¹⁰ *Ibidem*, p. 7.

en los términos de ley, y durante las campañas electorales deberá destinarse para cubrir el derecho de los partidos políticos y los candidatos al menos el 85% del tiempo total disponible en radio y televisión.

Asimismo, también se contempla que el tiempo establecido como derecho de los partidos políticos y, en su caso, de los candidatos independientes, se distribuirá entre los mismos otorgando el 70% distribuido entre los partidos políticos de acuerdo a los resultados de la elección para diputados federales inmediata anterior y el 30% restante será dividido en partes iguales, de las cuales, hasta una de ellas podrá ser asignada a los candidatos independientes en su conjunto¹¹.

ÚLTIMAS REFLEXIONES

A manera de conclusión, diré que el proyecto de la reforma en comento, contiene rubros que implican a los partidos políticos, a los candidatos independientes, a las instituciones electorales tanto a nivel federal como estatales, así como a las autoridades jurisdiccionales electorales federal y locales, bajo las modificaciones y adecuaciones significativas y de avance real en materia de democracia nacional, sin embargo, quedan aún puntos finos por definirse como delimitación precisa de competencias de autoridades administrativas electorales, la inclusión de la revocación de mandato como contrapeso o control inherente a la reelección y la claridad de procedimientos para la participación de candidatos independientes en las contiendas. Necesario, pero aún hay mucho camino por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DE CONSULTA

Corona Nakamura, Luis Antonio, prólogo de la obra *Democracia y Elecciones*, en Myers Gallardo, Alfonso; Fajuri, Sara & Martínez, Gabriel. (coords.), Salamanca, Ratio Legis, 2013.

----“Calificación de Elecciones: el caso de la elección presidencial de 2012 en México” en Myers Gallardo, Alfonso; Fajuri, Sara & Martínez, Gabriel. (coords.), *Democracia y Elecciones*, Salamanca, Ratio Legis, 2013.

Miranda Camarena, Adrián Joaquín, “Derecho Electoral Mexicano” en Myers Gallardo, Alfonso; Fajuri, Sara & Martínez, Gabriel. (coords.), *Democracia y Elecciones*, Salamanca, Ratio Legis, 2013.

Gaceta Parlamentaria, Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, 5-Dic-2013, Número 3921-II, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-II.pdf>.

Gaceta Parlamentaria, Año XVII, Palacio Legislativo de San Lázaro, 5-Dic-2013, Número 3921-X, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2013/dic/20131205-X.pdf>, fecha de consulta: 07 de diciembre de 2013.

¹¹ *Ibidem*, pp. 8-9.

CALIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL EN MÉXICO 2012

Luis Antonio Corona Nakamura

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Director del Instituto Prisciliano Sánchez y Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco.

l.corona@triejal.gob.mx

RESUMEN: La pasada elección presidencial en México, comicios celebrados el primero de julio de 2012, resultó controvertida y cuestionada por la vía jurisdiccional, sobre la base de la supuesta conculcación de principios constitucionales electorales, motivando un interesante análisis sobre la calificación de esa elección; advirtiéndose la necesidad de una revisión y posible reforma a la norma electoral en rubros como la prueba, regulación de encuestas y estudios de opinión, y sanciones.

PALABRAS CLAVE: Calificación de elecciones, principios constitucionales, elección Presidencial 2012.

ABSTRACT: The last presidential election in Mexico, with the first elections held in July 2012, was controversial and questioned by judicial process, based on the alleged breach of electoral constitutional principles, motivating to an interesting discussion on the comprehensive characterization of the election; at the end, we see the need of a revision and reform of the electoral rule in areas such as the evidence, regulation of opinion polls and surveys, and on sanctions.

KEY WORDS: Rate of elections, constitutional principles, Presidential election 2012.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

La pasada elección federal para renovar al titular del Poder Ejecutivo de la Unión, fue una contienda seguida por todos los actores del proceso electoral, desde el desarrollo de la campaña hasta los resultados de la elección y la posterior impugnación presentada por la Coalición “Movimiento Progresista” (partidos políticos de la Revolución Democrática, del Trabajo y Movimiento Ciudadano). La resultante final de la elección presidencial de 2012, constituyó la derrota electoral del Partido Acción Nacional, dando paso al triunfo del candidato postulado por la Coalición “Compromiso por México” (conformada, por los partidos políticos Revolucionario Institucional y Verde Ecologista de México); contienda reñida y cuestionada por la vía jurisdiccional, resolución a cargo de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, órgano que integró una Comisión Instructora encargada de elaborar

el proyecto de resolución. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la resolución que emitió, enfatizó en el considerando tercero, que su estudio incluiría precisamente si se respetaron los valores y principios rectores de la materia, previstos en la Constitución y Tratados Internacionales.

LA COMISIÓN ENCARGADA DE FORMULAR EL PROYECTO DE CALIFICACIÓN JURISDICCIONAL DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE 2012 EN MÉXICO Y DESCRIPCIÓN DE SU DICTAMEN

En el libelo impugnativo, la coalición actora esgrimió agravios relacionados a los siguientes ejes temáticos: a) adquisición en cubierta en radio y televisión y medios impresos; b) uso indebido de encuestas como propaganda electoral; c) financiamiento encubierto por conducto de Banco MONEX, S. A.; d) presión o coacción de los electores mediante la distribución de tarjetas de la cadena comercial SORIANA; e) gastos excesivos en campaña electoral y aportaciones de empresas mexicanas de carácter mercantil; f) intervención de gobiernos (federal y locales); g) compra y coacción del voto antes, durante y después de la jornada electoral; y h) irregularidades durante los cómputos distritales.

El dictamen de referencia, estuvo integrado en su contenido, por tres partes: 1) el cómputo final; 2) validez de la elección; y 3) declaración de Presidente Electo; respecto al resultado del cómputo final de esa elección, se consideraron los resultados definitivos de los cómputos distritales, así como lo resuelto por la Sala Superior en los juicios de inconformidad promovidos por la Coalición “Movimiento Progresista”, por ciudadanos y por el Partido Acción Nacional¹, en contra de diversos cómputos distritales, trayendo la anulación de la votación recibida en algunas casillas y los ajustes del recuento ordenado por el Tribunal Electoral Federal.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA CALIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL

La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver el juicio toral de nulidad interpuesto, estableció su metodología de estudio², conforme a los siguientes parámetros: a) La exposición de un hecho que se considere violatorio de algún principio o precepto constitucional; b) El análisis normativo y conceptual del principio constitucional que se considera

¹ En la página web, oficial del TEPJF, se informó, fueron un total de 378 juicios de inconformidad, 12 presentados por ciudadanos, 1 por el PAN y 365, por la coalición “Movimiento Progresista”.

² Véase la sentencia recaída al expediente del Juicio de Inconformidad número SUP-JIN-359/2012, de las fojas 117 a 120, consultable en la página oficial de ese órgano jurisdiccional en la Internet: <http://www.trife.gob.mx/>

vulnerado; c) La comprobación plena del hecho que se reprocha, mediante la descripción y valoración de las pruebas; d) El grado de afectación que la violación al principio o precepto constitucional ha producido en el desarrollo del procedimiento electoral; y e) Demostración de que la infracción es, cualitativa o cuantitativamente, determinante para invalidar la elección de que se trata. El estudio de fondo se hizo al tenor siguiente:

- a. Adquisición encubierta en radio, televisión y medios impresos: Se resaltaba la vinculación del candidato de la Coalición “Compromiso por Jalisco”, para con la empresa Televisa, denuncia de grupo de jóvenes universitarios llamado “#Yosoy132”³. Los agravios resultaron infundados por defectos o insuficiencias en materia de pruebas, porque no se aportaron pruebas idóneas o suficientes.
- b. Uso indebido de encuestas como propaganda electoral. Se planteó que algunas empresas de comunicación⁴, dieron un uso político a los ejercicios de estudios de encuestas de opinión, configurando una forma de inducción del voto. Resultaron infundados los agravios, porque los medios de prueba (documentales y técnicas) no generaron convicción, no probaron circunstancias de modo, tiempo o lugar, no probó irregularidades graves para anular la elección presidencial por vulnerar los principios constitucionales de objetividad, equidad y certeza.
- c. Financiamiento encubierto por conducto de Banco Monex, S.A.: Se adujo que en la campaña electoral, se utilizó financiamiento encubierto, ilegal, paralelo, de procedencia desconocida, en razón de varias circunstancias, destacando la contratación con algunas empresas privadas, a través del Banco Monex, afectando, la libertad del sufragio y la equidad en la contienda. Se concluyó que los elementos de prueba, fueron insuficientes para demostrar los supuestos actos de compra y coacción del voto a través de las citadas tarjetas, en consecuencia no se demostró transgresión de principios rectores electorales y menos aún, evidenciando el influjo que pudieron tener en la decisión que implicó el sufragio.

³ “#YoSoy132, movimiento de base estudiantil que se articula a través de ocho Principios Generales que permiten vincular y regir la dirección y participación de todos los comités y, a contribuir a la construcción de la concientización ciudadana”. –según su página en la Internet: <http://www.yosoy132media.org/quienes-somos/#sthash.5ITkrA8U.dpuf>

⁴ Se mencionan algunas como Milenio GEA /ISA” y “Televisa-CNIRT-Mitofsky”; y de manera más general a: “BGC-Excelsior”; “Mendoza, Blanco y Asociados”; “El Universal/Buendía y Laredo”, “OEM Parametría”, Covarrubias y Asociados e Indemerc/El Financiero, véase la sentencia recaída al expediente del Juicio de Inconformidad número SUP-JIN-359/2012, de las foja 427, consultable en la página oficial de ese órgano jurisdiccional en la Internet: <http://www.trife.gob.mx/>.

- d. Agravios relacionados con Tiendas Soriana: Se hablaba de las relaciones entre las tiendas Soriana y los gobiernos locales de extracción priísta, y la distribución de las tarjetas soriana a cambio del voto. En el análisis, a pesar de que se tuvo por acreditada la existencia de 5,711 tarjetas, no quedó probado con las pruebas en el expediente (testimonios notariales y documentales) que se hayan otorgado a ciudadanos de forma condicionada para que votaran a favor de ese candidato, tampoco se acreditó la supuesta existencia de contratos entre Soriana y los gobiernos estatales (11) sobre adquisición de tarjetas.
- e. Agravios por gasto excesivo en campaña electoral y publicidad: Se esgrimió que durante la campaña electoral, se realizaron gastos excesivos en su propaganda y publicidad, materializados en: encuestas, financiamiento de un evento celebrado en el Estadio Azteca, propaganda en prensa, gastos operativos de campaña, costos por mensajes en radio y televisión y aportaciones de empresas mexicanas mercantiles a la campaña de Enrique Peña Nieto, se ofrecieron como pruebas, además de documentales privadas, expedientes de diversas quejas ante el Instituto Federal Electoral –que al momento de analizar el agravio aún no se resolvían-. En el dictamen, se declararon infundados los hechos, porque las pruebas fueron insuficientes para vincular a los sujetos denunciados con los montos de erogaciones relacionadas con la campaña de la elección presidencial, así como insuficientes para probar que una persona moral empresa o partido haya aportado o donado dinero o especie a la campaña de ese candidato.
- f. Intervención de gobiernos tanto federal como locales: Supuesta presión, compra y coacción del voto por parte de elementos policiacos, por gobiernos de algunos Estados como Chihuahua, Durango, Veracruz y Zacatecas, así como intervención de gobernadores priístas en la República y de funcionarios federales para cubrir cuota o cantidad de votos en cada entidad a través de la supuesta utilización de recursos públicos y la presión, compra o coacción del voto. Señalamientos que, o no fueron demostrados por falta de aportación de pruebas o porque las aportadas fueron insuficientes.
- g. Compra y coacción del voto a lo largo del proceso electoral: Señalaron la supuesta compra y coacción del voto en todo el proceso electoral, consistentes en entrega de tarjetas para llamadas telefónicas gratuitas; de beneficios “Premia Platino”; dinero en efectivo; despensas; materiales de construcción; diversos artículos utilitarios y semovientes; acarreo de ciudadanos para sufragar; violencia física o presión sobre los electores por grupos de la delincuencia organizada, o bien, mediante llamadas telefónicas y transmisión de mensajes por teléfono celular vía “*call center*” y, robo de documentación y material electoral. De nueva cuenta,

las fallas o deficiencias de la coalición actora, en materia de prueba, trajo consigo que no se tuvieran por acreditados los hechos o las irregularidades ante la carencia de eficacia probatoria.

- h. Irregularidades ocurridas durante los cómputos distritales: Señalamiento de inconsistencias en actas de casilla por diferencias en la lista nominal de electores, por votación atípica en zonas rurales y por diferencias de votación entre las elecciones presidencial y de diputados y senadores, así como la falta de certeza de las casillas que fueron objeto de recuento. Se concluyó que fueron infundadas esas motivaciones, en cuanto a las diferencias en listados nominales que pudieron ocurrir en el asentamiento de los datos del número de electores inscritos en la lista nominal, eran insuficientes para tener por acreditada una violación; en cuanto a la votación atípica (incremento de votación), fue un señalamiento general sin aportación de pruebas; por lo que ve a la diferencia de votación en las elecciones federales presidencial, de diputados y senadores, la documental aportada careció de eficacia para demostrar las inconsistencias alegadas; y de la falta de certeza en las casillas donde hubo recuento, no se acreditó a falta de aportación de pruebas para ello.

A MODO DE CONCLUSIONES

1. Debe analizarse la necesidad de reformar la normativa electoral para regular, de forma más específica, lineamientos para la realización de las encuestas y estudios de opinión, para evitar la posible manipulación o simulación de sus resultados.
2. Se precisa efectuar reformas legales tendientes a evitar que se dé la simulación en la publicidad o la propaganda velada que realizan los partidos políticos y sus candidatos.
3. Es urgente hacer una revisión legislativa a fondo del marco jurídico vigente en las reglas de la prueba que se encuentran contenidas en la normativa electoral y, en consecuencia, realizar las reformas o adecuaciones necesarias, para optimizar la regulación actual de su ofrecimiento, admisión y valoración.
4. Resulta necesaria la revisión a la norma electoral y una reforma a la misma, para la regulación de procedimientos a seguir y lineamientos concretos a respetar con las respectivas sanciones, para los casos de actos de proselitismo electoral de precampañas y campañas electorales en la Internet.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA

- OROZCO Henríquez, J. *Justicia electoral y garantismo jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2006.
- SIERRA Fuentes, G. & ZAPATA, V. “Los Principios Constitucionales de la materia electoral en México”, en la Revista Quid Iuris, núm. 11, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, Diciembre 2009.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicación de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2012.
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicación de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2012.
- Portal oficial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en Internet: <http://www.trife.gob.mx/>, consulta de fecha 14 de febrero de 2013.
- Portal oficial del Instituto Federal Electoral en Internet: <http://www.ife.org.mx/portal/>, consulta de fecha 19 de febrero de 2013.
- Portal oficial del Movimiento #Yosoy132 en Internet: <http://www.yosoy132media.org/quienes-somos/#sthash.5lTkrA8U.dpuf>

LA OPINIÓN PÚBLICA EN LA COMUNICACIÓN POLÍTICA MEXICANA

Alfredo E. Ríos Camarena Rodríguez

Titular de la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Federal Electoral. Licenciado en Derecho por el ITAM. Maestría en Derecho por la UNAM.

MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA EN MÉXICO (MCPE)

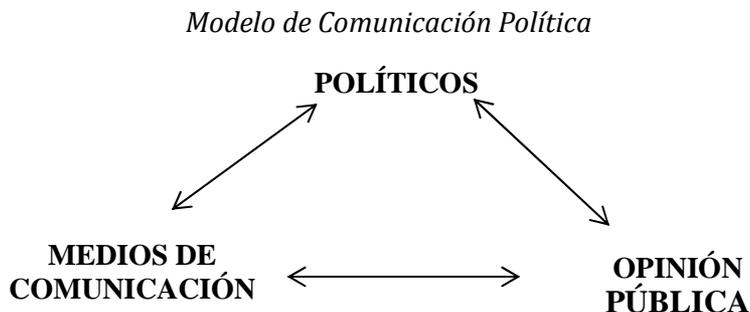
La experiencia democrática, y la investigación académica coinciden en que, para toda democracia es indispensable la comunicación, es como el aceite que mantiene funcionando de manera óptima la maquinaria institucional. Sin comunicación política es difícil alcanzar decisiones con cierto grado de legitimidad, aún más, hay quienes sostienen que sin la debida información y el respeto a la libre expresión no es posible el desarrollo pacífico del régimen político¹.

Las instituciones encargadas de velar por la democracia están obligadas a fomentar procesos deliberativos dentro de la sociedad porque con ello se construye una cultura cívica, se difunde información política relevante y discuten temas de interés general. Si bien, no se sustituye la concepción de representatividad, sí permite la intervención de la ciudadanía en las decisiones políticas de manera regular y sustantiva. Es importante observar, que la comunicación política no se reduce a la simple persuasión para atraer votos, sino que en su acepción más amplia permite la crítica, el intercambio de argumentos y el diálogo entre los actores involucrados. Es equivocado concebir a la comunicación como un discurso monocorde en donde el ciudadano se sienta a escuchar lo que los políticos o los medios quieran decir sin ningún tipo de retroalimentación o contra réplica.

En el caso particular de México, el modelo de comunicación política está conformado por una interesante y compleja interacción entre *políticos, público y medios de comunicación*, los cuales se alimentan mutuamente y cada uno influye y actúa en función de la reacción del otro. En ese sentido la comunicación política se alimenta del intercambio recíproco de discursos entre los tres actores mencionados². Convirtiéndose en una condición necesaria para el funcionamiento de la democracia en nuestro país, y en general para cualquier democracia de masas.

¹ MERCIER, Arnaud. “Identificación de la comunicación política”, en Mercier, Arnaud (Coord.) *La comunicación política*, Buenos Aires, La Crujía, 2012, pp. 16-18.

² WOLTON, Dominique. “La comunicación política: construcción de un modelo”, en Mercier, Arnaud (Coord.), *La comunicación política*, Buenos Aires, La Crujía, 2012, p. 30.



En particular, la legislación mexicana no ha sido ajena a la complejidad de la comunicación política en la construcción de la democracia, al grado que se implementó una reforma política electoral³ (RPE) de gran impacto en el modelo de comunicación política (MCP), que transformó la interacción entre los partidos políticos, medios de comunicación, autoridades y la ciudadanía. En dicha modificación, se redefinieron las reglas en materia de radio y televisión, a fin de contribuir a los principios de igualdad y equidad en la contienda electoral. La RPE de 2007-2008, fue motivada por la influencia inmoderada de los medios masivos de comunicación en los procesos electorales, y en general en la toma de decisiones políticas, por lo que, tuvo como uno de sus propósitos acotar la influencia política de los medios de comunicación masiva y restringió el acceso a los mismos. El Proceso Federal Electoral del año 2006 en México nos mostró como el MCP puede ser distorsionado si uno de los actores que lo componen adquiere una fuerza desmedida o preponderante frente a los demás, porque, evidentemente será posible inclinar la balanza de acuerdo a los intereses particulares de cada uno de ellos⁴.

Así pues, la RPE transformó de manera sustancial las reglas de interacción entre los diversos actores que conforman el MCP, sin embargo, centró su atención a los medios de comunicación masiva, sin advertir, desde mi punto de vista, la enorme importancia de la *opinión pública* como factor indispensable para el desarrollo de la calidad democrática. Si bien, los medios masivos de comunicación, a través de la interpretación de datos, sondeos y encuestas proporcionan un indicio sobre lo que se manifiesta en la opinión pública, creo necesario restablecer los procesos deliberativos y dialógicos entre los distintos

³ Diario Oficial de la Federación. 13 de Nov. de 2007 (Constitucional) y el 14 de Enero de 2008 (Secundaria) que pueden ser consultadas en
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5005999&fecha=13/11/2007y
http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5028346&fecha=14/01/2008.

⁴ ASTUDILLO, C. “El nuevo modelo de comunicación política”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (Coords.), *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007, Hacia un Nuevo Modelo*, México, TEPJF, 2009, pp. 177-251.

grupos e individuos que conforman el conglomerado social, que permitan tanto a políticos, autoridades y medios conocer el real y auténtico sentir social.

LA NECESIDAD DE LA OPINIÓN PÚBLICA

Como ya mencionamos, las transformaciones hechas por el legislador mexicano al MCP no contemplaron disposiciones o reglas que resaltarán la importancia de la opinión pública, es decir, no se propuso el desarrollo de metodologías tendentes a construir opinión pública como elemento indispensable para el desarrollo democrático del país, y con ello potencializar la reflexión de temas políticos trascendentes. El MCP mexicano, no asigna, en mi opinión, el debido valor que la participación ciudadana tiene en la comunicación política, sino por el contrario, deja de lado a los ciudadanos como si fuesen clientes o consumidores de información, que solo responden encuestas y votan. Es decir, se mantiene un modelo en el que los ciudadanos son receptores y rara vez se convierten en emisores que efectivamente incidan en la discusión y el discurso político, sobre temas sustanciales y de interés público.

Los sujetos que conforman esa opinión pública en el actual MCP no tienen la oportunidad de desplegar capacidades analíticas y con ello las funciones de control e influencia política, esto es, ignorar las capacidades deliberativas de los receptores de la información y con ello se restringe la posibilidad de transformar el entorno político mediante una democracia deliberativa, a través de un procedimiento de deliberación libre y razonada entre personas consideradas políticamente iguales⁵. Para el desarrollo democrático de un país es de suma importancia crear conductos o medios para que los ciudadanos conformen una opinión pública influyente, ellos deben ser actores activos en la discusión de temas que directamente les atañen, deben ser ellos quienes por medio del diálogo, el análisis y la discusión de los temas relevantes faciliten la toma de decisiones sin prescindir del respeto recíproco y la aceptabilidad de la crítica.

En ese sentido, si bien en el caso mexicano eran necesarias restricciones a la enorme influencia de los medios masivos de comunicación, también desde mi óptica, resulta indispensable para la calidad democrática asignar su justo valor a la *opinión pública*⁶ derivada de un proceso deliberativo. En la inteligencia de que la ciudadanía debe tener la posibilidad de influir en un espacio de representación política, con capacidad de disertar sobre temas sustantivos. Por tanto, es necesario que las autoridades electorales, en congruencia con los

⁵ BENHABIB, S. *Reivindicaciones de la cultura, Igualdad y diversidad en la era global*, Katz, Argentina, 2006, p.179.

⁶ Vid. El concepto de opinión pública en HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública, la transformación estructural de la vida pública*, México, Gustavo Gili, 2011, p. 261-274.

principios democráticos que las rigen y de acuerdo a los fines que persiguen, pugnen por espacios alternos que permitan una participación activa de la ciudadanía en la comunicación política. Es posible acceder a espacios de deliberación con la adopción de un modelo dialógico que permita contar con una comunicación política interactiva, lo cual resulta práctico para pequeñas comunidades, y nada sencillo en democracias de masas. En este tenor, se deben adoptar medidas dirigidas a medios personales e igualmente dialógicos como lo son las nuevas tecnologías de la información que sin duda cuestionan la creación de opinión pública a través de los medios masivos de comunicación, muestras demoscópicas y resultados electorales⁷.

El Internet, por ejemplo, da la oportunidad para que cada ciudadano pueda actuar como un medio de comunicación en potencia expresando su propia opinión sin intermediarios ni censura. Puede reformular e impugnar la opinión surgida en medios, los resultados de los sondeos y las proyecciones de las urnas. En otras palabras, se crea una opinión pública proactiva y discursiva que difumina las fronteras geográficas y los lugares sociales donde se exponen. Es claro que la creación de este tipo de espacios mantiene desventajas evidentes como lo es la sobreabundancia de información, la fragmentación o polarización del discurso, y por último que se acabe reproduciendo el modelo de medios convencionales, lo que nos debe hacer pensar en la posibilidad de desarrollar debates orientados con los que podamos arribar a conclusiones y acuerdos⁸ o, por lo menos, acceder al aprovechamiento democrático de estas experiencias, como lo es en sí misma la participación en el debate público.

Estos espacios también traen consigo ventajas evidentes que son aliciente a la calidad de la democracia y alimenta la cultura cívica de la ciudadanía como lo es, en relación a su *a) estructura* (la autogestión, coparticipación y prácticas colaborativas o de intercambio; *b) representación* (mayor pluralismo de voces tendencias ideológicas y diversidad de agenda) y, por último, en cuanto a la *c) Intención* (crea públicos proactivos). Signos, que son reflejo evidente de un crecimiento y desarrollo democrático, fin indiscutido de las instituciones electorales en el mundo⁹. En el MCP es necesario diseñar metodologías participativas que garanticen la incorporación en el campo de la discusión política a la opinión pública, con el propósito de perfeccionar y, en su caso, redirigir nuestros esfuerzos a la inclusión de la reflexión crítica de los espacios y

⁷ Vid. SAMPEDRO B. &, RESINA DE LA FUENTE, J. “*Opinión pública y democracia deliberativa en la Sociedad Red*”, *Revista de Historia Contemporánea Ayer*, 2010, pp. 143-144.

⁸ SURAUD, M. “Vitalidad y estructuración de la opinión pública: las perspectiva de la democracia deliberativa”, en D’Almeida, Nicole (Coord.), *La opinión pública*, Buenos Aires, La Crujía, 2012, p. 125.

⁹ Sampedro Blanco, Víctor y Resina de la Fuente, Jorge, *op. cit.*, nota 9, p. 151.

contenidos informativos del actual discurso político, que garanticen una participación activa de los ciudadanos en el debate político cotidiano.

CONCLUSIONES

Si no existe participación activa o proactiva del ciudadano, si éste se siente ignorado, o si percibe un nulo interés por parte de los medios o los políticos sobre los verdaderos problemas que le aquejan, podemos esperar un claro descreimiento de la política o evidente falta de interés.

Por ello, considero de suma relevancia que las instituciones electorales que mantienen la obligación de construir espacios deliberativos y el desarrollo democrático del país, deben implementar metodologías adecuadas que permitan de manera directa construir debates y consensos, reflexiones y argumentos, que posicionen la efectiva opinión pública en el discurso político. En otras palabras, la libre participación de la ciudadanía en la comunicación política puede generar legitimidad en la toma de decisiones, y corresponsabilidad de las mismas dado que el ciudadano fue escuchado y atendido.

En este sentido, las nuevas tecnologías de la información como medios personales y dialógicos, pueden ayudarnos en la construcción de opinión pública directa, sin dejar de observar la manifestada a través de la representación periodística, demoscópica y electoral. Es más, no solamente estos medios podrían resultar útiles sino cualquier otro que esté al alcance como el de la telefonía o el postal, que permitan generar espacios alternos de deliberación promoviendo la participación ciudadana y, a su vez, obteniendo información importante para los políticos y las instituciones sobre los temas de interés público.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ASTUDILLO, Cesar, "El nuevo modelo de comunicación política", en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (Coords.), *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007, Hacia un Nuevo Modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
- BENHABIB, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura, Igualdad y diversidad en la era global*, Alejandra Vasallo (Trad.), Katz, Argentina, 2006.
- HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública, la transformación estructural de la vida pública*, México, Gustavo Gili, 2011.
- MERCIER, Arnaud, "Identificación de la comunicación política", en Mercier, Arnaud (Coord.), *La comunicación política*, Quel, Gabriela y Martínez Estevez, Andrés (Trad.), Buenos Aires, La Crujía, 2012.

- SAMPEDRO BLANCO, Víctor y Resina de la Fuente, Jorge, “Opinión pública y democracia deliberativa en la Sociedad Red”, *Revista de Historia Contemporánea Ayer*, 2010, disponible en <http://www.ciberdemocracia.net/articulos/Ayer80SampedroyResina.pdf>.
- SURAUD, Marie-Gabrielle, “Vitalidad y estructuración de la opinión pública: la perspectiva de la democracia deliberativa”, en D’Almeida, Nicole (Coord.), *La opinión pública*, Quel, Gabriela y Martínez Estevez, Andrés (Trad.), Buenos Aires, La Crujía, 2012.
- WOLTON, Dominique, “La comunicación política: construcción de un modelo”, en Mercier, Arnaud (Coord.), *La comunicación política*, Quel, Gabriela y Martínez Estevez, Andrés (Trad.), Buenos Aires, La Crujía, 2012

EL PODER DEL ESTADO ANTE LOS GRUPOS DE AUTODEFENSA EN MÉXICO¹

Guadalupe Leticia García

Doctora en Derecho por la FES Acatlán de la UNAM, profesora definitiva de tiempo completo Nivel “C” de la UNAM, adscrita al Posgrado en Derecho de la FES Acatlán de la UNAM y perteneciente al Sistema Nacional de Investigadores Nivel 2.

A manera de reflexión inicial, me permito recordar lo expresado por Massimo Pavarini, quién menciona que *“la renuncia definitiva a las funciones punitivas del Estado termina por reclamar lógicamente la supresión del Estado mismo”*². Es decir, ¿podríamos pensar que sin la existencia del Derecho penal, sin la represión oficial contenida en el sistema punitivo desaparecería el Estado? La posición de Pavarini, a mi modo de ver es un tanto extremista, pero ciertamente un Estado “administrador” no tendría el mismo poder. Finalmente como *“quien aplica la pena tiene el poder”*. La defensa de ese “poder” del Estado se hará legalmente, siempre ha existido y existirá un marco jurídico que proteja ese ejercicio: Entre los Aztecas, por ejemplo, *“el marido que mataba a la mujer aún en caso de adulterio era reo de muerte, por usurpar la jurisdicción del magistrado”*³.

Si atendemos al aspecto histórico donde se percibe una pérdida de poder del Soberano, podemos apreciar la reacción que permite que dicho poder sea recuperado. Tenemos así por ejemplo que cuando inicia funciones el Concejo de Civiles en la fase de la Venganza Privada y éstos regulan el ejercicio de la venganza y determinan la aplicación de la “pena” se arrogan una parte del poder que correspondería al Señor Feudal, por lo que éste envía a un representante a los juicios. Así, la relación que anteriormente era de dos (ofendido/ofensor) se convierte en una relación de tres en la que se incluye al representante de la autoridad. Tal representante acude en “defensa” del ofendido ya que finalmente es un vasallo del Señor Feudal. El representante o procurador velará por los intereses de dicho vasallo, es decir, cumplirá con su cometido de brindarle justicia. Es aquí cuando históricamente tiene su origen el Derecho Penal.

¹ Ensayo resultado de una investigación más amplia que se está realizando en la FES Acatlán sobre el tema de Grupos de Autodefensa.

² Pavarini, Massimo, El sistema de derecho penal entre abolicionismo y reduccionismo, Revista Mexicana de Justicia, México, 1986, p. 229

³ Clavijero, Historia Antigua de México, México, Porrúa, 1974, pp. 217-220

Otro caso lo vemos en la Nueva España en los Siglos XVII y XVIII. A través del Tribunal de la Acordada, el virrey recuperó el poder y el control de la administración de justicia. Tal poder se había mermado por el poderío de los hacendados que involucraba la administración de la justicia. Para recuperarlo el virrey organizó un grupo de “agentes voluntarios” que debían esperar la llegada del Tribunal itinerante. Es decir, los hacendados ahora estaban bajo la jurisdicción del virrey. Según establece A. Josefina Álvarez Gómez, a finales del Siglo XVIII la Acordada contaba con un número de 2000 a 2500 agentes voluntarios bajo su jurisdicción⁴.

El poder represor que enarbola el Estado le es otorgado jurídicamente. Desde el momento en que la seguridad aparece como un derecho del hombre y su procuración como una obligación por parte del Estado, las legislaciones nacionales o internacionales, se encargarán de brindar el marco legal bajo el cual esta seguridad se garantice.

El Artículo segundo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, menciona que “La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; y esos derechos son libertad, propiedad, *seguridad* y resistencia a la opresión.

En México, el Art. 25 Constitucional al final de su primer párrafo nos habla de “los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución” y por su parte el Art. 21 en su noveno párrafo indica que “la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva (...)” y el tercer párrafo 3, menciona “la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”. Una vez legitimada la actuación de la autoridad, en el supuesto contrario, el Artículo 17 establece: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho (...)”.

Pilar Lledó indica que el concepto de seguridad, tal y como se emplea en la mayoría de nuestras Constituciones, es un concepto completo, eminentemente socio-político y que se puede definir como aquella situación social que se caracteriza por un clima de paz, de armonía, de convivencia entre los ciudadanos que permite y facilita el libre y pacífico ejercicio de los derechos

⁴ Álvarez Gómez, Josefina y otros, “Control social en la Nueva España, siglo XVIII, el Tribunal de la Acordada”, en *Cuadernos de Posgrado*, Serie A, No. 4, México, UNAM-Enep Acatlán, 1991, p. 52.

individuales, políticos y sociales, así como el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas⁵.

Este preámbulo nos da una idea, por un lado, histórica de la defensa del poder del Estado, realizada por el propio Estado, y por otro, teórica y legal de la obligación del Estado de procurar seguridad a los ciudadanos. Sin embargo, en los últimos años y en lo tocante a México, lo que se ha vivido es un clima de inseguridad debido principalmente a la actividad de grupos delincuenciales organizados.

En este contexto y ante la ineficacia, indiferencia o inactividad de las autoridades que deben procurar y administrar justicia, grupos de civiles se han organizado para luchar contra el crimen organizado que los acosa. Estos grupos de civiles han recibido el nombre de “grupos de autodefensa”. A fin de tener una visión clara de lo que son los grupos de autodefensa, a contrario sensu, indicaremos que NO son estos grupos.

Existen en México, a la par del marco jurídico legal constitucional, diversos sistemas jurídicos indígenas, por ejemplo, los siguientes:

- Municipios autónomos, cuyo fundamento constitucional es el Artículo 2º Constitucional. Ejemplos: Municipios autónomos de Chiapas: 38 municipios autónomos conformados por bases de apoyo del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) desde finales de 1994. Estos municipios funcionan al interior con su propia organización y aplicación de normas, con base en usos y costumbres.
- Guardias tradicionales de pueblos indígenas como el Seri y el Yaqui, y la guardia tradicional maya (Chan Santa Cruz, Municipio de Carrillo Puerto).
- La Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias de la Costa Montaña (CRAC) del Estado de Guerrero, misma que abarca 12 Municipios, cuenta con 77 comunidades participantes conformadas por pueblos Tlapanecos, Mixtecos y mestizos, fue formada en 1995; tiene un número estimado de 877 policías comunitarios y la población beneficiada directamente es de 100,000 habitantes aproximadamente⁶.
- La Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias de la Costa Montaña (CRAC) además de castigar directamente los delitos comunes (homicidio, violación, secuestro, etc.), castiga a través de los comisarios

⁵ Lledó Real, Pilar, La seguridad como proceso de legitimación democrática, en *Violencia y Seguridad Pública*, una propuesta institucional, coordinación de Jiménez Ornelas, René, México, UNAM, 2006, p. 22.

⁶ En <http://www.policiacomunitaria.org/content/quienes-somos>, consultado el 11 de octubre de 2013.

conductas consideradas como “faltas” o “errores” (conflictos matrimoniales, robos menores, conflictos y riñas derivados del alcoholismo, falta de respeto a los padres, etc.), es decir, su esquema también es el de usos y costumbres.

Entre los castigos que aplican están el arresto hasta por 24 horas, la multa hasta por doscientos pesos mexicanos, la reparación del daño y el decomiso, pero la más significativa es la del trabajo a favor de la comunidad, ya que tienen que trabajar quince días en cada una de las comunidades que se les asignan y al término de la jornada “los principales” (ancianos del pueblo) dan pláticas o sermones a los “reeducandos”⁷.

Independientemente de estos grupos, donde lo que se aplica es la costumbre jurídica, como ya se mencionó, han surgido los conformados por civiles que se organizan para protegerse del crimen, las más de las veces, organizado. A principios del año 2013 se tuvo noticia de varios grupos de autodefensa, y ya para marzo de 2013 se hablaba de que existían en Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Estado de México, Oaxaca, Veracruz, Chihuahua y Tlaxcala⁸. No obstante, a pesar de representar casi la tercera parte de las entidades federativas el número existente en cada uno de ellas no era significativo, de hecho las que mostraban números más elevados eran Michoacán con nueve y el Estado de México con seis grupos. Posterior a Marzo de 2013 no se tuvo más información a este respecto y parecería que al dejar de mencionarlos en los medios, éstos debieran desaparecer. Sin embargo, contrario a ello, puede leerse entre líneas notas como éstas:

- Grupos de autodefensa de Guerrero harán consultas ciudadanas: En 40 municipios de 81 en donde existen grupos de autodefensa habrá consultas ciudadanas (Notimex, Agosto 11, 2013).
- Surgen más grupos de autodefensa en Tlaxcala: Grupos de autodefensa relacionados con la operación de mototaxis y bicitaxis, aparecieron en otros dos municipios de Tlaxcala: Cuapiaxtla y Tequexquitla (Excelsior, Agosto 13, 2013).

Esto quiere decir que, lejos de desaparecer, los grupos de autodefensa siguen incrementándose. Sabemos que los grupos de autodefensa surgieron ante la indefensión de los pueblos frente a la delincuencia organizada, pero no

⁷ Documento preliminar del reglamento de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias, resultado de la revisión efectuada por las Asambleas Regionales, en Morales Sánchez, Joaquín, Pluralismo jurídico en Guerrero, la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias de la Costa Montaña, México, Miguel Ángel Porrúa, 2009, pp. 135-165.

⁸ Cervantes Jesusa, “Grupos de autodefensa, síntoma del hartazgo”, Revista Proceso en línea, 22 de febrero de 2013, en <http://www.proceso.com.mx/?p=334392>. Consultado el 02 de mayo de 2013.

queda claro qué significa esto realmente. En junio de 2013 fue “subido” a las redes sociales el testimonio de José Manuel Mireles Valverde, líder del grupo de autodefensa del municipio de Tepalcatepec, Michoacán, médico cirujano y presidente de la Asociación de Padres de Familia de la escuela secundaria del lugar. Él indica que han sufrido el acoso por parte de los cárteles durante los últimos doce años pero la situación empeoró los últimos tres años y medio. Las cuotas que debían pagar al cártel de los Caballeros Templarios eran: los ganaderos: \$1,000.- por cada vaca vendida; los carniceros: \$15.- por cada kilo de carne vendida; los tortilleros: \$4.- por cada kilo de tortillas vendido; a los pobladores se les cobraba por cada metro de frente de la vivienda (algunas familias tenían que pagar 10 ó 20 mil pesos al mes), \$500.- al mes por cada automóvil que se tuviera y los niños en la escuela, desde kinder hasta preparatoria, debían pagar \$20.- todos los lunes. Esta situación fue soportada por años, hasta que los límites fueron sobrepasados. Indica el Dr. Mireles: “Te decían ‘me gusta mucho tu mujer, ahorita te la traigo, pero mientras me bañas a tu niña porque esa sí se va a quedar conmigo varios días’ y no te la regresaban hasta que estaba embarazada”⁹.

Ante esta situación ¿qué podía hacerse? Quien denunciaba a la autoridad, amanecía muerto con toda su familia y la denuncia rota en la puerta de su casa. La solución fue la organización del pueblo en un grupo de autodefensa, limpiaron el área en tres semanas y duraron tres meses sin incidentes de violación o secuestro, hasta que llegó el ejército...

Siguiendo con el testimonio mencionado, el Dr. Mireles menciona: “A los militares ya se les dijo dónde están los integrantes del cártel, pero responden que sus órdenes no son atacar a los delincuentes... No nos vamos a desarmar y los del ejército nos necesitan porque nosotros somos los que conocemos a los delincuentes”¹⁰.

Hablando de los grupos de autodefensa del Estado de Guerrero, se menciona que “tras dos meses de operaciones en la zona, el índice delictivo descendió 85%¹¹” (Unión de Pueblos y Organizaciones del Estado de Guerrero) y en la zona protegida por la CRAC se tuvo una disminución del índice delictivo del 95%¹². Lo interesante ante esta situación es la respuesta que se ha tenido por parte del Estado, a pesar de que el objetivo principal, disminuir la delincuencia, ha sido logrado. En primer lugar, se han usado los medios de comunicación para que la población identifique a estos grupos como

⁹ En <http://youtu.be/JR6zUIX7QYU>, consultado el 22 de julio, 2013.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Belmont, J. A., “En Guerrero analizan formar autogobierno”, Diario el Milenio, 8 de marzo de 2013, p. 23.

¹² En <http://www.policiacomunitaria.org/content/quienes-somos>, consultado el 11 de octubre de 2013.

delincuentes y se dice que están ligados al crimen organizado porque los abastecen de armas¹³.

Si se trata de delincuentes, siempre se podrá proceder contra ellos. Cuando el ejército llegó a Buenavista Tomatlán, Michoacán, detuvieron a cuatro integrantes del grupo de autodefensa, pero el pueblo hizo lo mismo con 28 elementos del ejército a quienes dejaron en libertad cuando dejaron libres a los cuatro detenidos¹⁴. Y es que formalmente hablando, los integrantes de los grupos de autodefensa sí están cometiendo delitos, el de secuestro al aprehender a una persona y el de portación de arma sin licencia. Si la población los ubica como delincuentes y no como personas que están defendiéndose contra el crimen organizado (porque el ejército tiene instrucciones de no atacar a los integrantes de los cárteles) será más fácil proceder en su contra. Me explico con las dos notas siguientes:

Revista Proceso en Línea: “En Amatepec, Edo. de México, cansados de los abusos del crimen, el miércoles 13 de marzo 2013, Luis Enrique Granillo se organizó junto con otros miembros de la localidad, formando su grupo de autodefensa, sin embargo, a los cuatro días desapareció el activista...”¹⁵

Periódico La Jornada, Lunes 26 de agosto de 2013, p. 15: “Más de mil personas protestaron este domingo en la cabecera municipal de Olinalá, Guerrero, para exigir la salida de la Marina y del Ejército de la entidad, la libertad de la comandanta Nestora Salgado García y de al menos otros 30 policías comunitarios detenidos el pasado día 21, así como la cancelación de las órdenes de aprehensión en contra de los miembros de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias-Policía Comunitaria (CRAC-PC)(...)”.

El Estado está reaccionando de igual forma ante los grupos de autodefensa y ante la CRAC, cuyo sistema jurídico había reconocido. Históricamente hablando, se requeriría de acciones tales como tener un registro de los integrantes de los grupos de autodefensa y autorizarles la portación de armas. Tener un registro y compromiso de todos ellos a fin de que su figura fuera insertada en la ley de alguna forma.

¹³ El Diario Milenio del 8 de marzo de 2013, informó: “El Ejército mexicano detuvo a 34 personas que pertenecen al grupo de ‘autodefensa’ de Buenavista Tomatlán, Michoacán, a las que acusan de haber sido armadas por el cártel de Jalisco Nueva Generación, agrupación delictiva ligada a Joaquín el Chapo Guzmán...”.

¹⁴ García Adán, “Retienen Civiles a 28 militares” en Diario Reforma, 23 de mayo de 2013.

¹⁵ Cervantes Jesusa, “Grupos de autodefensa, síntoma del hartazgo”, Revista Proceso en línea, 22 de febrero de 2013, en <http://www.proceso.com.mx/?p=334392>. Consultado el 02 de mayo de 2013. Aquí debe hacerse notar que se desconoce quién fue el actor directo en la ejecución de esta desaparición.

Entretanto, la respuesta del ejecutivo sigue siendo la misma de hace algunos meses:

Durante una gira de gobierno, el presidente de la República Enrique Peña Nieto declaró que: ‘Somos un Gobierno democrático que aplica la ley y ejerce el poder al amparo de esa ley. Somos un país que respeta la libre expresión que consagra nuestra Constitución’, ha señalado. ‘Sin embargo, las eventuales prácticas que hagan estos grupos queriendo ejercer la justicia por su mano son algo que está fuera de la legalidad y que mi Gobierno habrá de combatir’ afirmó con respecto a las marchas anunciadas por los controvertidos colectivos de autodefensa (...)¹⁶.

Tras este planteamiento teórico, histórico y de análisis de la problemática actual, la respuesta a si el poder del Estado está en crisis, es que no, la represión sigue y seguirá siendo ejercida y el Estado mostrará así su poder.

¹⁶ EPN advierte a los grupos de autodefensa que combatirá cualquier ilegalidad, EFE, abril 10, 2013, en <http://estaticos.20minutos.com.mx/img2/recortes/2012/12/17/817-925-550.jpg>

EL CONSENTIMIENTO POLÍTICO DE LOS PERDEDORES: SU ROL EN LA DEMOCRACIA

Alfonso Myers Gallardo

Candidato a Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Máster en Democracia y Buen Gobierno. Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Universidad de Salamanca, España
amg99@usal.es y alfonsomgmx@gmail.com

RESUMEN: El presente ensayo tiene como objetivo general hacer una contribución teórica a los estudios sobre el consentimiento político, poniendo en diálogo el cuerpo teórico y literatura de las escuelas políticas y de comportamiento electoral más antiguas y actuales de este tema. Se intenta hacer una conexión entre un actor que ha sido infra estudiado hasta el momento: el derrotado electoral y un tema subestimado por los teóricos políticos: el consentimiento como alternativa para garantizar la estabilidad política y evitar los conflictos electorales. Se debate la importancia que tiene el consentimiento político en la democracia, llegando a la conclusión de que es pieza clave para la gobernanza actual, citando ejemplos emblemáticos y discutiendo el estado de la cuestión. Finalmente, se aportan algunas conclusiones que generan un nuevo debate sobre el consentimiento político.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento político, consentimiento de los perdedores, elecciones estrechas, derrotas electorales, malas prácticas electorales, gobernanza.

ABSTRACT: This article reviews research on political consent of the loser's on narrow margin elections. The aim is to make a general contribution to the theoretical studies on the political consent, dialoging the ancient and modern political literature of this topic. The goal is making a link between an actor that has been below studied so far: the electoral defeat, and a item underestimated by political theorists: the consent as an alternative to ensure political stability and prevent the electoral disputes. We put up a debate over the importance of the consent in the political democracy, coming to the conclusion that is the key of governance, citing emblematic cases and discussing the state of the question. Finally, there are some conclusions bringing a new debate on the political consent.

KEY WORDS: Political Consent, loser's consent, electoral defeat, narrow margin elections, electoral malpractices, governance

ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

La palabra consentimiento, vale como la acción y efecto de consentir o permitir una cosa, distinta al término de *asentimiento*, el cual es mostrarse conforme con un parecer ajeno en una circunstancia específica, evocando de tal manera una adhesión inteligente, libre, cordial, o dicho de otra manera, es una

permisión. Sin embargo, ambas palabras vienen a significar lo mismo, desde el punto que ambas permiten el acontecimiento de una situación en específico. Por tanto, en el presente trabajo, se habrá de analizar el término que se utiliza en política (consentimiento, consenso).

Bajo estas aclaraciones y entrando de lleno al problema, bajo el umbral de este estudio, se intenta poner de manifiesto el profundo valor del consentimiento político de una derrota, para que el candidato vencedor reciba el nombre de ganador con el consenso popular, empezando con la aceptación del perdedor.

ANTECEDENTES

A lo largo de la historia de la creación del Estado, desde su nacimiento, la palabra consentimiento ha estado presente y ha sido pieza clave en la propia naturaleza social del Hombre. Así, la doctrina de la escuela más clásica (Vitoria y Suárez) ve en el Estado la existencia de un poder que lo rige, discutiendo quién es el titular de dicho poder político. La comunidad no puede, por sí misma, ejercer libremente y para siempre dicho poder, es algo naturalmente imposible, por tal razón, se ve obligada a trasladar el poder a una o varias personas. Este o estos portadores de poder solo pueden haber recibido dicha potestad de manera legítima por traslación, a través de un derecho humano, que indirectamente se recibió de Dios.

Para poder entender el consentimiento es necesario remitirse a su origen y su titularidad. Cuando se habla de consentir en política, de lo que se está hablando es de *poder*. En tal sentido, existe un tema eterno en su origen y en su titularidad, el cual se discutirá brevemente a continuación. Según Connell (1953:73) y Rommen (1951:281), se pueden reducir a cuatro las posturas que tienen como objetivo explicar el origen y naturaleza del poder. En primer lugar, el poder bajo la *concesión de Dios* (Derecho Divino), el cual solo puede ser arrebatado solo por ese mismo ser. En segundo lugar, el poder pasa de Dios a una persona que se convierte en la portadora del poder, así, la aceptación de esta persona como detentadora del poder y el consentimiento de los miembros de su comunidad, no es la causa, sino la condición, es decir, se está hablando de una *designación*. En tercer lugar, la *teoría de la traslación*, la cual sostiene que, desde la formación de la comunidad política, dentro de ella viene implícito el poder, aunque tiene su origen en Dios, y se traslada a otros, o en otras palabras, el poder procede mediata o indirectamente de Dios, e inmediata o directamente del pueblo (Echeverría 1962:114-16). Finalmente, en cuarto lugar, la que explica todos los problemas a través de la libre contratación humana, la cual, según Rousseau (1961 [1762]) es la única razón de ser de toda asociación o autoridad del ser humano. Las posturas más críticas y relevantes han desechado la primera por ser inhumana e irracional y la cuarta por ser inmanente, dejando

en pie la segunda y tercera, generando un amplio y polémico debate en la comunidad política, que además, permanece abierto (Plamenatz 1970, Levi 1997, Chevallier & Guchet 2001).

No obstante, retomando a la escuela clásica, Francisco de Vitoria, defendió la potestad civil y eclesiástica en su obra *Relectio de postestate civil*, resaltando que el poder civil se encuentra en la República (anterior al Príncipe), entendiendo de esta manera que el poder reside en la misma República por derecho divino y natural. A pesar de las conclusiones de Vitoria, otros autores, a lo largo del tiempo, por deducción, llegaron a la conclusión que los regímenes políticos no son del derecho divino, sino humano y que por tal razón son legítimamente elegibles por el pueblo, pudiendo incluso ser cambiados (Peña 2009). Por su parte Suárez (1965 [1613]), establece que el hombre por naturaleza se inclina a vivir en sociedad, siendo importante la familia, pero necesaria la comunidad política. Es decir, el Estado y el poder nacen de la naturaleza humana (familia) y su nacimiento histórico nace en base a los acuerdos de los hombres, residiendo en un pacto o un acuerdo, como lo estableció siglos después Rommen (1951). *Este 'contrato', puede ser llamado de 'consentimiento' y este es necesario para ejercer el poder.*

La postura que se toma, es que si bien la comunidad traslada el poder a una o varias personas, lo que en realidad transmite NO es la titularidad del poder, sino su ejercicio, tal y como ya lo había argumentado Galán (1954). No obstante, la realidad existente entre el detentor del poder y entre quién lo otorga (directa o indirectamente), existe una etapa histórica que enmarca el tema. Por una parte, la heteronomía política¹ en el antiguo régimen (Paniker 1953:182-88), donde al pueblo se le venía dando el príncipe, se le imponía desde afuera, al igual que la norma, dejando a un lado la razón de ser, debiendo obediencia al príncipe que gozaba de carácter absoluto. Y por el otro lado, en el ámbito de lo político, operado en la Revolución Francesa con la difusión y mayor interés por los acontecimientos oficiales y políticos, teniendo a la razón como la operadora que condenaba los oscurantismos e injusticias políticas y sociales de la época, pasando de la heteronomía a una mayor independencia o autonomía, de modo que la comunidad política tenía su razón de ser en sí misma, al más puro estilo de Rousseau en el *contrato social*. En esta línea, el propio Paniker entiende que para poder explicar de manera satisfactoria el origen y naturaleza del poder, es necesario evitar el sesgo de la heteronomía y autonomía, haciendo una relación de ontología, ya que el poder y el pueblo dependen uno del otro: "(...) *Si el poder no es el pueblo, se nutre de él y lo supone; si el pueblo no es el poder, asciende hasta él y lo implica (...)*", es decir, de sus propiedades trascendentales.

¹Entendida en los términos de Immanuel Kant y Rousseau, como una acción política influenciada por una fuerza exterior.

CONSENTIMIENTO Y LEGITIMACIÓN

Hasta ahora, la importancia del presente estudio muestra, por lo menos en la práctica de la política, la necesidad de un consenso popular y de que todos los actores que detenten y ejerciten cierto grado de poder, encuentren como base la aceptación libre del propio poder por la comunidad de ciudadanos, es decir, los ciudadanos en comunidad son los únicos entes legítimos donde puede residir la justificación del ejercicio de dicho poder. De esta manera, el consentimiento, en palabras de Burdeau (1950:90), es: *el primer fundamento de toda legitimidad, al igual que una condición indispensable de la eficacia del poder.*

Fuera de la literatura y ahondando en el realismo político, en cualquier caso, el consentimiento es un factor decisivo, si no fuera así, ¿Qué legitimidad justa puede alegar un gobernante que no cuenta con el apoyo libre de la comunidad?, o visto de otra manera: ¿Por qué razón un político en ascenso popular no debe seguir en el escenario político? La realidad es más abstracta, ya que gobiernos ilegítimos en su origen, por ejemplo, fruto de un golpe militar, se legitiman por el consentimiento de una población. En estas condiciones, el tiempo se convierte en un factor relevante a favor de quién detenta el poder, especialmente si se considera que -régimen y gobernante- son condiciones necesarias para un consentimiento, por lo menos tácito. Sin embargo, se debe tener cuidado, ya que no se pueden justificar regímenes de opresión, donde el paso del tiempo no legitima al régimen, sino que cada vez lo hace más injusto.

El poder político, ante todo, necesita del reconocimiento del mismo por gran parte de los sujetos que estén atados a él, ratificando lo que el propio Aristóteles ya había planteado en *La Política*: “(...) *La verdadera realeza es la de un gobierno que cuente con el asentimiento de los súbditos (...)*”. Por tanto, al mismo tiempo de la necesidad de un asentimiento, la existencia de un contrato que opere entre el gobernante y la comunidad gobernada no nada más es suficiente, sino necesario, y para llevarlo a cabo, el contrato es el instrumento más habitual y el medio para formular en términos jurídicos el primer principio de la organización política del Estado.

Dicho lo anterior, es preciso sentar postura frente al contrato y su importancia en el consentimiento. Si el contrato, basado en los términos de Rousseau, es el principio de la organización política, además de desarrollarse como una expresión de poder y de libertad en una democracia, siendo que todas las reglas se deducen del mismo contrato, entonces goza de un gran valor jurídico que rige un sistema coherente y completo. No obstante, cada vez son más los que desde la óptica de la teoría de Rousseau, encuentran que debido al individualismo, el contrato es el problema anímico de la democracia y de los derechos del hombre (Rommen 1951:316). Este problema moral, se puede encontrar a la hora de ejercer el poder desequilibradamente. Ruiz (1960:31),

anota que: “(...) no es suficiente que el príncipe gobierne en servicio del bien común, sino que además en dicho ejercicio trate a los hombres como seres vivos (...)”.

Lo anterior, pone de relieve la importancia del tema de la paz, como lo expresaba Santo Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*. La paz debe ser el asentamiento donde la comunidad política se desarrolle. Hablar de este tema es de vital importancia, debido a que dentro de una democracia son fundamentales las siguientes piezas: consentimiento libre, la paz verdadera y en consecuencia orden y estabilidad políticos a través del respeto a las reglas del juego preestablecidas y que el consentimiento provenga de la elección libre de un ciudadano informado entre varias opciones expuestas ante él (Echeverría 1962). Cabe decir, que estos requisitos, son parte de lo que Dahl propone para que un sistema político funcione bien en su obra la Poliarquía de 1997.

En la práctica del contexto anterior, cuando se dan empates técnicos o bien, elecciones estrechas con márgenes muy pequeños entre el ganador y perdedor, el mayor temor que se genera es la posible paralización de las instituciones por medio de actos contenciosos que secuestran la paz de la comunidad política (mítines, manifestaciones, o en casos extremos violencia). Ante esto, el propio Echeverría plantea que si se cumplen tales condiciones, lo cual es la aspiración de toda comunidad, se llegará a la victoria de un programa político, que finalmente conseguirá una mayor adhesión de voluntades y por el contrario, infraccionar alguno de estos puntos, ya sea por el gobernante o por los gobernados, se justificará cualquier reserva.

Lo mismo sucede cuando en un contexto de competencia electoral se da un ganador y un perdedor, incluso varios. Si el candidato perdedor no respeta las reglas del juego y además no otorga un consentimiento al ganador, las voluntades a su favor disminuirán, lo mismo que sus posibilidades futuras (Myers Gallardo 2013). El legado de Aristóteles y de Santo Tomás habla sobre la necesidad del consentimiento y de lo conveniente que es la participación de la mayoría en la conservación de un régimen, pero olvidaron tomar en cuenta que además de la comunidad política que fue elegida por sus propios gobernantes, se encuentra aquella que no fue elegida y que bien puede representar los intereses de aquellos que no se convencieron por el programa político de los ganadores. Esto se redondearía con lo que Santo Tomás planteaba en el hecho de que un régimen es tanto más viable cuanto más categorías de ciudadanos abarca y cuanto más personas participan en el gobierno, evitando que el ganador, abuse del poder.

CONSENTIR: DISCURSO

Es imposible adquirir un patrón de comportamiento en las comunidades con idiosincrasias distintas, aunque generalmente, las soluciones de problemas

políticos están presididas por la prudencia, misma que se observa con el grado de madurez política. Es decir, si existe una gran deficiencia, es menos probable que se otorgue el consentimiento, y entre mayor es el grado de madurez la comunidad tendrá mayor capacidad de diálogo. Por tal razón, otra pieza clave es la actitud del gobernante frente a su tarea de buscar el consentimiento, especialmente en su capacidad para entablar diálogo y admitir algún control. El consentimiento se puede expresar a través de diversos medios (comentario callejero, votación parlamentaria, juicios de la prensa), pero lo más importante es que el gobernante este atento, que logre ponderarlos e interpretar las intenciones de cada uno.

No basta con lo anterior. Para la estabilidad y la paz de un país, es necesario el establecimiento de vías técnicas, concretas y eficaces, que no admitan el capricho en la interpretación del consentimiento popular. Cuando se habla del consentimiento público, no es necesario pensar en la algarada pública, lo que importa es la verdadera y real participación del mayor número posible de ciudadanos en la cosa pública, libre elección, por el pueblo, de sus representantes y control de estos, con la prevalencia de su parecer (sobre el gobernante). Sea cual fuera la vía elegida, en cualquiera de sus planos, un principio prevalece: *la mayoría decide* y siempre habrá ganadores y perdedores, no hay otro principio que le supere en racionalidad, pero hay que tomar en cuenta las decisiones irrevocables o de gran trascendencia donde se exigen mayorías calificadas (Friedrich 1961).

Lo más importante de estos argumentos lleva a un punto sumamente delicado y sensible en la democracia: *El respeto a la minoría*. Las minorías son parte del juego político, su ignorancia o inclusión, además de ir en contra de todo principio democrático, crea un gran desequilibrio y descontento político, comenzando la ruina de la comunidad (Riker 1982). No obstante existen debates que suponen la posibilidad de que en una gran masa electoral, muchos ciudadanos 'incaificados' pueden inclinar la balanza a favor del plan político más retorcido, lo cual puede ser negativo para la comunidad, pero, ¿es probable que todos los ciudadanos más calificados se hayan inclinado por X y los mas incaificados por Y?

En otras palabras, no le faltan detractores a la democracia. Es decir, ni siquiera en los regímenes más democráticos y auténticos todos quieren la misma ley. La mayoría real (formal y material) la quiere, pero si esa mayoría real se convierte en irreal, entonces se deben tender puentes para intentar crear excedentes y acercarse lo más posible al ideal fijado (D'Ors 1961). Lo anterior es debido a que la ley tiene un gran valor, por lo menos en la democracia, además la ley es la solución democrática, no porque sea razonable, sino porque la mayoría lo considera así, pero se enfrenta nuevamente a un paradigma, ya que la solución democrática renuncia a la racionalidad de la ley, tomando en cuenta

que la ley se impone por la voluntad (directa o indirecta), lo mismo que podría hacer un tirano (Echeverría 1962).

En términos prácticos, las leyes valen en las democracias no porque sean razonables, sino porque la mayoría de la gente las considera así y porque en muchos casos se imponen por un conjunto de voluntades. El paradigma es que lo propio ocurre en los regímenes no democráticos: la ley vale porque una o pocas personas la consideran razonable, no porque realmente lo sea. Lo anterior abre la puerta para que el parecer de la mayoría pase a ser una ley. Por esta razón es lógico que una comunidad tendrá mayor paz si las leyes que se cuestionan en razonabilidad, han sido aceptadas por una mayoría y no por una élite o unilateralmente.

En resumen, la democracia, el consentimiento popular y mayoría, tienen por base toda una actitud que se resume en educación para el diálogo. La relación entre Poder y Comunidad, no son lo mismo, no significan lo mismo, pero si no se mal entienden, demandan entre ellos una explicación recíproca, y aunque no sean lo mismo, ambas están a favor de cada una.

GOBERNANZA: LA DEMOCRATIZACIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Ya se ha hablado sobre las teorías del consentimiento, desde su naturaleza hasta su aplicación empírica. Un tema de especial interés en la actualidad es la democratización del cumplimiento por parte de los gobernantes. La Gobernanza por consentimiento es extremadamente demandante tanto para el gobierno, como para sus propios ciudadanos, la ventaja es que es menos costosa y menos peligrosa que la gobernanza por coerción (Levi 1997:200). Una gobernanza por consentimiento es más democrática que una tiranía, pero para que exista un consentimiento constante, también debe existir un contrato democrático entre el Gobierno y los gobernados.

Esto no significa que en las democracias no existan elementos coercitivos, de hecho en todos los gobiernos, cualquiera que sea el régimen y por más democrático que sea, existen elementos de esta naturaleza, pero, en el caso de la democracia, su mantenimiento requiere al mismo tiempo, un grado de cumplimiento voluntario y activo. Con esto, no se intenta referir a lo que se expuso supra del contrato social elaborado por Hobbes, ni tampoco a la renovación de contrato generacional a larga escala de Locke. Este cumplimiento voluntario, es la sensación activa de una obligación de cooperar con las demandas del gobierno en aquellos campos que constituyen a la ciudadanía y a los derechos ciudadanos sin aforismos como el silencio (Goldsmith 1921), lo que implica y demanda del consentimiento, una decisión.

En tal sentido, Margaret Levi (1997), realiza un modelo de consentimiento en su cumplimiento e incumplimiento, diferenciando entre la obediencia, el

consentimiento ideológico, obediencia oportuna y consentimiento contingente. En este último, el consentimiento contingente, el cumplimiento obedece a la confianza con el gobierno (compromisos creíbles y procedimientos justos) y a la reciprocidad ética (con una sociedad informada), donde ambas características son necesarias para que exista consentimiento, pero ¿qué sucede con estas teorías en la actualidad, y qué rol juegan?

TEORÍAS DEL CONSENTIMIENTO Y OBLIGACIÓN: ACTUALIDAD

Hasta ahora, lo que se ha visto es que el consentimiento político es un acto de conceder permiso a un gobierno a proceder en hacer o implementar leyes. Esto implica que los que dan y los que reciben tengan unas ideas y objetivos en común. Existen debates entre los teóricos políticos sobre cuándo la antipatía del gobierno se convierte en un derecho justificable para resistir al mismo gobierno. La gran mayoría de la teoría política clásica se preocupa en los regímenes, pero los teóricos más recientes incluyen en sus estudios tanto el consentimiento general como el consentimiento a un curso de la acción específica.

Es cierto, los temas del consentimiento y resistencia al gobierno han sido puntos de gran interés en la ciencia política desde *'Two Treatises on Government'* de Locke (1960[1650]) y la mayoría de los nuevos estudios sobre consentimiento lo toman como un punto de partida. En este tratado, Locke no solo sostiene al consentimiento como una pieza esencial para legitimar al gobierno, sino que además reclama que los ciudadanos tienen el derecho a rebelarse en contra de autoridades injustificadas, como por ejemplo las tiranías. Para Locke, la disidencia a través de escisiones políticas, puede encarnarse en una rebelión, pero el consentimiento sigue siendo tácito e implícito. Por ejemplo: permanecer en una circunscripción (geográficamente hablando) o bien, atravesar un camino o puente, constituye, formalmente hablando, la aceptación del régimen que hizo dichas obras. Incluso, mucho antes de cualquier forma de participación legal política de los ciudadanos, Locke no se preocupaba con el consentimiento en curso, ya que en el fondo de su teoría, al igual que la de Hobbes, la noción de consentimiento es un contrato social voluntario entre gobiernos y sus gobernados.

Retomando. Las discusiones sobre el consentimiento político de los ciudadanos continuaron de manera constante y permanente a través de los siglos, pero el debate más reciente empezó a principio de 1960. Los contemporáneos generalmente siguen a Locke, argumentando que el consentimiento requiere como mínimo, una evidencia clara de beneficios de relacionarse a la política y que la aceptación de esos beneficios obliga a los ciudadanos a realizar las actividades que se esperan de ellos, por eso es un contrato, porque hay quienes dan y hay quienes reciben. Pero, hay que ser más críticos, ya que el consentimiento establecido por Hobbes y por Locke, tiene

características muy diferentes en las democracias actuales, comparándolo con las democracias en el periodo en el que vivieron estos teóricos políticos.

Tussman (1960) y Walzer (1970), son los teóricos más recientes que profundizaron el tema del consentimiento, estos argumentaban que las obligaciones son consiguientes o supeditadas de expresar el consentimiento. Por un lado, Tussman (1960:36) lo exponía de esta manera:

Hay una condición necesaria la cual debe satisfacer lo que sea que se proponga como signo de consentimiento tácito. Esto es, el acto puede tan solo ser correctamente tomado como consentimiento si es realizado a sabiendas, si es entendido por quien lo realiza envolviendo de tal manera su aceptación a las obligaciones de su membresía (pertenencia).

Para Walzer (1970:111-12), también se necesita de un evento, es decir, el consentimiento expreso implica un acto explícito proclamado a través de una, por lo mínima que sea, *participación significativa*, o bien, cualquier otro indicador de apoyo activo al gobierno, así como la intención de convertirse en ciudadano completo. Otros muchos científicos políticos contemporáneos son menos optimistas en la posibilidad de desarrollar una teoría de consentimiento como obligación política, poniendo de relieve la dificultad del propósito de solo justificar el *dissent*- disidencia. En principio, Plamenatz (1968) cuestiona si el consentimiento es tan solo la base de un servicio o de una obligación; Simmons (1979) en su obra *Principios Morales y Obligaciones Políticas*, encuentra incoherente los argumentos que entrelazan los dos conceptos de consentimiento y obligación.

En la obra, *El Problema de la Obligación Política: Una crítica a la Teoría Liberal*, de Pateman (1979) el término de 'Consent' no tiene un significado real, discutiendo que en realidad la coerción es la característica que definen al Estado Moderno y, por tanto, el accionar de los ciudadanos es obligado y no consensual. Ya más reciente, Herzog (1989) en *Esclavos Felices: Una Crítica a la Teoría del Consentimiento*, lanza una metáfora de 'Happy Slave' argumentando, que hay un crecimiento constante y permanente, además de una gran preocupación, de que los individuos están de acuerdo en participar en el sistema social, que si bien establece un régimen legal, lo cierto es que es moralmente inaceptable (participar en regímenes autoritarios o totalitarios).

En resumen: la falta de intención tanto del gobernante como del gobernado; la incoherencia filosófica existente desde la antigüedad; la creencia de que el gobierno tiende a ser un régimen forzado, así como la inmoralidad particular de los gobiernos, son argumentos sumamente poderosos en contra del consentimiento como base de la obligación política. A pesar de esto, los propios científicos políticos coinciden en que si bien es muy complicado realizar un estudio sobre el consentimiento en general, que no carezca de dichos

caracteres, la opción más viable es identificar el comportamiento y variaciones del consentimiento a una acción específica.

EL ROL EN LA DEMOCRACIA

Empíricamente, la obligación política descansa en las percepciones de los ciudadanos de que los actores gubernamentales y otros ciudadanos son confiables, sin esta confianza, la fiabilidad entre gobernante y gobernado no sería una obligación (Levi 1997). Activar esta obligación implica varios arreglos de tipo institucional, incluso, promesas y compromisos creíbles, pero también pueden requerir actos extraordinarios de compensación para superar la desconfianza basada en experiencias pasadas, es un tema de profundización y no de mejoramiento.

Además, envuelve toma de decisiones por los cuerpos del gobierno que no tan solo son representativos, sino también aquellos que no han ganado una elección o bien que son minorías activamente consideradas dentro de los diversos deseos de la población en general. También se debe tomar en cuenta la pertenencia que existe en una comunidad de individuos que tienen como características comunes una serie de normas y estándares frente al significado de reciprocidad mutua.

Pero, ¿cuál es el rol de la democracia frente al cumplimiento de las obligaciones? Una de las medidas de la fuerza de la democracia es la capacidad intrínseca de sobrellevar cambios institucionales mientras que la propia democracia permanece en pie. Lo anterior, no es sencillo, ya que en los cambios también se pueden enfrentar desequilibrios, para que la democracia se mantenga, el gobierno debe seguir siendo aquel en el que la gente confía y está dispuesta a darle su consentimiento. *En otras palabras, el Estado debe ser percibido como legítimo.*

Los teóricos políticos han ofrecido un sinnúmero de miradas sobre legitimidad política, especialmente Lipset (1992), no obstante, los más importantes, desde el punto de vista histórico, dentro del consentimiento político y su legitimidad analizados en este texto dependen de la relativa 'responsiveness' del gobierno frente a su población. Al respecto Levi (1997) comenta los aspectos más sobresalientes sobre este argumento:

El primero es de tipo material; el Estado tiene la capacidad de producir ciertos bienes, dichos bienes están a disposición de la ciudadanía, y por tal razón, los ciudadanos están dispuestos a dar algo a cambio por ellos. El segundo es en materia procedimental: el gobierno, a través de ciertos mecanismos, envuelve a su modo, adecuadamente, a la ciudadanía en las decisiones acerca de las políticas, o por lo menos le hace ver que juega algún papel en el futuro de un lugar. El tercero es meramente normativo: el gobierno conoce previamente los

estándares existentes de equidad que prevalecen al momento entre la población más relevante.

Dicho de otra manera, en la democracia no existe un consentimiento político explícito que trace un significado de acuerdos rumbo a un contrato social, tampoco hay un conocimiento que sea abierto y además generalizado de aceptación de la obligación política, pero lo cierto es que esta obligación política es un concepto que en la práctica es real y motivador para cualquier individuo que conforma a la ciudadanía, incluyendo a los que forman el gobierno. Las obligaciones y el consentimiento que están fundadas en la equidad tienen sus límites, límites en contra de los cuales demócratas comprometidos deben estar siempre en guardia. Quizás, lo más serio de esto es la tendencia de buscar la imposición sobre otros de las obligaciones que uno está dispuesto a tomar.

Lo que se sugiere es que existe un incuestionable contexto histórico y político en la preferencia, además se apunta que la pluralidad de preferencias e intereses en las instituciones democráticas es un paliativo o atenuante en contra de permitir alternativas que se mantienen impensables o particularmente muy largas. Primero, no todos los ciudadanos perciben al gobierno de la misma manera. No solo hay variaciones en creencias, información, incentivos económicos, ideologías y otros factores que influyen el cumplimiento, sino que también hay variaciones sistemáticas por grupos que tienen distintas experiencias con la equidad de gobierno o diferencias distintas en los estándares de equidad. Segundo, no todos los ciudadanos utilizan las mismas estrategias para lograr sus fines. Algunos ciudadanos se rehusarán a dar su consentimiento hasta lo máximo que se extienda. También hay importantes instancias donde los miembros del grupo atentan a demostrar un compromiso mayor hacia el Estado que hacia la mayoría, quizás como una forma de signo de lealtad y para ganar derechos para su grupo frente a la sociedad. El efecto de diversas estrategias es, sobre el tiempo, una multitud de puntos de presión en las instituciones democráticas para cambiar y responder.

En tal sentido, la existencia de consentimiento contingente provee estabilidad hacia las democracias. El proceso de establecer o re-establecer las condiciones para el consentimiento contingente es una fuente de cambio democrático. La negociación de las concesiones y compromisos por los actores del gobierno hacia los ciudadanos contribuye a la transformación. El modelo contingente debe tener la capacidad de explicar y predecir el patrón general de cumplimiento a la sociedad. No puede, sin embargo, ofrecer una cuenta de motivación individual. Es una explicación del agregado, no del particular. Las democracias dependen de ciudadanos que tienen el compromiso ético de cumplir con las demandas de sus gobiernos. Las democracias igualmente dependen de ciudadanos que son racionales en su persecución de sus propios intereses (Toqueville 1990 [1840]: 121). Así, cuando la ética y la razón se

contravienen entre sí, el resultado es la pérdida de libertad que hace posible, ya sea nacionalismo o fascismo extremo o bien, des respeto oportunista a otros.

Por su parte, el modelo de consentimiento consensual ofrece una perspectiva de cómo estos dos requisitos –ética y razón- de los ciudadanos democráticos se refuerzan mutuamente. Gobiernos y ciudadanías fiables y flexibles se preocupan con la promoción de sus fines individuales en el contexto de la reciprocidad ética son elementos fundacionales de la democracia –bien entendida-.

Como ejemplo; la elección presidencial de Estados Unidos en el año 2000, fue ganada por George W. Bush. Al Gore ganó en votos populares, Bush ganó en el Colegio Electoral. Gran parte de los teóricos políticos sostienen que Al Gore debió haber ganado porque así se satisface la pluralidad. Este último argumento hace discutir que algunas normas son mejores que otras, que algunos criterios y reglas de votación son más deseables que otros, abriendo una discusión sobre los criterios más deseables del voto. Sin embargo, ningún método satisface todos los criterios razonables, y por tanto la pregunta más natural es: *¿Cuáles reglas son las más probables de satisfacer el bien común?*

LOS DERROTADOS Y SU CONSENTIMIENTO POLÍTICO

El consentimiento político es un tema poco profundizado en la actualidad, de hecho, como se puede observar en el presente ensayo, los teóricos políticos se limitan a describirlo, tomando como punto de partida la escuela más clásica sobre el consentimiento, la cual enmarca al consentimiento como un contrato entre los gobernantes y los gobernados.

Al mismo tiempo, situándose en el campo de la competencia electoral, sucede lo mismo con los actores derrotados, priorizando los estudios de los ganadores en la política, pero en una democracia, los ganadores no siempre son un sinónimo de mayoría en términos de representación y mucho menos de equilibrio democrático, recuérdese la frase del politólogo norteamericano William Riker: *“La dinámica de la política está en las manos de los perdedores. Son ellos los que deciden cuándo, cómo y si se sigue peleando”*, lo cual, a primera instancia da entender que del consentimiento de los políticos perdedores inconformes con el resultado depende, en gran parte, la viabilidad, estabilidad e incluso, el equilibrio democrático.

En pocas palabras, tanto el consentimiento político, como los derrotados en la política son temas infra estudiados por los científicos y teóricos políticos, pero al mismo tiempo, la mezcla de ambos, representa una pieza clave en el futuro de cualquier democracia. Los estudios más recientes ven a los perdedores como los *veto players* de la gobernanza democrática (Anderson et al. (2005:7) y que además la viabilidad de la democracia electoral depende de la

habilidad de asegurar el apoyo de una proporción sustancial de individuos descontentos con el resultado electoral. Precisamente es aquí donde se encuentra el vínculo entre ambos temas, tomando en cuenta que para que los perdedores participen en la democracia deben consentir las políticas de los ganadores, y para que los ganadores aseguren el apoyo de los inconformes y descontentos deben obtener el consentimiento de los perdedores.

Lo anterior crea una relevancia teórica y política. Es relevante desde el punto de vista político para la democracia, como para cualquier sistema político en particular, debido a que actualmente hay muy pocas democracias que se rigen por mayorías populares, implicando que los ciudadanos que no votaron por el partido Incumbent, sobrepasa a los que sí lo hicieron, es decir, ni la mayoría ni la minoría gobiernan, sino la pluralidad, siendo más común ser parte de los perdedores que de los ganadores. En la práctica, esto implica que los candidatos ganadores están obligados a generar acuerdos y consensuar con los perdedores, mostrando con mayor claridad el (des) equilibrio del sistema democrático como un todo (y no únicamente de los ganadores).

Desde el punto de vista teórico es relevante, debido a que se estaría revalorizando el papel de las derrotas electorales y del consentimiento político en la de democracia; se contribuye al cuerpo de conocimiento del comportamiento electoral, haciendo hincapié en un punto clave para el estudio de la política: la actitud y conducta de consentimiento frente a la derrota por los candidatos perdedores.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para ver cómo los perdedores de la política consienten sus derrotas electorales, es necesario tomar en cuenta varios puntos, uno de los más importantes es el margen de la victoria/derrota (*winner-loser gap*). Recientemente, especialmente en las Américas, los resultados electorales se han hecho cada vez más estrechos², lo que en ocasiones produce que el candidato perdedor ponga en duda todo lo que está relacionado con la elección: reglas electorales, existencia de fraude, inequidad competitiva, traducándose en dudas al momento del consentimiento. Estos resultados han generado uno de los planteamientos más importantes en torno a la competencia electoral: *¿Por qué persisten los conflictos post electorales en América Latina?* En tal sentido, se puede tomar en cuenta los problemas de institucionalización, los defectos de un sistema electoral, la imparcialidad de las autoridades electorales, o bien a los mismos candidatos que no dan su consentimiento político al ganador.

²En la última década, las elecciones más estrechas se han dado en Bolivia 2002; Chile 2010; Costa Rica 2006; El Salvador 2009; Honduras 2005; México 2006; Perú 2011 y Venezuela 2013.

Hablando de candidatos, se tiene que hacer una reflexión importante, es decir, saber si en realidad los actores políticos al rechazar (no consentir) el resultado de una elección están rechazando el resultado como único factor que evita el consentimiento de una derrota, o bien si están rechazando al régimen político, las reglas electorales y demás factores que hacen que los propios derrotados se sientan apilados y por tanto se sientan obligados a buscar el conflicto. De aquí se puede generar la siguiente pregunta: *¿Los perdedores cuestionan la legitimidad del ganador o ponen en duda a las propias reglas electorales?* Partiendo de esto, es clave ahondar en el campo de la elección, saber si tales elecciones son inequitativas. Cuando existe inequidad, un candidato tiene toda la razón para argumentar violaciones sistemáticas en su contra.

Por una parte, existen candidatos que consienten su derrota con un *winner-loser gap* muy estrecho, incluso negativo, como sucede en Estados Unidos (Al Gore vs. Bush 2000)³, porque a su parecer las elecciones se dieron en un contexto de legalidad e imparcialidad y bajo condiciones democráticamente competitivas, donde cualquier candidato pudo haber ganado (Sartori 1976: 218). En estos casos, el mecanismo de consentimiento utilizado, a primer instancia fue el discurso post electoral. Los ejemplos más sobresalientes de discurso de consentimiento son el de los demócratas Al Gore en 2000 y el de John Kerry en 2004, ambos derrotados por George Bush, por márgenes muy estrechos. El premio nobel de la paz en 2007, Al Gore, venció en voto popular a George W. Bush por más de 500 mil votos, pero perdió en el Colegio Electoral por 5 votos. A pesar de esto, el demócrata ofreció un discurso de gran madurez y elegancia política:

Now the U.S. Supreme Court has spoken. Let there be no doubt, while I strongly disagree with the court's decision, I accept it. I accept the finality of this outcome which will be ratified next Monday in the Electoral College. And tonight, for the sake of our unity as a people and the strength of our democracy, I offer my concession. I also accept my responsibility, which I will discharge unconditionally, to honor the new President-elect and do everything possible to help him bring Americans together in fulfillment of the great vision that our Declaration of Independence defines and that our Constitution affirms and defends.

El demócrata John Kerry, perdió por un margen de 2,4%, y al igual que Al Gore, ofreció un discurso de aceptación, respetando lo que debe prevalecer: la

³ En la historia de Estados Unidos de América se han dado otros 3 casos en los que el ganador en voto popular pierde la elección. En 1824 ganó John Quincy Adams, a pesar de estar muy por debajo de su opositor Andrew Jackson (10,4%); en 1876 se declaró ganador a Rutherford B. Hayes frente a Samuel J. Tilden a pesar de que el *winner-loser gap* también fue negativo en 3,1%; en 1888 Groover Cleveland pierde en su intento de reelección a pesar de haber ganado en votos populares frente al republicano Benjamín Harrison: el *winner-loser gap* fue negativo en 0,8%.

decisión de la mayoría, además de no incitar a la división partidaria en el Congreso Norteamericano:

I'm sorry that we got here a little bit late and little bit short...I spoke to President Bush and I offered him and Laura our congratulations on their victory...In America, it is vital that every vote count, and that every vote be counted. But the outcome should be decided by voters, not a protracted legal process. I would not give up this fight if there was a chance that we would prevail, but is now clear that even when all the provisional ballots are counted, which they will be, there won't be enough outstanding votes for us to be able to win Ohio...And therefore we cannot win this election...But in an American election, there are no losers, because whether or not our candidates are successful, the next morning we all wake up as Americans (...) I pledge to do my part to try to bridge the partisan divide (...)

En Latinoamérica, el caso más reciente en el que se otorga el consentimiento a través del discurso es el de la peruana Keiko Fujimori, quién se vio derrotada por menos de un 2,9 % de los votos de segunda vuelta frente a Ollanta Humala en Junio de 2011:

El día de ayer y durante toda la campaña he señalado que voy a reconocer los resultados y la voluntad del pueblo peruano. Y hoy hemos visto que de acuerdo con los resultados oficiales de la OMPE, dan como ganador al señor Ollanta Humala. Reconozco su triunfo, saludo su victoria y le deseo suerte... De mi parte, tenderé los puentes necesarios para asegurar la gobernabilidad en el Perú. Y seremos la oposición que represente a ese 48% de peruanos y peruanas que apuestan y confían en el modelo que nosotros defendemos, seremos una oposición solida, defenderemos nuestras convicciones y trabajara siempre priorizando los intereses de nuestro país.

Contrario a los ejemplos anteriores, especialmente en los países latinoamericanos, existen candidatos que no aceptan su derrota, y más aún, se valen de que el resultado fue tan estrecho, incluso menor a 3 puntos, que además de no aceptarla, deciden reaccionar con una conducta anti-sistémica, argumentando todo tipo de violaciones, de aquí la importancia en diferenciar los tipos de candidatos, haciendo un énfasis en su perfil ideológico. Los casos más recientes y emblemáticos son el candidato mexicano de izquierda Andrés Manuel López Obrador, y el opositor chavista en Venezuela Henrique Capriles Radonski.

López Obrador perdió las elecciones presidenciales de 2006 y 2012. Las primeras las perdió por un margen de gran estrechez (0,56%) y las segundas por un margen mucho más amplio (6,62%). Obrador rechazó el resultado de ambas elecciones, argumentando toda clase de fraudes apilados en su contra. Los comicios de 2006 abrieron las puertas a uno de los episodios que más desequilibrio y polarización causaron a la vida pública en México, con efectos que continúan permeando el ambiente político e institucional. Este resultado

tan estrecho crispó y confrontó la política nacional, pero tras distintas lecciones aprendidas, generó impactos positivos en el derecho electoral mexicano. Por su parte, Capriles Radonski, perdió 2 elecciones presidenciales en 6 meses. En las primeras elecciones de Octubre de 2012, su derrota fue contundente frente al líder venezolano Hugo Chávez (10,76%). La actitud de Capriles frente al resultado fue de aceptación y su conducta dentro de los límites legales. En la segunda elección de abril de 2013, frente a un mermado Nicolás Maduro, la derrota fue marcada por el encono y estrechez (1,77%), razón por la cual en su discurso no aceptó su derrota, deslegitimizando a su oponente:

El derrotado el día de hoy, es usted, y se lo digo con toda firmeza, usted es el derrotado, usted y su gobierno y lo digo con toda la firmeza, con todo el compromiso y con toda la transparencia: Nosotros no vamos a reconocer un resultado hasta tanto aquí no se cuente cada voto de los venezolanos, uno por uno, nosotros le exigimos al Consejo Nacional Electoral, que aquí se abran todas las cajas y que cada voto de Venezuela sea contado, el pueblo venezolano merece respeto.

Además esto reenvía a un tema que recientemente ha tomado un gran auge en la ciencia política: *patrones de malas prácticas electorales*, los cuales, en pocas palabras son una gama muy amplia de comportamientos tales como: violaciones a las leyes electorales, violencia contra los votantes, manipulación y fabricación del voto y principalmente el fraude electoral que debilita la estabilidad política, convirtiéndose en crucial cuando se trata de elecciones reñidas y altamente competitivas (Lehoucq 2007). Tomando en consideración esto, surgen reflexiones sumamente interesantes. Si se está hablando de un candidato que es oposición y al que realmente el sistema electoral no le favorece nunca, entonces se estaría discutiendo un tema reciente como el presidencialismo autoritario (Alarcón Olguín 2013), donde el sistema se encuentra efectivamente diseñado para que los candidatos o partidos *non Incumbent* sigan perdiendo.

Pero si se está hablando de un candidato que además de ser una oposición, es un fuerte crítico de todo el sistema y que por tal razón se manifiesta como una alternativa totalmente diferente, incluso ofreciendo cambio de régimen, se entraría a un espacio de debate que va más allá de la cuestión de la actitud democrática convencional (consentimiento político). Bajo esta condición, se estaría hablando de candidatos que argumentan violaciones sistemáticas constantes y durante todo el periodo preelectoral y no violaciones durante un espacio específico de tiempo, como el día de la elección. Este tipo de candidatos tienden a polarizar a la sociedad, ya que se presentan como alternativas totalmente diferentes de las que están en el poder.

En una entrevista que se sostuvo con el Dr. Leonardo Valdés Zurita, ex Consejero Presidente del Instituto Federal Electoral, durante la Escuela de Observación Electoral en Junio de 2013, en la Ciudad de Salamanca, España, el

ex Consejero afirmo la necesidad de avanzar en los modelos de democracia consensual, poniendo un especial énfasis en la preparación del escenario y la organización electoral, especialmente en la actualidad, cuando cada vez más son menos los candidatos que ganan por márgenes muy amplios:

Desde la perspectiva de la autoridad electoral, es importante prepararse para ese escenario y eso quiere decir, evidentemente, evitar que se comentan errores en el proceso de la organización de las elecciones, observar con todo detalle el calendario electoral, cumplir con todas y cada una de las actividades que se tienen que desarrollar para preparar perfectamente el proceso electoral y tener la certeza de que todo esto se hace con transparencia, se hace con la verificación a la que tienen derecho las representaciones de los partidos políticos, para de esta manera tener, confianza, en que el proceso sea llevado a cabo, sea organizado de acuerdo con la ley y de acuerdo con las normas y las propias instancias de gobierno a nivel institución, como lo es el Instituto Federal Electoral (IFE) han llevado a cabo.

Pese a que los organismos electorales se han ido consolidando como instituciones más confiables que garantizan la voluntad popular en las urnas, debido, en gran parte, a numerosas reformas legales y escrupulosas depuraciones con el objeto de fortalecer la institucionalidad democrática, ante la recurrencia de resultados estrechos, es necesario un protocolo común de referencia para enfrentar dichas situaciones. Si bien se pueden aportar importantes recomendaciones que surgen de los análisis de científicos políticos y observadores electorales, tales como: intensificación de controles, no emitir resultados parciales oficiales dejando claro que no son representativos del comportamiento electoral, recuento de votos cuando los resultados sean estrechos en el caso que lo solicite el perdedor, entre otras medidas, también parece relevante considerar que se evalúen a fondo mecanismos que eviten actitudes irresponsables y comportamientos antidemocráticos por parte de los políticos derrotados.

El consentimiento político de la derrota es una forma democrática de aceptar la asignación de valores, que en suma, evita un desequilibrio democrático especialmente en escenarios complejos que erosionan la confianza ciudadana como los comicios con resultados reñidos. Sin embargo, la magnitud y el peso decisivo del consentimiento dependen de la noción que se le otorgue a su significado. Si el consentimiento se practica como una manera elegante de perder con *gracia* una elección, dependería del perfil del candidato derrotado, pero si se le da un carácter al que le corresponda una noción de obligación política, como en los términos que se describen supra, se estaría desarrollando una teoría alternativa que favorece el equilibrio y protección del sistema político y de sus instituciones.

A MODO DE CONCLUSIONES

El consentimiento político, las derrotas electorales, los perdedores de la política y las elecciones estrechas, son temas infra estudiados por los teóricos y científicos políticos en la actualidad. A pesar de esto, es un tema sumamente relevante tomando en cuenta que la mezcla de estos elementos puede tener consecuencias desastrosas para la gobernabilidad, la estabilidad política y la democracia de cualquier país.

Actualmente, existe la necesidad de un consentimiento popular en el momento de legitimar un régimen político. Si hay un contrato entre el Gobierno y los Gobernados, también deben existir contratos entre los propios políticos. De esta manera, el consentimiento se convierte en la base más fuerte cuando es apoyado entusiastamente por el pueblo, alimentado de opinión pública, contrario al tirano o al derrotado que no consiente, los cuales intentan silenciar el conocimiento, separando y dispersando a los gobernados con el fin de que formen un frente común, que no siempre es legítimo.

El consentimiento popular, siempre ha sido expresado de muchas maneras, en incontables ocasiones con métodos claros y eficientes debido a que existe una gran importancia de que el ciudadano sea escuchado, aunque en incontables ocasiones el ciudadano no es escuchado. En cualquier caso, independientemente del método, el principio que debe permanecer y prevalecer es que la mayoría debe decidir. Los detractores de la democracia pueden argumentar que la mayoría no hace una ley justa, ni tampoco convierte en bueno lo que no lo es, pero las leyes y los contratos justifican y dan más credibilidad a los actos.

El consentimiento político ha sido una pieza clave para la estabilidad política en democracias avanzadas como Estados Unidos, donde la mezcla de este consentimiento tras una derrota no es perder todo políticamente, sino que significa entrar en un juego político donde los perdedores participan en la democracia consentir las políticas de los ganadores, y los ganadores buscan el apoyo de los inconformes y descontentos a través del apoyo y consentimiento de los perdedores.

El consentimiento político de la derrota es una forma democrática de aceptar la asignación de valores, que en suma, evita un desequilibrio democrático especialmente en escenarios complejos que erosionan la confianza ciudadana como los comicios con resultados reñidos. Sin embargo, la magnitud y el peso decisivo del consentimiento dependen de la noción que se le otorgue a su significado. Si el consentimiento se practica como una manera elegante de perder con *gracia* una elección, dependería del perfil del candidato derrotado, pero si se le da un carácter al que le corresponda una noción de obligación política, como en los términos que se describen supra, se estaría desarrollando

una teoría alternativa que favorece el equilibrio y protección del sistema político y de sus instituciones.

El discurso político, inmediatamente después de una derrota electoral, se erige como un mecanismo muy interesante para el consentimiento político, esta alternativa puede evitar el desequilibrio democrático y la desconfianza ciudadana, especialmente en las elecciones con empates técnicos o con resultados estrechos. La práctica de este discurso de concesión dependen de la noción que se le otorgue a su significado, en el caso de que se convierta en una obligación política, se entraría a un espacio nuevo de análisis, que si se aleja de los patrones de malas prácticas electorales favorecería el equilibrio, el sistema político e institucional y la gobernanza democrática.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, Christopher; Blais, A.; Bowler, S.; Donovan, T. & Listhaug, O. 2005. *Losers' Consent: Elections and Democratic Legitimacy*. Oxford University Press.
- Alarcón Olgún, Víctor. 2013. Situación y tendencias metodológicas para el estudio del presidencialismo en América Latina y México (Seminario de Investigación del Doctorado de Procesos Políticos Contemporáneos).
- Bowler, Shaun y Donovan, Todd. 2003. "The effect of winning and losing on attitudes about political institutions and democracy in the United States". Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, April.
- Burdeau, G. 1950. *Traite de science politique*, t. III, París.
- Chevallier, Jean Jacques & Guchet, Yves. 2001. *Du Contrat Social de J. J. Rousseau, 1772*. Universidad de París.
- Connell, F. J. 1953. *Morality and Modern Politics*. Thought Patterns, New York.
- D'Ors, Álvaro. 1961. "La libertad" en *Nuestro Tiempo*, Pamplona, Abril, núm. 82.
- De Vitoria, Francisco. 2008 [1528]. *Relectio de potestate civili [Salamanca]*. *Estudios sobre su Filosofía Política*, Ed. Jesús Cordero Pando, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Núm. 7.
- Friedrich C. J. 1961. *La democracia como forma política y como forma de vida*. Ed. Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, núm. 7, Madrid.
- Galán Gutiérrez. 1954. *IUS Naturae*. Meseta, Valladolid, 1954
- Goldsmith, Oliver. 1921. *The Good-Natur'd Man*. Cambridge University Press.
- Herzog, Don. 1989. *Happy Slaves: A Critique of Consent Theory*. Chicago: University of Chicago Press.

- Hobbes, Thomas. 1985 [1651]. *Leviathan*, ed. C.B. MacPherson. London: Penguin Class.
- Lehoucq, Fabrice. 2007. *¿Qué es el fraude electoral? Su naturaleza, sus causas y consecuencias*. UNAM-Instituto de Investigaciones Sociales. Revista Mexicana de Sociología 69, núm. 1 (enero-marzo, 2007), México, D.F.
- Levi, Margaret. 1997. *Consent, Dissent, and Patriotism*. Cambridge UK: Cambridge University Press.
- Lipset, Seymour Martin. 1992. *Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política. Diez textos básicos de Ciencia Política*. Ariel,
- Locke, John. 1965 [1690]. *Two treatises on Government*, ed. Peter Laslett. New York: New American Library.
- Myers Gallardo, Alfonso y Fajuri, Sara. 2012. "Derrotas Electorales, Dinámica de la Política y Estado de Derecho: Reflexiones sobre el caso mexicano". *Sufragio: Revista especializada en Derecho Electoral* 9: 142-161.
- Myers Gallardo, Alfonso. 2012. "Derrotas Electorales y estrategias de competencia partidista: El caso del PRI en México". En Myers Gallardo, Alfonso y Martínez, Gabriel (Coords.). *Nociones sobre Democracia y Buen Gobierno*. Universidad de Salamanca: Ratio Legis.
- Myers Gallardo, Alfonso. 2013. "Derrotas Electorales: actitud, conducta y carrera de los candidatos en las elecciones presidenciales en México". En Fajuri, Sara, Martínez, Gabriel & Myers, Alfonso (Coords.). *Democracia y Elecciones*. España: TRIEJAL, Instituto Prisciliano Sánchez, Universidad de Salamanca, Ratio Legis.
- Paniker R.1953. *Le concept d'ontonomie» (Actes du Xe Congres International de Philosophie)*, vol. III, Bruselas.
- Pateman, Carol. 1979. *The Problem of Political Obligation: A Critique of Liberal Theory*. Berkeley: University of California Press.
- Peña González Miguel Anxo. 2009. *La Escuela de Salamanca y el pensamiento independentista*. Proyecto de Investigación Nacional del Ministerio de Ciencia e Innovación de España. Universidad Pontificia de Salamanca.
- Plamenatz, J.P. 1968. *Consent, Freedom and Political Obligation*. New York: Oxford University Press.
- Riker, William H. 1982: *Liberalism against populism: A confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice*, University of Rochester, Waveland Press & Prospect Heights Illinois.
- Rommen, H. A. 1956. *El Estado en el pensamiento católico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

- Rommen, Heinrich Albert. 1951. *La teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*, Madrid.
- Ruiz-Giménez J. 1960. *Derecho y diálogo*. Revista de Estudios Políticos, Núm. 109, enero-febrero, Madrid.
- Simmons, John. 1979. *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Suárez, Francisco. 1965 [1613]. *Defensio Fidei. Principatus politicus o la soberanía popular [Coimbra1613]*, eds. Eduardo Elorduy, Luciano Pereña, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1965, [VI, 4], pp. 89-90.
- Toqueville, Alexis de. 1990 [1835 y 1840]. *Democracy in America*, Vol. I y II. New York: Vintage.
- Tussman, Joseph. 1960. *Obligation and the Body Politic*. New York: Oxford University Press.
- Walzer, Michael. 1970. *Obligations: Essays on Disobedience, War and Citizenship*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

GOBERNANZA PARTICIPATIVA Y REFORMA DEL ESTADO

*Gabriel Alejandro Martínez Hernández*¹

Profesor e investigador del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana «José Simeón Cañas», El Salvador. Doctorando en Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca, España. Máster en Democracia y Buen Gobierno por la misma Universidad (Premio Extraordinario de Máster).

gmarti_24@yahoo.es

RESUMEN: En América Latina y otras latitudes alrededor del mundo se ha girado la mirada hacia las instituciones participativas, al empoderamiento del ciudadano y la capacidad de la Administración Pública para diseñar, elaborar y ejecutar políticas públicas desde el enfoque de la gobernanza participativa. En este trabajo se aborda el concepto de *gobernanza participativa* como una especificación del concepto general de *gobernanza*, y a partir de ello se analizan algunos ámbitos dentro de la reforma del Estado y la Administración Pública que sirven tanto como condiciones para el despliegue de la participación ciudadana como espacios en los cuales puede ser aplicada; con ello se pretende hacer énfasis en la necesidad de profundizar algunas líneas de investigación requeridas para conocer efectivamente los posibles impactos que la gobernanza participativa puede lograr.

PALABRAS CLAVE: Gobernanza Participativa, Reforma del Estado, Participación Pública, Políticas Públicas, América Latina.

ABSTRACT: In Latin America and in many places around the World, the view of governments and funding agencies is turning toward participatory institutions, citizen's empowerment, and the capacity of Public Administration to develop public policymaking process from perspective of participatory governance. This paper addresses the concept of participatory governance as a specification of the general concept of governance, and from this we analyze some areas within the reform of the state and public administration that serve both as conditions for the deployment of citizen participation as spaces which can be applied, this is intended to emphasize the need to deepen some research required to effectively know the possible impacts participatory governance can achieve.

KEYWORDS: Participatory Governance, State Reforms, Public Participation, Public Policy, Latin America.

¹Investigación financiada gracias a una beca doctoral proporcionada por la Fundación Carolina, la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y la Universidad de Salamanca.

INTRODUCCIÓN

Actualmente dentro del abordaje académico y práctico de la reforma del Estado, existe un especial interés por los conceptos gobernanza, participación ciudadana, «gobernanza participativa» (*participatory governance*), entre otros, y su aplicación en las Administraciones Públicas. Las instituciones participativas se han ubicado en el centro de atención de gobiernos y agencias internacionales, provocando reformas y la inversión de dinero con el objeto de promover esta forma de gobernar que se cree puede cambiar las relaciones entre el Estado y la sociedad, producir políticas públicas más eficientes y revalorizar al ciudadano como sujeto central de la política.

Pero a pesar de los esfuerzos que se han realizado para incorporar la gobernanza participativa a la Administración Pública y de su estudio, se ha prestado menos atención a valorar de manera sistemática cuáles son efectivamente los impactos que se pueden generar (Wampler y McNulty, 2011). Tanto para los gestores estatales como para los entes financiadores es importante que se conozca de una manera sistemática, si en realidad la gobernanza participativa genera impactos y cuáles son estos. Lo anterior es significativamente importante para la región latinoamericana, pues con la aplicación de la gobernanza participativa nacen muchas esperanzas para los países en desarrollo. La existencia de abundante literatura sobre cómo funciona esta forma de dirigir la sociedad y cuáles son los contextos dentro de los cuales es más exitosa, puede ser complementada con nuevas investigaciones normativas y empíricas que expliquen de manera sistemática los efectos que produce (Wampler y McNulty, 2011).

En este trabajo, se hará un estudio de la gobernanza participativa relacionándola con un ámbito siempre actual para América Latina: la reforma del Estado. Con ello se busca hacer énfasis en la necesidad de profundizar la investigación sobre los posibles impactos que la gobernanza participativa provoca en este contexto, y, además, señalar cuáles pudieran ser estos espacios de investigación.

Iniciaremos abordando el concepto de gobernanza participativa a partir de la literatura general sobre gobernanza. En esta sección se planteará por lo tanto, la base conceptual sobre la que construiremos el contenido de las demás partes de esta investigación. En la siguiente sección nos preguntamos ¿qué significa para el Estado y la Administración Pública la Gobernanza Participativa? En ella discutiremos las posibles implicaciones del concepto estudiado para el Estado y su teoría, enfocándonos en la noción misma de Estado a partir de la inclusión de la gobernanza participativa; la incidencia que tiene la capacidad del Estado sobre la viabilidad de los procesos participativos; la estructura de la Administración Pública y su rendimiento; y la descentralización territorial. Por

último, haremos unas reflexiones finales subrayando los posibles campos de investigación que pueden obtenerse de este documento.

Somos conscientes que los impactos que puede generar la gobernanza participativa pueden recaer en otras áreas que no son mencionadas explícitamente aquí. Sin embargo, dado que América Latina se encuentra en una constante reforma del Estado y la Administración Pública y además sufre de altos niveles de desigualdad y pobreza (Banco Mundial, 2013, CEPAL, 2011) creemos que es justificado enfocarnos en estas áreas.

GOBERNANZA Y GOBERNANZA PARTICIPATIVA

Debemos situar el concepto que es objeto de nuestra investigación dentro del concepto más amplio del cual procede: la *gobernanza o governance* sin el adjetivo de participativo; al abordar este primer concepto podremos tener una idea más completa sobre el significado y los referentes a los cuales se les puede aplicar el concepto de gobernanza participativa.

Governance significa diferentes cosas para diferentes personas (Howe, 2012: 346; Bevir y Rhodes, 2001: 4) por lo que definirla no ha sido una tarea fácil para los académicos, dado que su abordaje puede realizarse desde distintas disciplinas, no teniendo un enfoque homogéneo (Levi-Faur, 2012: 8).

En un sentido muy amplio *governance* se refiere a una forma de gobernar, dirigir, guiar, regular actividades individuales, organizaciones, naciones o asociaciones multinacionales ya sean públicas o privadas (Lynn, 2012: 49; Emerson *et. al.*, 2012: 2). Su raíz griega indica dirección y si nos limitamos a una dimensión pública, esta concepción inicial de *governance* fue puesta sobre la autoridad pública jerárquica y centralizada del Estado (Peters, 2005: 589), planteándose por lo tanto, un uso del término asociado a la «teoría de la dirección» haciendo referencia a las acciones públicas que pretenden conducir las estructuras y los procesos socioeconómicos (Mayntz, 2005: 83).

Como teoría moderna, la *governance* surge recién concluida la Segunda Guerra Mundial, en un contexto en el que los Estados involucrados pretendían ser directores del desarrollo de sus países; de esta manera la *governance* fue vista como la forma de dirigir o conducir el Estado hacia un cambio desde el enfoque planificador en donde el Estado era el sujeto central de esa dirección. En este contexto las políticas públicas como disciplina contribuyeron a girar la mirada hacia el proceso directivo que el gobierno hacía de la sociedad, señalando la insuficiencia de conocimiento que se tenía de las formas en las que el gobierno formulaba las políticas públicas las cuales se constituían como instrumentos directivos de la sociedad (Aguilar, 2011: 38).

A principios de los años setenta, gracias al avance que produjo el estudio empírico de las políticas públicas, la *governance* se relaciona con estas, dando

importancia al proceso y al contexto que influía y en el que se desarrollaban las políticas públicas, implicando en el término *governance* el ámbito legal y organizativo de la Administración Pública, así como las etapas de definición de los problemas objetivos y las formas de solucionarlos. A finales de los años setenta, el término *governance* avanza un paso más para enfocarse en la implementación de políticas públicas, constituyéndose en objeto de investigaciones que perseguían alcanzar el éxito de las mismas (Mayntz, 2005: 86).

Desde este primer paradigma de la *governance* se afirma que el Estado es el centro de la conducción de la sociedad y por consiguiente su actividad expresada a través de las políticas públicas adoptan un enfoque *top-down* (de arriba hacia abajo). Pero dado el fracaso de las políticas públicas aplicadas bajo esta concepción, se buscó otra manera para hacer que la acción estatal fuese más efectiva en la sociedad. La investigación sobre políticas públicas arrojó que pasar de una perspectiva *top-down* a una perspectiva *bottom-up* (de abajo hacia arriba), genera mejores resultados. El Estado por lo tanto ya no debía enfocarse en la aplicación de las políticas pese a la resistencia de la sociedad, sino en las posibilidades y formas en las cuales la sociedad permitiría ser dirigida. (Mayntz, 2005: 86).

La profundización de los cambios producidos en la generación de políticas al sustituirse la perspectiva *top-down* por la *bottom-up* hizo reflexionar que el Estado ya no tenía el papel del control de la sociedad. Así en los años 80 cambiaría la concepción inicial de *governance* arraigándose la idea de que otros actores no estatales podían asumir el rol director del Estado, impulsando que este disminuyera su participación en la gestión pública. En este escenario se propusieron dos modelos alternativos al modelo centralizado de gobernar: desde una perspectiva neoliberal se consideró a los principios del mercado como la alternativa idónea para sustituir al Estado y desde un enfoque institucionalista, se consideró a la auto organización horizontal como una mejor forma de gobernar (Bevir y Rhodes, 2001).

En lo que respecta a la alternativa que denominan neoliberal, Estados que se ubicaban dentro de esta clasificación promovieron en la década de los ochenta las supuestas bondades que trae consigo el reducir el papel del Estado y dejar que los mercados sean los directores de la sociedad y el desarrollo. Las reformas al Estado en ese periodo incorporan el concepto de *governance* para hacer cambios a las instituciones y servicios públicos con el objetivo de incrementar la eficiencia de la Administración Pública.

Instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial, a quien se le atribuye inicialmente la internacionalización del término gobernanza (Ferraro, 2009: 80, Aguilar, 2011: 82), utilizó el concepto de *good governance* para hacer referencia a cambios necesarios que el sector público debía

experimentar, enfatizando la ineficiencia de la burocracia y las formas jerárquicas de gobernar. De esta manera se pensó que la solución ante esta ineficiencia del Estado era promover su mercantilización, la privatización y la adopción de estrategias como la Nueva Gerencia Pública (Bevir y Rhodes, 2001: 4 y 7). En esta conceptualización neoliberal, el Estado debe dejar de ser un actor importante para dar paso a otros sectores que puedan cumplir adecuadamente sus fines.

En esta perspectiva el Banco Mundial fue un protagonista importante al contribuir a la expansión del uso del término gobernanza en lo que respecta al tema del desarrollo económico. Reportes de finales de la década de los ochenta (1989) y la de principios de los noventa (1992), consideraban al concepto gobernanza como un factor clave para promover el desarrollo económico. En el reporte *Sub Saharan Africa from Crisis to Sustainable Growth* de 1989, el Banco Mundial apuntó que el desarrollo de los Estados depende, más que de las medidas de ajuste estructural promovidas por esta misma institución, de la capacidad de ejercer el poder político para dirigir los asuntos públicos; requiriéndose por lo tanto prestar atención a la capacidad de las instituciones públicas y en específico, haciendo énfasis en la importancia del fortalecimiento del análisis de políticas públicas y el gerenciamiento económico de las capacidades del gobierno (Banco Mundial, 1989: 5; Ferraro, 2009: 81).

En 1992 y 1994 los informes de la *Task force on governance* (Fuerza de Tareas sobre Gobernanza) creada por el Banco Mundial en 1990, amplían el concepto de gobernanza expresando diversas pero complementarias dimensiones, así como introduciendo aspectos normativos al concepto. En el informe de 1992 se considera al régimen político, el gerenciamiento de los recursos económicos y sociales de un país, y la capacidad del gobierno en el *ciclo de políticas públicas* como dimensiones de la gobernanza. En 1994 el Banco Mundial avanza en lo que se refiere al plano normativo y a nuevos ámbitos políticos de actuación para su institución, incluyendo el respeto a los derechos humanos y afirmando el obstáculo que representan los gastos militares para el desarrollo (Ferraro, 2009: 82).

En 1999, un *working paper* proveniente del *World Bank Development Research Group, Macroeconomics and Growth* y del *World Bank Institute Governance, Regulation and Finance*, elaborado por Kaufmann *et al.* expresó como idea central, que una mejor gobernanza produce mejores resultados económicos. La importancia de este *paper*, entre otras cosas, radica en la operacionalización del concepto gobernanza según la óptica del Banco Mundial. En él se construyen seis indicadores para medir los elementos claves que, según ellos, conforman el concepto de gobernanza: participación y *accountability*, inestabilidad política y violencia, efectividad del gobierno, nivel de regulación, imperio de la ley y la percepción de la corrupción (Kaufmann et al., 1999).

Como puede observarse, el concepto de buena gobernanza tiene muchos significados y puede relacionarse con diferentes referentes empíricos (gobernanza como ausencia de corrupción, como imperio de la ley, como democracia, como gobierno eficiente, etc.). Ello hace difícil la definición de gobernanza dada la amplitud del concepto. La definición se complica más aún si consideramos que el concepto de gobernanza tiene un componente normativo, incluso prescriptivo, que genera muchas dificultades para su articulación con las investigaciones empíricas, pues los científicos políticos y otros científicos sociales tienden a trabajar con más comodidad en orientaciones metodológicas que presuponen la neutralidad valorativa (Rothstein, 2012: 151).

A pesar de que existe una corriente neoliberal dentro de los estudios de la gobernanza, la evolución de esta teoría ha tendido a centrarse no tanto en privilegiar los mercados, sino en una segunda alternativa al gobierno centrado y jerárquico, que refleja sobre todo el interés de los académicos, de los gobiernos e instituciones internacionales durante los últimos años: esta alternativa es la *gobernanza en redes* (Mayntz, 2005: 87; Natera, 2004: 7).

Este segundo enfoque se enmarca dentro del neoinstitucionalismo (Ferraro, 2009: 82, Levi-Faur, 2012: 3) o institucionalismo (Bevir y Rhodes, 2001: 6; Rothstein, 2012: 144) y hace referencia a la sustitución de la forma vertical y jerárquica de gobernar por un gobierno horizontal realizado a través de decisiones tomadas por diversos actores estatales y no estatales en el contexto de una red (Levi-Faur, 2012, Mayntz, 2005; Zurbriggen, 2003, Natera, 2004).

El estudio de la gobernanza como redes ha tenido un proceso de evolución durante las últimas décadas que ha permitido acumular conocimiento sobre las mismas y definir ámbitos de aplicación y formas de funcionamiento. En los Estados Unidos, a finales de la década de los setenta Hugh Heclo (1978) encontró que las decisiones de políticas públicas son frecuentemente movidas desde el macro nivel del sistema político hasta los subsistemas políticos en los cuales los actores, tanto públicos como privados y relacionados a temas específicos, interactúan sobre una base de interdependencia, decisiones en las que se implica a los principales órganos del Estado, a los medios de comunicación y al público en general. Elinor Ostrom en 1990, retomando los hallazgos de Heclo, demostró la manera de cómo recursos comunes pueden ser regulados a través del desarrollo de instituciones cooperativas durables basadas en la interdependencia y la negociación, más allá de estructuras jerárquicas y la competencia en el mercado. Por su parte en Alemania durante la década de los noventa, autores como Marin, Mayntz, Hérítier, Knill y Mingers, exploraron las limitaciones sistemáticas de las jerarquías y los mercados para desarrollar nuevas formas de gobernanza basadas en la interacción negociada. Así mismo en Inglaterra, Marsh y Rhodes (1997, 1998) buscaron sustituir la noción de corporativismo por una noción amplia de políticas en redes que incluían tanto

comunidades de políticas estrechas y excluyentes, como amplias e inclusivas redes temáticas. Por su parte en Holanda Kickert, Klijn, Koppenjan (1997, 2004) observaron que la formación de una gobernanza en red podía resolver los problemas causados por una creciente complejidad e incertidumbre social. La literatura sobre redes ha sido discutida también en una perspectiva multinivel dentro del ámbito nacional (Bache, Flinders, Scharpf) así como en el ámbito supranacional (Hass, Sabatier, Jenkins-Smith, Djelic y Sahlin-Andersson) (Torfing, 2012: 103 y 104).

Para Torfing la gobernanza en red es una «articulación horizontal de actores interdependientes, pero operacionalmente autónomos, que proceden desde los sectores público y privado, los cuales interactúan entre ellos a través de negociaciones en marcha que se desarrollan en un ámbito regulativo, normativo, cognitivo e imaginativo» (2012: 101).

La idea principal que subyace en esta concepción de gobernanza es que la tarea de gobernar no está más circunscrita a las acciones estatales, pues los límites de actuación entre los sectores estatales y los actores de la sociedad civil están cambiando y por lo tanto también el papel del Estado en la sociedad (Rhodes, 2012: 33; Natera, 2004: 7). Por lo tanto, las decisiones de lo público ya no se localizan únicamente en el espacio estatal, por el contrario, existe una dispersión de lugares en los que diversos agentes participan (Porrás, 2011: 76).

Este cambio de la fuente de donde provienen las decisiones públicas tiene especial énfasis en el desarrollo del *ciclo de políticas públicas*, en el cual el Estado ya no es el único en actuar ya sea imponiendo políticas públicas desde arriba, u obteniendo información desde abajo para formular políticas públicas que sean mejor recibidas, sino que permite que durante este proceso participen sectores no estatales. Por lo tanto, desde esta perspectiva la gobernanza implica la inclusión de varios actores estatales y no estatales en la realización e implementación de políticas públicas (Klijn, 2012: 201).

El funcionamiento de estas redes y quiénes son los participantes son elementos de alta consideración en esta forma de gobernar. Si se refiere a una forma horizontal de crear actos de gobierno, los actores deben trabajar en una perspectiva de colaboración, confianza, e interdependencia que permita equilibrar las relaciones entre los distintos actores, sin que exista un sector dominante. (Ramírez y Tabares, 2010: 225; Kooiman, 2005: 58). Y dado que las redes implican la participación de sectores no estatales, la naturaleza de sus participantes es muy amplia, pudiendo ser las empresas privadas, los sindicatos, asociaciones nacionales e internacionales, organizaciones y asociaciones profesionales, organizaciones sin fines de lucro y muchas otras. Sin embargo, la determinación de sus participantes en cuanto a representación y cantidad, dependerá del diseño mismo de la red, lo que naturalmente ofrecerá distintos resultados.

Ahora que se ha abordado sucintamente el concepto de *governance*, podemos pasar a abordar el concepto de Gobernanza Participativa. Para ello nos situaremos en la última perspectiva que hemos considerado, es decir, la gobernanza como redes. Y nos centraremos en la apertura que se ha realizado para que sectores de la sociedad civil participen en la dirección del Estado.

Si la gobernanza en red ofrece un marco teórico y referencial mucho más amplio al observarla desde quiénes son los participantes (mercado, gobierno, sociedad civil), la gobernanza participativa hace énfasis en interacciones dadas exclusivamente entre el gobierno y la sociedad civil. Este es un marco desde el cual puede abordarse la gobernanza desde una visión restringida, es decir, excluyéndose otro tipo de interacciones que no sean aquellas que provienen del gobierno y de la ciudadanía o sociedad civil (*Governance centered in Civil Society*, Lynn, 2012: 53).

En este trabajo vamos a prescindir de tratar de resolver el debate sobre qué es la sociedad civil y nos vamos a inclinar hacia la postura de Oszlak sobre la necesidad de construir categorías analíticas para estudiar el tema de la *participación*, entre ellas la noción de sociedad civil. Sin embargo, para asentar las bases sobre la que descansa nuestro trabajo consideraremos a la sociedad civil, desde una definición negativa, a los sectores, movimiento u organizaciones de personas distintas al mercado, los partidos políticos y las organizaciones corporativas como los sindicatos; incluyéndose aunque con una distinción sutil, tanto a las organizaciones formales e institucionalizadas como aquellos movimientos u organizaciones de base generalmente compuestos por los individuos más desfavorecidos, que no cuentan con recursos materiales y organizacionales para institucionalizarse («cuarto sector») (Oszlak, 2009: 8 y 9).

En el informe de un *Workshop* llevado a cabo por el *Woodrow Wilson Center for Scholars* y la *Boise State University* en 2011, donde participaron 20 especialistas de distintas partes del mundo, se define a la gobernanza participativa como un «proceso institucional sancionado por el Estado que permite a los ciudadanos ejercer voz y voto, dando lugar a la implementación de políticas públicas que producen un conjunto de cambios en las vidas de los ciudadanos» (Wampler y McNulty, 2011: 6; Wampler, 2012 a: 342).

Esta forma de gobernar busca lograr cambios a través de acciones que pueden ser más efectivas y equitativas que los que se pueden alcanzar a través de un gobierno representativo, invitando a los ciudadanos a participar profunda y sostenidamente en el quehacer de las políticas públicas (Kearney *et. al.*, 2007: 80).

Este tipo de gobernanza denota un involucramiento y compromiso democrático de individuos y grupos de la sociedad civil en el *ciclo de políticas públicas*, el cual se relaciona con todo tipo de problemas o necesidades sociales que les afectan en su vida cotidiana, teniendo la oportunidad de participar

directamente en su autogobierno (Yishai, 2012: 527). Y significa un proceso ya que la participación ciudadana es constante, pudiendo entablarse relaciones de la sociedad civil con el gobierno en diferentes etapas del desarrollo de una política pública.

Como puede interpretarse, esta forma de gobernanza tiene un conjunto de actores más reducidos y objetos de actuación mucho más específicos en comparación con la gobernanza en redes. Así, la idea principal de esta forma de gobernanza radica en que el ciudadano ordinario a través de su participación puede influir en todas aquellas políticas públicas que le pueden afectar en su calidad de vida (Fung y Wright, 2003: 5) y aunque el nivel de participación pueda tener distintos grados (Fung, 2006), se aspira que los criterios de la ciudadanía constituyan decisiones que puedan remodelar las actuaciones de la Administración Pública. Con este proceso, por lo tanto, se otorga el *derecho* al ciudadano de modificar los resultados de las políticas públicas (Wampler y McNulty, 2011: 6).

Así, la gobernanza comporta un cambio en la forma tradicional de gobernar, siendo considerada una alternativa o redefinición del gobierno (Ramírez y Tabares 2010: 215). Ello implica que el Estado busca el acercamiento con actores sociales desprendiéndose de su posición centralizada y jerárquica a la hora de gobernar ya que se entiende que las respuestas a las necesidades de la sociedad no sólo pueden venir del Estado, sino que estas pueden encontrarse en la misma sociedad siendo más efectivas (Vigil y Fernández, 2012: 4). De esta manera las relaciones entre el Estado y la sociedad dejan de ser unidireccionales para convertirse en bidireccionales (Kooiman: 2005: 60), los ciudadanos dejan de ser objetos de la acción del Estado y pasan a ser actores de las políticas públicas.

Como ha podido observarse, a primera vista la conceptualización de la gobernanza puede producir impactos diversos, tanto sobre la concepción del poder político, la teoría del Estado, la Administración Pública, las políticas públicas y su análisis, etc. De estos posibles impactos hablaremos a partir de la siguiente sección.

¿QUÉ IMPLICA PARA EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LA GOBERNANZA PARTICIPATIVA?

El Estado: ¿Pérdida de capacidad o una nueva forma de dirigir?

Las implicaciones que tiene la gobernanza en general y la gobernanza participativa en específico, han sido señaladas desde distintos enfoques. En este trabajo vamos a situarnos específicamente en la parte del Estado que puede sufrir más impactos, es decir, la Administración Pública. En el contexto latinoamericano, el principal involucrado sería el órgano ejecutivo, aunque no

por ello consideramos que la Administración Pública se identifica exclusivamente con este órgano del Estado (Rosenbloom, 1983 y 2009).

En primer lugar, se ha expresado que la gobernanza al representar una forma distinta de gobernar que implica la participación de la ciudadanía en el quehacer público, provoca el *vaciamiento* (*hollowing out*) del Estado (Rhodes, 2012: 34), su menoscabo o la pérdida de su tradicional competencia de dirigir la sociedad. Se interpreta que se trata de un cambio en la forma de gestionar el poder político que hasta antes de la puesta en escena de la gobernanza, se atribuía, a través de la democracia representativa, a los políticos electos popularmente y era gestionado por medio de los servidores administrativos (Martínez, 2013). Si estos últimos, se puede argumentar, eran los encargados de ingresar temas a la agenda política, de elegir uno de ellos para conceptualizar un problema de política pública, de diseñar el marco de actuación pública para resolverlo, de aplicar la política y de evaluarla; el permitir que otros sectores participen e incluso determinen partes de este *ciclo de políticas públicas* significaría sustraer a favor de organizaciones no estatales la capacidad de gestión de los asuntos públicos que correspondía al Estado.

Desde una cierta perspectiva, asociada al neoliberalismo, este enfoque se relaciona con la idea de que el Estado debe minimizar su actuación en la gestión pública y dar paso a otros sectores y formas de gobernar en la creencia que sólo así puede lograrse que la Administración Pública deje de ser ineficiente, sea capaz de responder a las necesidades sociales y de alcanzar el desarrollo. Esta perspectiva que tiene como modelo de gestión a la empresa privada plantea o bien que sean las empresas las que gestionen la política pública, o bien que los propios organismos públicos tengan un gerenciamiento empresarial. La reforma del Estado desde esta perspectiva se asocia a la Nueva Gestión Pública, que tiene como objetivos ya sea la privatización o bien la gestión gerencial empresarial del Estado (Bevir y Rhodes, 2001: 4).

La primera ola de la gobernanza en redes, sin embargo, fue ya una respuesta a la desfragmentación y descoordinación provocada por las reformas dentro del contexto de la Nueva Gestión Pública (Matthews, 2012: 282 y 283) y ofreció una nueva forma de explicar cuál debía ser el papel del gobierno para asumir los cambios sucedidos en la sociedad y el mundo, pasando de un gobierno jerárquico a un gobierno a través de redes (Rhodes, 2012: 34). Es decir que los partidarios de la Nueva Gestión Pública comenzaron a reconocer que la gestión empresarial no es una solución para todos los problemas y decidieron entonces «abrir el juego» a asociaciones de ciudadanos sin un carácter empresarial. Así por ejemplo, antes que una privatización directa y simplista de servicios educativos o de salud, desde esta nueva visión se propone que asociaciones, por ejemplo de padres o de pacientes, tengan un rol de participación en los consejos directivos de las nuevas organizaciones no estatales que se crean para gestionar dichos servicios. Y antes que empresas, en

algunos casos se promueve que sean fundaciones u otras asociaciones sin fines de lucro las que gestionen el servicio de que se trate.

En cualquier caso, dados los cambios en la sociedad, se abrirían así distintos espacios no estatales en los que se producirían intercambios de poder y tomas de decisiones (Eberlein y Kerwer, 2004: 128) que reducirían la capacidad de control del Estado. Este por lo tanto, asumiría un papel residual, siendo su función principal el dirigir las redes y estar a cargo formalmente de las políticas públicas (Matthews, 2012: 283), o implicaría en su postura más extrema, la cuasi desaparición del Estado (Vigil y Fernández, 2012: 3). La noción de soberanía y la forma en la que el Estado gobernaba de arriba hacia abajo a través de leyes y regulaciones, se fue sustituyendo por un gobierno descentralizado basado en la interdependencia, confianza y negociación con otros autores (Sorensen y Torfing, 2005: 195 y 196).

Los críticos de este enfoque han señalado que el Estado al haber sido *vaciado* pierde su capacidad de dirección social y deja la vía libre para que sean otros sectores con intereses particulares los que asuman ese papel. En este supuesto, la atención puede recaer a nuestro criterio, en los sujetos o actores que asumen tales competencias en lugar del Estado. Se cree que esto propicia que el Estado pueda ser constreñido en su independencia y sea capturado por grupos de interés o por una clase dominante desde una perspectiva pluralista o neo pluralista, algo en lo que está de acuerdo el neo marxismo (Levi-Faur, 2012: 10). Esto se afirma sobre la base que, al abrirse la posibilidad de participación en el *ciclo de políticas públicas*, los más interesados en participar son aquellos grupos organizados, que cuentan con una estructura definida y un quehacer constante, grupos que cuentan con financiamiento y poder, el suficiente para poder imponer sus decisiones en el proceso participativo (Brigitte, 2009: 401).

Un enfoque distinto y que rechaza el anterior plantea que la gobernanza participativa no implica un vaciamiento del Estado, sino únicamente un cambio en el rol que el Estado desempeña en la sociedad (Kooiman, 2005: 58). Bajo este argumento, el Estado no ha perdido su capacidad de dirección política, sino que esta forma de dirigir ahora es distinta. El que se permita la participación de actores sociales implica que se gestiona de manera horizontal considerando que el *ciclo de políticas públicas* se puede enriquecer si amplía su base más allá de los servidores administrativos.

El nuevo rol del Estado sería el de dirigir o coordinar las redes de gobernanza, redes en la que deberá existir cooperación, colaboración y coordinación entre sus distintos actores (Kooiman, 2005: 67); pero además y principalmente, su papel será permitir a través de sus regulaciones la propia existencia, desarrollo y control de estos procesos (Rhodes, 2012: 36). Si bien el Estado se vuelve actualmente insuficiente por sí mismo para realizar la dirección social dado que el conocimiento y los recursos necesarios para ello ya

no se encuentran únicamente dentro de la órbita del gobierno, continúa siendo un actor indispensable para la coordinación de los distintos agentes participantes en el proceso de la gobernanza (Aguilar, 2011: 76, 77 y 99).

El Estado se convierte de esta manera en el «gobernante de la gobernanza», gobierna a las organizaciones que participan en las redes, configurando sus reglas de actuación, de allí que se denomine a esta forma de gobernanza *meta-governance* o la gobernanza de la gobernanza (Jessop, 2003: 5).

Desde este argumento, el Estado continúa siendo un sujeto central de las políticas públicas ya que es este el que permite la existencia de participación y gestiona los recursos del Estado para tal cometido, desde los legales, hasta los administrativos, humanos y financieros. El Estado mantiene su centralidad dada su capacidad para figurar como ente regulador de las estructuras de gobierno, los mercados y las redes (Rhodes, 2012: 37, Levi y Gilad, 2004: 114), como el único ente capaz de prevenir crisis económicas, y el único que posee una autoridad que no posee ningún otro agente en la sociedad para decidir las reglas de la gobernanza (Matthews, 2012: 285 y 287).

Al seguir esta postura, se sostiene que el Estado ha mejorado su capacidad de gobernar al fortalecer su capacidad institucional y legal, al mismo tiempo que ha tenido la habilidad de desarrollar estrechas relaciones con otros actores no públicos (Levi-Faur, 2012: 12) consiguiendo con ello legitimar sus acciones.

Expresado lo anterior, los impactos que puede generar la gobernanza participativa en América Latina, deben considerarse a partir del estudio de la noción de Estado y en la práctica, del papel que las entidades estatales tienen en los procesos participativos. Para ello es necesario evaluar quiénes son los participantes y cuál es la incidencia que su participación tiene sobre el objeto sobre el que se ha discutido.

Gobernanza, burocracia y eficiencia

Desde un punto de vista orgánico, al analizar el papel de la burocracia dentro de la Administración Pública, se intuye que con la aplicación de procesos participativos esta podría resultar impactada. La idea que subyace es que con la gobernanza participativa las relaciones Estado-sociedad dejan de tener una dirección vertical (*top-down*) para dar paso a una relación menos vertical y más horizontal en la que existe la dimensión participativa que puede optar por formas (*top-down*, *bottom-up* o mixtas). Nuevamente la concepción del Estado se somete a evaluación. Sin embargo, el impacto que la gobernanza participativa pueda tener en esta importante dimensión estatal difiere del contexto del que se trate.

En el concepto de Estado racional weberiano, la estructura administrativa se caracteriza por ser una organización vertical porque es precisamente el

elemento jerárquico el que provee de coherencia y efectividad a las actuaciones de la Administración Pública; de esta manera debido a la aplicación de la gobernanza participativa, el clásico modelo weberiano se somete a una reevaluación (Hardiman, 2012: 229, 230).

No obstante, los impactos pueden ser distintos dependiendo del tipo de Administración que se tenga. La receptividad de la gobernanza participativa no ha sido la misma en Europa como en Estados Unidos (Peters y Pierre, 2005), y naturalmente, se espera que sea distinta en el contexto latinoamericano, donde las Administraciones Públicas en la mayoría de países no han logrado consolidar una burocracia profesional.

Se conoce que el nivel de profesionalización de la Administración Pública no es el mejor en la gran mayoría de países de América Latina (Barómetro de la Función Pública, 2012; BID, 2006; Martínez, 2012). Existen Administraciones Públicas en donde prevalecen las relaciones de patronazgo y clientelismo provocando un bajo rendimiento en la prestación de servicios públicos así como por otro lado, generando corrupción. En nuestro contexto por lo tanto, debemos preguntarnos cuál es la relación que existe entre la gobernanza participativa y la «burocracia» con la que se cuenta en América Latina.

Algunos estudios afirman que arraigadas instituciones informales como el clientelismo y el patronazgo, impiden la asimilación de la participación por parte de la Administración Pública y por lo tanto conlleva a que los resultados y productos de las políticas públicas tengan escasa conexión con dicha participación (Paz, 2008: 2004; Selee y Santín, 2006: 22). Es decir, en caso que se participe, dicha participación tendría poca incidencia en los resultados de las políticas públicas sometidas a procesos participativos. Aquí se encuentra otro argumento para promover la profesionalización de la Administración Pública en América Latina.

De la misma forma, para proteger intereses en un contexto patrimonialista, el clientelismo y patronazgo pueden impedir la participación aunque esta se encuentre legislada, obstaculizando el desarrollo de la gobernanza participativa (Wampler y McNulty, 2011: 12). Parece entonces que la política partidista dentro de las Administración Pública limita el alcance de los impactos de las instituciones participativas.

Pero también existe evidencia de que los partidos políticos pueden servir de vehículo para que se promueva o se lleve a cabo la participación. Tal como afirma Coelho (2004: 11), en Brasil la participación ciudadana en los Consejos de Gestión la realizan aquellos que tienen una vinculación con un partido político. Así mismo Heller (2012) indica en su estudio sobre la participación ciudadana en Brasil, India y Sudáfrica, que los partidos políticos con tendencia ideológica hacia la izquierda tienen un papel relevante al ser estos los más

orientados a favorecer o promover la participación. Por lo que a priori, no puede descartarse la utilidad de los partidos políticos para la gobernanza participativa.

Dentro del proceso de reforma de la Administración Pública, más allá de desechar la burocracia, esta se puede adaptar al escenario que le presenta la gobernanza participativa. Puede generarse un cambio en el proceso administrativo de generar políticas públicas, permitiéndose que el trabajo de los expertos pueda ser enriquecido y complementado por los interesados en las políticas públicas. La forma jerárquica de desarrollar los ciclos de políticas públicas debe inclinarse hacia la horizontalidad, implicando también, un cambio en la cultura profesional y de servicio de la Administración Pública, pasando del cumplimiento de reglas y normas hacia una orientación externa basada en las preferencias y necesidades de los ciudadanos (reforma Neoweberiana en términos de Pollitt y Bouckaert, 2004: 98 y 99). La transparencia de la Administración y el acceso a la información es un requisito indispensable.

Una ventaja adicional de la profesionalización burocrática es que, precisamente por el carácter no democrático de los funcionarios profesionales (pues no son elegidos), se observa que cuando un organismo estatal está gestionado por directivos profesionales, ellos tienen mucha más iniciativa para buscar la cooperación con la sociedad civil y la participación ciudadana en la gestión. Los directivos de gestión designados por motivos políticos, en cambio, ya han sido «legitimados» por las elecciones que llevaron al poder al partido político con el que están asociados. Esta mayor apertura participativa de los organismos gestionados profesionalmente es algo que se ha observado en los estudios sobre agencias independientes en los EE.UU. (Carpenter, 2001).

Dado que las Administraciones Públicas no profesionales son más reacias a promover procesos participativos, será necesario construir una Administración Pública profesional matizando los elementos jerárquicos y fomentando una cultura hacia los ciudadanos, generando coaliciones o una cogobernanza que entregue su papel central al Estado, pero que permita que la ciudadanía sea protagonista en la generación de políticas públicas.

De esta manera, surgen posibles líneas de investigación en referencia al tipo de relación que tienen los partidos políticos con la gobernanza participativa, el impacto que genera la existencia de instituciones participativas en la profesionalización de la Administración Pública, y los efectos o impactos que puede generar la gobernanza participativa en contextos donde predominan relaciones patrimonialistas o clientelares.

Por otro lado, los impactos que puede generar la gobernanza participativa en la burocracia del Estado desde una perspectiva orgánica, se extiende a la efectividad de la Administración Pública. ¿La gobernanza participativa genera que el Estado tenga mayor efectividad? Se cree que la gobernanza participativa tendrá un impacto positivo sobre la burocracia y que ello redundará en un

mejor desempeño de la Administración Pública sobre la prestación de servicios. La idea de que sean los involucrados o principales afectados de una política pública los que participen en su elaboración y/o ejecución crea la impresión de que el Estado tendrá mayor capacidad para responder a las demandas sociales y podrá reunir conocimientos mucho más precisos y fundados sobre el área de aplicación de la política y sus resultados. Naturalmente, esto presupone una Administración Pública profesional.

La lógica administrativa que subyace en las reformas orientadas a la inclusión de los ciudadanos en la función de Administrar radica en que, como señala Peters, «cuando las organizaciones se hacen más abiertas y participativas, los empleados se sienten más motivados para invertir en ellas su tiempo y energía»; además de que la participación de los destinatarios o grupos objetivos de las políticas proporcionan a la Administración valiosa información sobre sus necesidades y lo que solicitan del gobierno, la cual puede ser mejor aprovechada por la organización burocrática y traducirse en la prestación de servicios mejor dirigidos y de mayor calidad (Peters, 2005: 596). El manejo efectivo que hace la Administración Pública de los recursos escasos es clave en este escenario, a lo que la información proporcionada por los afectados colabora sustancialmente (Osmani, 2006: 4 y 5; Fisher, 2003).

Precisamente la gobernanza participativa ha significado un tipo de reforma que busca hacer más eficiente al Estado. Este es un objetivo que también es perseguido por la Nueva Gestión Pública, pero los procedimientos, formas y el fundamento teórico para llegar a él son distintos (Klijn, 2012; Peters y Pierre, 2005). Conocer cómo pueden variar los resultados de los procesos participativos dependiendo del modelo de Administración Pública que se tenga es importante para conocer cuáles parámetros de reformas del Estado pueden resultar más provechosos.

Gobernanza participativa y sus impactos de acuerdo a la capacidad del Estado

La capacidad del Estado debe ser una variable a considerar para evaluar los impactos que genera la Gobernanza Participativa. Esta variable resulta especialmente importante para el estudio de la gobernanza participativa en aquellos países que tienen una media o baja capacidad para responder a las demandas y participar en la solución de problemas sociales. Aunque, se aclara, esto no significa que no existan experiencias de gobernanza participativa con impactos significativos en países desarrollados (Allegretti y Herzberg, 2007).

En los Estados que son efectivos, pero en menor medida a aquellos que son considerados altamente efectivos, las instituciones participativas se consideran necesarias y llaman la atención tanto del gobierno como de los ciudadanos pues se mira en ellas, una forma de llenar los vacíos que la forma

tradicional de realizar las políticas públicas deja, constituyéndose por lo tanto en una herramienta para crear políticas públicas que satisfagan las necesidades de los ciudadanos hasta ese momento no cubiertas; en estos contextos los procesos participativos pueden resultar más exitosos y generar mayores y mejores impactos. Sin embargo, en los Estados llamados *débiles* o *fallidos* su falta de institucionalización, la ineffectividad de la ley, la precariedad de su Administración Pública, su sumisión a la presión internacional, la ausencia de una ciudadanía fuerte, entre otros factores; provocan que las pocas instituciones participativas con las que se cuentan generen minúsculos o nulos impactos (Wampler y McNulty, 2011: 11).

A partir de esta hipótesis, es decir la incidencia que el nivel de capacidad del Estado puede tener en el tipo de impacto que generan las instituciones participativas, para evaluar la gobernanza participativa es necesario analizar dimensiones del Estado como la profesionalización de la Administración Pública y la efectividad de la ley (O' Donnell, 2004: 150 y 174; 2007: 28 y ss.). Por lo que en los casos en los que los procesos participativos tengan éxito, el nivel de impacto será distinto entre los tipos de Estados que se estudien. Esto tiene mucha importancia para los contextos latinoamericanos, en lo que el nivel de capacidad del Estado es muy distinto entre los países que conforman la región. En los países en los que existe una ciudadanía fuerte y un Estado efectivo, el solo proceso de participación posiblemente no sea tan importante como el hecho de que la participación incida en los resultados de una política pública específica. En cambio, en los países latinoamericanos más débiles, el solo hecho de lograr la institucionalización de una forma de participación ciudadana puede ser un avance sustancial y tener un impacto considerable (Wampler y McNulty, 2011: 12).

Gobernanza y descentralización

La descentralización territorial del Estado ha sido fundamental para la aplicación de la gobernanza participativa, dado que ha sido el gobierno local el ámbito espacial en el que mayor aplicación ha tenido (Wampler y McNulty, 2011: 1; Heller, 2012: 658). El gobierno local se ha convertido en el centro de la actividad de la gobernanza participativa al constituirse en un espacio dónde se facilita la participación y dónde los impactos en la vida de los ciudadanos pueden generarse.

Sin embargo, al evaluar los impactos que pueden generarse en el ámbito local, sobre todo en la realización de políticas públicas que pueden generar algún tipo de bienestar social, debe tenerse en cuenta las relaciones existentes entre el gobierno local y los posibles niveles de descentralización territorial en el Estado. El tema de la autonomía de los gobiernos locales es un punto clave a

tomar en consideración a la hora de promover instituciones participativas que se espera puedan generar impactos positivos en el entorno municipal.

Como se expresa en el estudio de Boulding y Wampler (2010), la disposición de recursos financieros es imprescindible para que los procesos participativos puedan rendir sus frutos. El grado de autonomía que tienen los gobiernos locales depende del nivel de recursos que sean capaces de captar y del que les distribuya el Estado. Y ello incide en el éxito de las políticas públicas participativas.

Así, en Latinoamérica, a pesar del desarrollo del proceso de descentralización territorial que ocurrió a partir de los años 80 y que implicó el incremento de la autonomía y de los recursos financieros de los gobiernos locales, aún existen muchos municipios (principalmente rurales) que carecen de suficientes recursos económicos, ya sea porque obtienen pocos recursos del gobierno central o porque su recaudación fiscal es muy baja (debido, por ejemplo, a su poca población y pobre desarrollo), provocando que sus gobiernos locales no tengan la capacidad de brindar servicios básicos a su población (Nickson, 2011: 8). En este orden de ideas, si un gobierno local carece de recursos, a pesar de la implementación de instituciones participativas, no podrá ejecutar los acuerdos que sean tomados en los eventuales procesos participativos.

A partir de esta premisa (la distribución y obtención de recursos en el ámbito local para lograr impactos con la gobernanza participativa) el funcionamiento de la descentralización del Estado debe estudiarse y transformarse previamente a la aplicación de la gobernanza participativa, en concreto reformando la manera en que el Estado central distribuye los recursos económicos entre los municipios y las políticas fiscales de cada municipio, sugiriéndose que la distribución de recursos por parte del gobierno central sea sobre la base de las necesidades de la población de cada municipio y no, por ejemplo, siguiendo el criterio de *a mayor número de habitantes mayor asignación de recursos* (Wampler, 2012 b: 678, Osmani, 2006: 4).

REFLEXIONES FINALES

En las páginas anteriores, a partir de la aproximación conceptual de gobernanza participativa, se han expuesto algunas líneas de investigación relacionadas a los posibles impactos que esta puede tener sobre el Estado y la Administración Pública. En concreto se han propuesto líneas de investigación normativas y empíricas relacionando la gobernanza participativa con la noción misma de Estado, la estructura de la Administración Pública, sus formas de gestionar los asuntos públicos, y los resultados que pueden darse en términos de rendimiento o desempeño; modelos de reformas de la Administración Pública, la capacidad del Estado y la descentralización territorial.

Al considerar la posibilidad del vaciamiento del Estado en el marco de una Administración Pública poco profesional, la posibilidad de cooptación tanto del Estado como del proceso participativo en su conjunto se vuelve probable. La existencia de intereses político partidarios puede utilizar a la gobernanza participativa como un instrumento para mantener y fortalecer la base de apoyo político. En este caso, la investigación sobre los tipos de políticas públicas discutidas en la institución participativa, quiénes son sus participantes y cómo inciden en las políticas públicas, además del diseño *top-down* o *bottom-up*, puede ser determinante para obtener resultados sobre la hipótesis de la cooptación.

Al respecto del vaciamiento o no del Estado puede cuestionarse cuál ha sido el rol desempeñado por el Estado dentro de los procesos de participación, si ha buscado institucionalizar los procesos participativos, cómo utiliza su capacidad reguladora y de qué manera diseña e impone las reglas del juego. En este punto resultaría importante conocer cuáles son los grupos participantes y sobre los cuales el Estado impone las reglas para permitir su participación.

Por otro lado, si bien se debe subrayar el papel de los partidos políticos en la promoción de mecanismos participativos, debe tomarse en cuenta el nivel de politización de la Administración Pública y cómo las instituciones informales como el clientelismo y el patronazgo afectan o son afectadas por la gobernanza participativa, si estas instituciones favorecen la participación y sobre todo qué beneficio o utilidad significa para los participantes.

Como se ha señalado, la burocracia puede resultar impactada con la aplicación de la gobernanza participativa ya que esta implica el cambio de un gobierno jerárquico a otro más horizontal. La *reevaluación* de la burocracia se vuelve una condición si se debe aplicar formas participativas de gobierno. Sin embargo, reevaluar la burocracia no significa eliminarla. En este punto, para el caso de América Latina, el fortalecimiento y profesionalización de la burocracia resulta necesario, pero construyendo una Administración Pública que combine profesionalización y mérito, que mantenga el papel central del Estado, con una orientación basada en la preferencia de los ciudadanos, que admita la participación en sus procesos administrativos, que se enfoque en el cumplimiento de resultados, que sea capaz de adaptarse a las necesidades sociales y que pueda realizar un gerenciamiento efectivo de los procesos participativos. En este sentido, la evaluación del impacto de la gobernanza participativa estaría orientada, primero a conocer la capacidad de la Administración Pública para ser receptiva a la participación pública y segundo, a conocer cuál ha sido la transformación de la organización de la Administración Pública y de los funcionarios, dada la implementación de la gobernanza participativa. Asimismo, si esta implementación genera que las políticas públicas sean más efectivas.

Resulta evidente la necesidad de que el Estado se fortalezca en la región latinoamericana, pero, al existir Estados con distinta capacidad o fortaleza, al evaluarse cualquier impacto se debe tomar en cuenta esta variable (capacidad estatal), pues los impactos producidos pueden cambiar conforme las condiciones de cada Estado. Esto puede contribuir a limitar el exceso de ambición en cuanto al nivel de resultados que se espera al implementar instituciones participativas.

La descentralización es vital para el desarrollo de la gobernanza participativa, por lo que construir investigaciones sobre el nivel de descentralización territorial es indispensable. Al conocerse el nivel de descentralización y autonomía de los gobiernos locales en América Latina pueden buscarse conexiones con la posibilidad de implementar procesos participativos, sobre todo en aquellos municipios cuya población es significativamente más pobre.

Para América Latina la investigación sistemática y comparada de los impactos de la gobernanza participativa debería ser de mucho interés. La comparación de casos entre distintos contextos y niveles dentro de un mismo país, o entre casos de distintos países, pudiera arrojar información útil para los gobiernos y las instituciones financiadoras interesadas en aplicar la gobernanza participativa.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Allegretti, Giovanni y Herzberg, Carsten (2004), *Participatory Budgets in Europe. Between efficiency and growing local democracy*, Amsterdam, Transnational Institute and The Centre for Democratic Policy Making.
- Aguilar, Luis Francisco (2011), *Gobernanza y Gestión Pública*, FCE, México.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2006), *Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina*, Washington: BID, Disponible en www.iadb.org › BID Portada › Publicaciones.
- Banco Mundial (1989), *Sub-Saharan Africa. From Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspection Study*, Washington, D.C.
- Banco Mundial (2013), Datos Índice de Gini, en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI> [Consultado el 28 de mayo de 2013].
- Bevir, Mark y Rhodes R. A. W. (2001), *A Decentered Theory of Governance: Rational Choice, Institutionalism, and Interpretation*, Working Papers, Institute of Governmental Studies, UC Berkeley. Disponible en <http://escholarship.org/uc/item/0bw2p1gp>. [Consultado el 29 de mayo de 2013].

- Brigitte, Geissel (2009), «Participatory governance: Hope or Danger for Democracy? A case study of Local Agenda 21», en *Local Government Studies*, Vol. 35, No. 4, Agosto, pp. 401-414.
- Boulding, Carew y Wampler, Brian (2009), «Voice, Votes and Resources: Evaluating the Effect of Participatory Democracy on Well-Being», en *World Development*, Vol. 38, No. 1, 125-135.
- Carpenter, Daniel (2001), *The Forging of Bureaucratic Autonomy: Reputations, Networks, and Policy Innovation in Executive Agencies, 1862-1928*, Princeton, Princeton University Press.
- CEPAL (2011), *Panorama social de América Latina*, Naciones Unidas, CEPAL, Santiago de Chile. Disponible en internet en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/45171/PSE2011-Panorama-Social-de-America-Latina.pdf>, [Consultado el 28 de mayo de 2013].
- Coelho, Vera Schattan P. (2005), «Los Consejos de Salud en Brasil: ¿cuánto hemos avanzado en la concertación de intereses?», en *Clad Reforma y Democracia*, No. 32, junio, pp. 1-11.
- Coelho, Vera Schattan P. (2004), «Consejos de Salud: El desafío de construir instituciones políticas participativas en Brasil», en *Participación ciudadana y políticas sociales en el ámbito social*, Ziccardi, Alicia, México, Indesol.
- Eberlein, Burkard y Kerwer, Dieter (2004), «New Governance in the European Union: A Theoretical Perspective», en *JCMS*, Vol. 42, No. 1, pp. 121-142.
- Emerson, Kirk, Nabatchi, Tina, y Balogh, Stephen (2012), «An integrative framework for collaborative governance», en *Journal of Public Administration Research & Theory*, No. 22(1), pp. 1-29.
- Ferraro, Agustín (2009), *Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, Madrid, INAP.
- Fisher, Frank (2003), *Citizens, Experts and the Environment*, United States, Duke University Press.
- Fung, Archon (2006), «Varieties of Participation in Complex Governance», en *Public Administration Review*, Diciembre 2006, No. especial, pp. 66-75.
- Fung, Archon y Wright, Erik Olin (2003), «Thinking about Empowered Participatory Governance», en *Deepening Democracy. Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, Fung, Archon y Wright, Erik Olin (eds.), New York, Verso.
- Hardiman, Niamh (2012), «Governance and State Structures», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.

- Heller, Patrick (2012), «Democracy, participatory politics and development: Some comparative lesson from Brazil, India and South Africa», en *Polity*, Vol. 44, No. 4, Octubre, pp. 643-665.
- Howe, Brendan M. (2012), «Governance in the interests of the most vulnerable» en *Public Administration and Development*, No. 32(4-5), pp. 345-356.
- Informe Barómetro (2012), *Barómetro de la Profesionalización de los Servicios Civiles de Centroamérica y República Dominicana*, Plan Regional para el Fortalecimiento y Modernización de los Servicios Civiles y la Función Pública en Centroamérica y República Dominicana, AECID, FLACSO y SICA.
- Jessop, Bob (2003), *Governance and Metagovernance: On Reflexivity, Requisite Variety, and Requisite Irony*, Department of Sociology, Lancaster University, UK. Disponible en <http://www.lancs.ac.uk/fass/sociology/papers/jessop-governance-and-metagovernance.pdf>. [Consultado el 29 de marzo de 2013].
- Kaufmann, Daniel, Kray, Aart, Zoido-Lobatón, Pablo (1999), *Governance Matters*, Policy Research Working Paper, The World Bank Development Research Group, Macroeconomics and Growth y The World Bank Institute Governance, Regulation and Finance, Washington, D.C.
- Kearney, John, Berkes, Fikret, Charles, Anthony, Pinkerton, Evelyn, y Wiber, Melanie (2007). The role of participatory governance and community-based management in integrated coastal and ocean management in Canada, en *Coastal Management*, No. 35(1), pp. 79-104.
- Klijn, Erik Hans (2012), «New Public Management and Governance: A Comparison», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Kooiman, Jan (2005), «Gobernar en Gobernanza», en *La Gobernanza Hoy. 10 Textos de referencia*, Cerrillo i Martínez, Agustí (Coord.), Madrid, INAP.
- Levi-Faur, David (2012), «From “big government” to “big governance”?» en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Levi-Faur, David y Gilad, Sharon (2004), «The Rise of the British Regulatory State. Transcending the Privatization Debate», en *Comparative Politics*, Vol. 37, No. 1, Octubre, pp. 105-124.
- Lynn Jr., Laurence E (2012), «The many faces of governance: adaptation? Transformation? Both? Neither?» en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Martínez, Gabriel Alejandro (2013), «¿Profundizando la democracia en América Latina? Impactos de la gobernanza participativa sobre la democracia», en Fajuri, Sara Eugenia, Martínez, Gabriel Alejandro y Myers, Alfonso (Coords.), Salamanca, Ratio Legis.

- Martínez, Gabriel Alejandro (2012), «América Latina y la Construcción del Estado Administrativo», en *Nociones sobre Democracia y Buen Gobierno*, Myers, Alfonso y Martínez, Gabriel (Coords.), Salamanca, Ratio Legis.
- Matthews, Felicity (2012), «Governance and State Capacity», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Natera, Antonio (2004), *La noción de gobernanza como gestión públicas participativa y reticular*, Documentos de Trabajo «Política y Gestión», Madrid, Universidad Carlos III de Madrid.
- Nickson, Andrew (2011), *Where is local government going in Latin America? A comparative perspective*, Working Paper No. 6, Swedish International Centre for Local Democracy.
- Osmani, Siddiqur R. (2006), «Participatory Governance: An Overview of Issues and Evidence», en *Participatory Governance and the Millenium Development Goals (MDGs)*, New York, United Nations.
- Oszlak, Oscar (2009), «Implementación participativa de políticas públicas: Aportes a la construcción de un marco analítico», en *Construyendo confianza. Hacia un nuevo vínculo entre Estado y Sociedad Civil*, Vol. II, CIPPEC y Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, Jefatura de Gabinete de Ministros, Presidencia de la Nación, Buenos Aires. Disponible en <http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos-espanol/Implem%20parti%20de%20pol%20publicas.pdf>. [Consultado el 18 de marzo de 2013].
- Paz, María Fernanda (2008), «Tensiones de la Gobernanza en el México Rural», en *Política y Cultura*, No. 30, pp. 193-208.
- Peters, Guy (2005), «Gobernanza y Burocracia Pública: ¿Nuevas formas de democracia o nuevas formas de control?», en *Foro Internacional*, No. 182, XLV (4), pp. 585-598.
- Pollit, Christopher y Bouckaert, Geert (2004), *Public management reform. A comparative analysis*. 2ª edición. Oxford, Oxford University Press.
- Porras, Francisco (2011), «¿Sistema, continuum, modo o marco general?: La anglogobernanza en México», en *Gobernanza. Teoría y prácticas colectivas*, Bassols, Mario y Mendoza, Cristóbal (Coords.), México, Anthropos Editorial, UAM-Iztalapa.
- Ramírez, María Fernanda y Tabares, Juliana (2011). «Las relaciones entre los actores del gobierno local en el marco de la gobernanza. Una mirada desde los concejales de Medellín», en *Papel Político*, No. 16(1), pp. 213-239.
- Rhodes, R. A. W. (2012), «Waves of Governance», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.

- Rosenbloom, David H. Kravchuk, Robert S. y Clerkin, Richard M. (2009), *Public Administration. Understanding Management, Politics, and Law in the Public Sector*. 7ª edición. New York: McGraw-Hill Education
- Rosenbloom, David H (1983), «Public Administrative theory and the separation of powers». *American Society for Public Administration*, vol. 43, núm. 3, pp. 219-227.
- Rothstein, Bo (2012), «Good Governance», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Selee, Andrew y Santín, Leticia (2006), «Participación ciudadana y deliberación pública: relación recíproca entre ciudadanos y gobiernos», en *Democracia y Ciudadanía. Participación Ciudadana y Deliberación Pública en Gobiernos Locales Mexicanos*, Selee, Andrew y Santín, Leticia (Coords.), Washington, Woodrow Wilson International Center for Scholars.
- Sorensen, Eva y Torfing, Jacob (2005), «The democratic Anchorage of Governance Networks», en *Scandinavian Political Studies*, Vol. 28, No. 3, pp. 195-218.
- Torfing, Jacob (2012), «Governance Networks», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Vigil, José Ignacio y Fernández, Victor Ramiro (2012), «Gobernanza y regiones en perspectiva crítica: un abordaje para la construcción de políticas públicas», en *Clad Reforma y Democracia*, No. 53, junio, pp. 1-22.
- Wampler, Brian (2012 a), «Entering the State: Civil Society Activism and Participatory Governance in Brazil», en *Political Studies*, Vol. 60, pp. 341-362.
- Wampler, Brian y McNulty Stephanie L. (2011), «Does participatory governance matters? Exploring the Nature and the Impact of Participatory Reforms», en Woodrow Wilson International Center for Scholars. Disponible en <http://www.wilsoncenter.org/publication-series/does-participatory-governance-matter>. [Consultado el 10 de junio de 2013].
- Yishai, Yael (2012), «Participatory Governance in Public Health: Choice, But no Voice», en *The Oxford Handbook of Governance*, Levi-Faur, David (ed.), New York, Oxford University Press Inc.
- Zurbriggen, Cristina (2003), *Las redes de políticas. Una revisión teórica*, Institut internacional de Governabilitat de Catalunya. Disponible en http://guajiros.udea.edu.co/fnsp/cvsp/politicaspUBLICAS/0015.zurbriggen_redes_politicaspUBLICAS.pdf. [Consultado el 12 de julio de 2013].

**EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO Y AMBIENTAL:
PARTICIPACIÓN POPULAR Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN
AMBIENTAL COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN AL DERECHO AL MEDIO
AMBIENTE ADECUADO**

Gisele Bonatti

Candidata a Doctor en Estado de Derecho y Buen Gobierno. Máster en Democracia y Buen Gobierno. Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Universidad de Salamanca, España¹.

gibonatti@gmail.com

RESUMEN: El presente trabajo propone abordar el análisis de la necesidad de una efectiva protección al medio ambiente. Conforme intentaremos demostrar, la preservación del medio ambiente es esencial para que los demás derechos humanos se concreten, como salud, vivienda, intimidad, privacidad y por fin la dignidad de la persona humana. Así, el derecho al medio ambiente adecuado, como derecho humano de tercera generación, de naturaleza difusa, perteneciente a todos seres humanos del planeta, necesita de mecanismos eficientes, para ser concretizado. En este estudio, sugerimos la participación popular en la toma de decisiones que afecten de manera directa o indirecta el medio ambiente y el derecho a la información, pues esta es fundamental para que los ciudadanos puedan reflexionar, pensar y posteriormente participar y decidir de modo más consciente, resultando en decisiones más legítimas y democráticas.

PALABRAS CLAVE: Estado de Derecho, Medio Ambiente, participación popular.

ABSTRACT: The present paper aims to address the analysis of the need for an effective protection of the environment. We seek to demonstrate, that the preservation of the environment is essential to realize the other human rights, such as health, housing, intimacy, privacy and dignity of the human person. Hence, the right to an adequate environment, as a human right of third generation, of a diffuse nature, belonging to all human beings on the planet, requires efficient mechanisms, to be realized. In this order, we suggest the popular participation in the decision making, affecting directly or indirectly the environment and the right to information, knowing that is a elementary mechanism in order to permit the citizens to reflect, think, and subsequently participate and decide more knowingly, resulting in more legitimate and democratic decisions.

KEYWORDS: State of Law, Environment, Popular Participation.

¹*Agradezco a la Dra. María José Corchete por sus aportaciones científicas a la presente investigación.*

A MODO DE INTRODUCCIÓN

A lo largo del siglo XIX y parte del siglo XX, la sociedad moderna, tenía como idea de progreso, el crecimiento económico desenfrenado, que a su vez colidía con la preservación del medio ambiente. Se creía que los recursos naturales eran fuentes inagotables de energía, soportando cualquier explotación de la actividad económica ejercida por los seres humanos². El advenimiento de la conciencia de la crisis ambiental, viene en el momento que se considera que la gestión tecnológica, industrial y económica de la sociedad, está en conflicto con la calidad de vida³. Los informes científicos, las páginas principales de los periódicos, señalan situaciones alarmantes, tales como la pérdida de la biodiversidad, el calentamiento global, los accidentes, los desastres y las catástrofes ambientales (sequías, inundaciones, terremotos, huracanes, tsunamis), también muestran altos niveles de contaminación del suelo, agua, aire, la falta de tratamiento adecuado de los residuos, y sin olvidar el nuevo fenómeno: los refugiados o desplazados ambientales.

En el presente estudio, tendremos la oportunidad, aunque de modo breve, analizar el deber del Gobierno en buscar cada vez más, la concretización del Estado de Derecho Ambiental, denominado así por el jurista portugués CANOTILHO⁴, a través de mecanismos que ayuden a proteger y cumplir el derecho humano al medio ambiente adecuado. Estos mecanismos son: el derecho a la información ambiental y la participación pública en las decisiones ambientales. Como veremos, dichos derechos están íntimamente relacionados con el principio de desarrollo sostenible.

LA DEMOCRACIA AMBIENTAL Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El desarrollo sostenible asume un lugar central en las sociedades contemporáneas y permite reflexiones que incorporan nuevas dimensiones, como la ecología, la equidad, la justicia, dando lugar a una nueva forma de democracia. Sin embargo, solamente en 1987, el término desarrollo sostenible ha ganado popularidad en el informe *Nuestro futuro común*, también conocido como *Informe Brundtland*, presentado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas. Este informe por ser un proyecto de desarrollo político y social sostenible, critica la permanencia de los modelos y patrones de producción y consumo, y ofrece " nuevos principios de la

² SILVA, Romeu Faria. Manual de direito Ambiental. 3ª edição, Mato Grosso: Ed. JusPodivm, 2013, p. 31.

³ Cfr. LEITE, José Rubens – AYALA, Patryck. *Dano ambiental: do individuo ao coletivo extrapatrimonial*. 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.23.

⁴ Cfr. CANOTILHO, José. *Direito Constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

sociedad democrática que inducen la participación directa de las comunidades en la apropiación y transformación de los recursos del medio ambiente"⁵. En este sentido, el desarrollo sostenible, debe ser defendido como un derecho humano en el debate democrático, de forma a impedir que sean aceptas las decisiones que amenacen la sostenibilidad.⁶

Sin embargo, con el fin de identificar y proteger el desarrollo sostenible y en consecuencia el estado actual de la protección del medio ambiente en una dada sociedad, es necesario la investigación, recopilación de datos, la difusión de información sobre el medio ambiente. Para que la sociedad pueda pensar, reflexionar, decidir libremente y participar en los procesos que afecten la toma de decisiones⁷. En esta línea, la información que es capaz de dar transparencia a los procesos de toma de decisiones y evitar fenómenos como la corrupción⁸, en los procesos de política ambiental, protegiendo así, el derecho a un medio ambiente adecuado como otros derechos vinculados a él, tales como la salud, la vivienda, la intimidad y, finalmente, la dignidad de la persona humana.

EL MEDIO AMBIENTE EN LA DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

La protección del medio ambiente es una reciente realidad, que tuvo su inicio en la segunda mitad del siglo XX, es algo que todavía está en construcción en los marcos jurídicos internacionales y nacionales de cada país. Basándose en el entendimiento de que la construcción de los derechos humanos, se realizó en diferentes contextos y las dimensiones históricas, que hoy la doctrina denomina de "*generaciones de derechos humanos*" o "*dimensión de derechos humanos*", es en esta línea de construcción de derechos que encontramos "el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado" formado por una diversa combinación de factores, como los avances sociales, históricos, políticos, económicos, científicos y tecnológicos. Para una breve comprensión de la evolución de las generaciones de los derechos humanos, los derechos de primera generación, introducidos a mediados del siglo XVIII, el fruto del

⁵ LEFF, E. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 57.

⁶ JACOBS Apud, Direito à informação em matéria ambiental, In SAMPAIO, Rômulo S. R., LEAL, Guilherme J.S., REIS, Antonio agosto (orgs.) *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 30

⁷ SILVA, Solange Teles da. "Direito à informação em matéria... *Op. cit.* pp. 437-438.

⁸ Para profundizar conocimiento sobre el aspecto de los efectos del fenómeno de la corrupción sobre el medio ambiente, ver: BONATTI, Gisele. "El Estado de Derecho democrático socio ambiental y la corrupción: caso Brasil" In: MYERS GALLARDO, Alfonso, MARTÍNEZ Gabriel & FAJURI, Sara, (Coords.), *Democracia y Elecciones*. Ratio Legis, Universidad de Salamanca, Instituto Prisciliano Sánchez España.

pensamiento liberal burgués, corresponde a los derechos individuales, derechos negativos, derechos que limitan el ámbito de intervención del Estado en la vida de las personas, marcando una esfera de autonomía individual frente a su poder, son los derechos de libertades⁹.

Al contrario, la segunda generación de derechos humanos surge del impacto de la industrialización que dio lugar a graves problemas sociales que eventualmente llevaron a la obligación del Estado de intervenir dando beneficios positivos tales como el bienestar, la salud, el trabajo, el ocio, el derecho de huelga, entre otros. Se trata de derechos que "*nacieron abrazaron al principio de igualdad*"¹⁰. Conocidos como los derechos sociales, estos derechos tienen como titulares cada individuo de la sociedad y requieren un comportamiento activo del Estado en la realización de la justicia social. Los derechos humanos de tercera generación, también llamados derechos de la fraternidad y la solidaridad, se caracterizan por alejarse, en un primer momento, de la figura individualizada del ser humano y centrarse en la protección de comunidades y grupos como la familia, el pueblo o la nación, es decir, los derechos son de propiedad colectiva o difusa¹¹. Citamos como ejemplos los siguientes derechos: la paz, la calidad de vida, el medio ambiente adecuado, la libertad informática, la comunicación, la preservación del patrimonio histórico y cultural y la autodeterminación de los pueblos.

El reconocimiento de las tres generaciones anteriormente mencionadas ya está pacificado en la doctrina. Sin embargo, si se presenta por autores como BONAVIDES, la cuarta generación de los derechos humanos. La cuarta generación de derechos de los derechos humanos, corresponde a la democracia directa, es decir, el derecho a la participación y la información, así como el derecho al pluralismo¹². Participación en la toma de decisiones públicas es esencial para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, sobre todo en los intereses sociales, difusos y colectivos, como veremos más adelante, para asegurar un ambiente adecuado para las generaciones presentes y futuras. En otras palabras, todas aquellas personas que pueden sufrir las consecuencias derivadas de una decisión política, deben tener el derecho de participar en la toma de decisiones, y de obtener información (informaciones claras y correctas, privadas de intereses privados) para que la decisión tenga mayor calidad y sea legítima.

⁹ Cfr. WOLFGANG SARLET, Ingo: *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 46-47.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito Constitucional*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010, p. 564.

¹¹ Cfr. WOLFGANG SARLET, Ingo. "A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. cit.*, p.48.

¹² Cfr. BONAVIDES, Paulo. "*Curso de direito...*", *op.cit.*, p. 571

El propósito de esta clasificación de las generaciones de los derechos humanos para este trabajo, es dejar claro que a cada avance de generación de derechos, la generación posterior no excluye la anterior, por el contrario, a medida que se avanza las generaciones, las nuevas generaciones de derechos protegen más aún los derechos ya establecidos previamente. A pesar de la cuarta generación, todavía no encontrar lugar en la doctrina mayoritaria, entendemos que no hay nada mejor para un Estado democrático de derecho, que las personas tengan derecho a una información clara de los procesos políticos que les pueden afectar, y ser capaces de participar en las deliberaciones, garantizando el cumplimiento de otros derechos. En conclusión, con palabras de BONAVIDES: *"los derechos de cuarta generación congrega el futuro de la ciudadanía y el futuro de la libertad para todas las personas. Sólo con ellos será posible la globalización política legítima"*.

EL MEDIO AMBIENTE COMO UN DERECHO HUMANO Y SU RELACIÓN CON LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES

En conformidad con los epígrafes anteriores, debido a las amenazas derivadas de las consecuencias de la degradación ambiental resultante de la actividad humana en el planeta, sobre todo a partir de mediados del siglo XX, el medio ambiente, ha conquistado la "conciencia colectiva", el comienzo del marco normativo internacional, por el reconocimiento de que no son suficientes los derechos humanos de libertad (primera generación) e igualdad (segunda generación), para alcanzar condiciones de vida saludables, puesto que es necesario la tutela del equilibrio del medio ambiente, para lograr una vida digna y el bienestar del ser humano, además, eso se traduce en una responsabilidad para las presentes y futuras generaciones¹³.

En este sentido, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo en 1972, declara el vínculo entre la protección ambiental y los derechos humanos, a través de sus principios, afirmando que el hombre es responsable por las consecuencias de sus acciones al medio ambiente. La protección ambiental es un derecho y un deber del hombre, es fundamental para su bienestar y desarrollo económico en todo el mundo. Por lo tanto, los gobiernos y los pueblos, deben atentarse a las consecuencias de las acciones humanas, para actuar a favor de la preservación del medio ambiente en beneficio del hombre. El desequilibrio del medio ambiente, además de afectar a la biodiversidad, la capa de ozono, la contaminación del aire, agua, suelo, también influye en la salud, la vivienda, la seguridad alimentaria, la calidad del medio ambiente urbano, el trabajo, entre otros. En este sentido, compartimos el pensamiento CANÇADO TRINDADE:

¹³ PADILHA, N. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. R. de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 45.

Aunque hasta el presente momento, la protección del ser humano y del medio ambiente ha sido tratada por separado, es necesario buscar el acercamiento entre ellos, ya que corresponden a los grandes retos de nuestro tiempo, pues pueden acabar afectando el destino de la humanidad¹⁴.

Dicho esto, podemos afirmar una vez más, la unidad y la interdependencia de los derechos humanos, en el sentido de que todos los derechos humanos, de diferentes generaciones, se complementan mutuamente en la búsqueda de la plena y efectiva protección de la dignidad humana, así como el derecho a un medio ambiente adecuado, que expresa su contenido de acuerdo con la dignidad de la persona humana.¹⁵ Si pensamos en el simple ejemplo de una industria que contamina el aire, por encima del nivel permitido por la ley, los ciudadanos que viven en el área contaminada pueden sufrir graves problemas de salud respiratorios. Este ejemplo ilustra lo importante que es el equilibrio del medio ambiente para la salud humana.

SOCIEDAD DE RIESGO Y EL DERECHO AMBIENTAL: LA INCERTEZA COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DEL DERECHO AMBIENTAL

Con el fin de esclarecer el tema, vamos a dividir la era de la modernidad en dos etapas: la primera correspondería a la sociedad industrial y la segunda la vamos a referir a la sociedad de riesgo. Dicho esto, y como resultado del desarrollo científico-tecnológico de la sociedad industrial, se han llevado a cabo fuerzas productivas avanzadas de capital, siempre acompañadas de promesas de distribución de toda esa riqueza social generada. De forma concomitante, este avance ha dado como resultado un conjunto de peligros y riesgos aparejados al citado proceso de modernización creciente, lo que exige de los seres humanos respuestas firmes en relación a las consecuencias del desarrollo técnico- científico típico de la sociedad industrial. Nace así la sociedad de riesgo, que además de ocuparse de la distribución de la riqueza, procura la gestión de los riesgos generados en el curso de una modernidad avanzada¹⁶.

Retomando las doctrinas de Beck, y como respuesta a los escépticos frente a la sociedad de riesgo que presumen que los riesgos son concomitantes a la sociedad industrial, Beck, confirma que, en efecto, es cierto que los riesgos siempre existieron en épocas anteriores, “...pero se trataban de riesgos personales, no de las situaciones globales de amenaza que surgen para toda la

¹⁴ CANÇADO Antônio. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 23.

¹⁵ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional ambiental*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

¹⁶ RAIOL. Ivanilson P. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, pp. 27-33.

humanidad...". Además "en aquel tiempo, a diferencia de hoy, los peligros atacaban a la nariz o a los ojos"¹⁷ es decir, los peligros eran perceptibles por los sentidos, mientras que actualmente, por el contrario, son imperceptibles, "...se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las fórmulas químico-físicas..."¹⁸, como por ejemplo: el calentamiento global, los cambios climáticos, los elementos tóxicos en los alimentos, la amenaza nuclear, resultando en catástrofes ambientales.

De este modo, concluimos que los riesgos de la modernidad, se caracterizan por ser amenazas globales, que pueden afectar a todos los tipos de vida en la Tierra -seres humanos, animales y plantas- teniendo como causa la modernización resultante del progreso industrial y los avances tecnológicos¹⁹. Para Ulrich Beck, además los daños se caracterizarán por ser universales, producen efectos incalculables e imprevisibles, siendo así la sociedad de riesgo, una sociedad catastrófica, convirtiendo el estado de excepción en una amenaza en el estado de normalidad²⁰. Se observa que el daño ambiental proyecta sus efectos a lo largo del tiempo sin haber ni certeza ni control de su grado de peligrosidad. Así, ilustramos los ejemplos de los daños de los que no tenemos la posibilidad de conocimiento actual, los acumulativos, invisibles, el efecto invernadero, la lluvia ácida y muchos otros. Toda esa proliferación de situaciones de riesgo no solo tiene como víctimas a la presente generación sino también a las futuras generaciones.

Complementando la idea BECK, la incertidumbre en materia ambiental se debe a la complejidad de los bienes, recursos y servicios protegidos y también de los factores tales como: la irreversibilidad de los daños ambientales y de difícil reparación la degradación ambiental. Añadiendo lo anterior, a la imprecisión de la medición y valoración de estos recursos, bienes y servicios ambientales. Por lo tanto, las políticas públicas ambientales no pueden subestimar la caracterización de la incertidumbre, ya que seguramente perjudicará la eficacia de la legislación vigente. Cabe decir, que aunque existan grandes incertidumbres científicas, la precariedad de los datos o la falta absoluta de información, es necesario que estos elementos sean objeto de reflexión por estudios administrativos y ambientales.²¹ En otras palabras, el mero riesgo de que el daño pueda o no ocurrir, ya es suficiente para exigir una respuesta regulatoria en materia de medio ambiente, o sea, no puede haber una

¹⁷ Cfr. BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad... op. cit.*, p. 27.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. MASCARENHAS. Luciane M. "Meio ambiente: a configuração dos riscos da modernidade e os direitos difusos" In *Revista de Direito Ambiental* 2009 n° 54, Revista dos Tribunais, p. 207.

²⁰ Cfr. BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad... op. cit.*, pp. 30-43.

²¹ Cfr. CARVALHO, Délton Winter de, DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63.

falta de regulación basada en el fundamento de la incerteza, principalmente por tratarse de bien difuso de uso común del pueblo²².

Por todo lo anterior, compartiendo la opinión de Beck, la falta de información de los riesgos, comprendiéndose ahí la dificultad de acceso a las informaciones que permitan medir el contenido y la extensión de aquellos. Ese anonimato se va a ver reflejado en la idea de la “irresponsabilidad organizada”, que consiste en que varios niveles de la sociedad consiguen, a través de instrumentos políticos y judiciales, ocultar el origen, las proporciones y hasta los efectos de los riesgos ecológicos²³.

Por último y no menos importante, las informaciones sobre los riesgos ambientales, poseen dos sistemas. El sistema que llamamos información *ex ante*, se refiere a la producción de información preventiva y de forma muy cautelosa, valora las situaciones de hipótesis acerca de los riesgos y peligros. Lo que podemos ver con frecuencia en los estudios de impacto ambiental y permisos, licencias ambientales. El sistema *ex post*, enfatiza la información proporcionada después de la ocurrencia de un desastre ambiental, a fin de orientar la atención de emergencia y la prevención de los eventos futuros²⁴. Concluimos que en la sociedad actual, la cual llamamos de sociedad del riesgo, sociedad post industrial, la degradación tiene consecuencias cada vez más imprevisibles y por lo tanto requiere más estudio, más información sobre estos posibles fenómenos que puedan ocurrir. La información es esencial, así como la participación popular en la toma de decisiones en asuntos medioambientales.

PRINCIPIO DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR AMBIENTAL

Actualmente podemos encontrar, tanto a nivel internacional como nacional, legislación que establece las normas de protección del medio ambiente, además hay países, que conceden el mayor nivel posible de protección al derecho al medio ambiente adecuado, como es el caso Brasil, que establece en su actual constitución, la protección del medio ambiente como un derecho fundamental. Sin embargo, a pesar de verificar su defensa por los ordenamientos jurídicos de distintos países, no se puede olvidar que hay varias fallas relacionadas con el sistema administrativo de gestión del medio ambiente, tales como la falta de información y la planificación de proyectos, lo que resulta en falta de aplicabilidad de las regulaciones ambientales. Frente a este problema, cuando el Estado no funciona con eficacia, la sociedad debe actuar directamente. Es el derecho y el deber de los ciudadanos a participar en la toma de decisiones

²²Cfr. SAMPAIO. Rômulo S. R. “A importancia dos principios... *Op. cit.* pp. 445-446.

²³ Cfr. LEITE, José R. “Sociedade de risco e Estado”. In CANOTILHO, José J. Gomes – LEITE, José R. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 154.

²⁴ Cfr. CARVALHO, Délton Winter de. *Direito dos desastres... op. cit.*, p. 63.

que puedan afectar el equilibrio ambiental. Si tenemos en cuenta que el medio ambiente es un derecho difuso, es decir, es de propiedad indeterminable, la participación popular gana una extrema importancia en el sentido de que la participación se hace más legítima, ya que "el titular está cuidando de su propio derecho"²⁵. El principio diez de la participación popular, expreso en la Declaración de Río/92 sobre el medio ambiente y el desarrollo, establece lo siguiente:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

En el ámbito regional, y no menos importante, tenemos el Convenio de Aarhus, firmado en la cuarta Conferencia Ministerial "*Ambiente para Europa*", en Aarhus, Dinamarca. Este Convenio trata el acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en 1998 por 40 países. La Comunidad Europea firmó la Convención en 1998 y la ratificó en febrero de 2005. Según THOMÉ, actualmente la democracia no sólo se satisface con las decisiones de los representantes electos y los organismos burocráticos que cumplan con las normas legales sin cuestionarlas. Hoy, se requiere mecanismos para complementar las decisiones, es decir, son necesarios medios de participación directa de las personas o de la comunidad, en la medida en que estas decisiones afectan, las personas directa o indirectamente²⁶.

En la misma línea, ABELHA aporta, que la participación popular es uno de los valores fundamentales de la legislación ambiental. Aunque no se ha difundido, la participación popular es una de las principales mecanismos de defensa, tal vez el más eficiente y promisor, que pueda garantizar la protección del medio ambiente. Es cierto que el resultado se verá en el largo plazo, pero tiene una gran ventaja, " atacar la raíz de todos los problemas ambientales: la conciencia ambiental"²⁷. Por lo tanto, el principio de participación, tiene como

²⁵ Cfr. ABELHA, Marcelo. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 284.

²⁶ Cfr. SILVA, Romeu Faria Thomé da. *op. cit.*, ... p. 80.

²⁷ Cfr. ABELHA, Marcelo. *Direito ambiental... op.cit.*, p. 282.

objetivo construir una sociedad verdaderamente democrática. A través de él, la sociedad civil debe desempeñar un papel activo, junto con el Estado, para definir en conjunto el destino a seguir en la política ambiental. A continuación, destacamos, de forma ejemplificativa, algunos de los mecanismos de participación directa de la sociedad civil en la protección de la calidad de vida, de los recursos naturales y del patrimonio cultural con el fin de asegurar el medio ambiente equilibrado:

- a. La participación en el proceso de creación de derecho ambiental, autorizando la iniciativa popular en los procedimientos legislativos, las discusiones a través de audiencias públicas y la actuación de los representantes de la sociedad civil en los órganos públicos dotados de competencias normativas y/o deliberativas (consejos y comités);
- b. La participación en la formulación y ejecución de políticas públicas ambientales, a través de las acciones de los representantes de la sociedad civil en los órganos colegiados responsables de la formulación de directrices para las políticas públicas;
- c. La participación en la discusión de estudios de impacto ambiental en las audiencias públicas;
- d. La participación de los jueces y fiscales, con el uso de los instrumentos administrativos y de procesales²⁸.

Dicho esto, no caben dudas, de que el derecho de participación supone el derecho a la información, ya que los ciudadanos con acceso a la efectiva información, es más capaz de actuar en la sociedad, de articular más efectivamente sus deseos y ideas y tomar parte activa en las decisiones que les afectan directamente²⁹.

PRINCIPIO DE LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

En este trabajo, se verifica que la información es una aliada a la protección del medio ambiente. Por lo tanto, si el medio ambiente constituye un derecho difuso de carácter indivisible, perteneciente a las presentes y futuras generaciones, en el mismo sentido la información ambiental es difusa y debe estar disponible para todos. Desde la Declaración de Estocolmo de 1972 ya se había destacado la importancia del libre intercambio de experiencias e información actualizada, con el fin de resolver los problemas ambientales. Esto se confirma en la Declaración de Río de 1992, ya se ha mencionado en las líneas anteriores, en su artículo 10, el Estado debe facilitar y fomentar la

²⁸ Cfr. SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Op. cit.*, ... p. 81.

²⁹ Cfr. MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 163.

concientización y participación pública, poniendo la información a disposición de todos. Por otra parte, la misma declaración, establece en el Principio 19, que los Estados deben proporcionar, en el caso de los Estados que puedan verse afectados, la notificación previa y la información pertinente sobre las actividades potencialmente causantes de daños considerables transfronterizos negativos al medio ambiente.

El derecho a la información es fundamental para la democracia, no sólo por el principio de publicidad, sino también porque a partir de esta transparencia dará lugar a la posible participación evitando el autoritarismo, sirviendo como mecanismo de control democrático de los actos públicos.³⁰ Los órganos públicos deben transmitir sistemáticamente información ambiental a la sociedad civil, y no sólo en los llamados accidentes ambientales³¹. Con respecto al derecho de recibir información, la administración pública, debe permitir el acceso público a los documentos, archivos y procesos administrativos que se ocupan de cuestiones ambientales, a través de medios escritos, visuales, acústicas o electrónicos. Para ejemplificar el contenido de las informaciones, tomamos como ejemplo las disposiciones de la legislación brasileña sobre el acceso público a los datos y la información existentes en los órganos y entidades del Sistema Nacional Ambiental, que se rige por la Ley N^o 10.650/2003, estos son:

- La calidad del medio ambiente;
- Las políticas, planes y programas potencialmente causantes de impacto ambiental;
- Resultado de los sistemas de monitoreo y auditoría de control de la contaminación y las actividades potencialmente contaminantes, así como los planes y acciones de recuperación de áreas degradadas;
- Los accidentes, situaciones de riesgos o emergencias ambientales;
- Las emisiones de efluentes líquidos, gaseosos y residuos sólidos;
- Las sustancias tóxicas y peligrosas;
- La diversidad biológica;
- Los organismos genéticamente modificados.

Dicho eso, reafirmamos que la información ambiental es una herramienta fundamental en la aplicación y realización del derecho ambiental. Además, la retención de la información ambiental constituye una grave violación ética, moral y social, así como ilícita la no presentación de los datos a los verdaderos titulares de este bien. Actualmente se discute los límites acerca de la

³⁰ Cfr. ABELHA, Marcelo... *op.cit.*, p. 286.

³¹ Cfr. MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 40.

confidencialidad, cuando esta es esencial para la seguridad de la sociedad y del Estado. El secreto es el opuesto a la información, debemos tener en mente que la información es regla general y el secreto la excepción. Secreto comercial, industrial, financiero, autorizado por la Administración Pública, deben ser siempre motivados, para que las restricciones al acceso al derecho a la información, sea lo menos posible, por ir en contra a los principios de una sociedad democrática. En otras palabras, la confidencialidad, el secreto, no puede servir de mecanismo de protección de los intereses económicos particulares, con el fin de evitar las preguntas de la sociedad civil y la protección de los intereses de la sociedad, tales como el derecho a un medio ambiente equilibrado, el derecho a la salud y el derecho de los consumidores.³² Un ejemplo que podemos citar, contra la cultura del secreto en la administración pública, es la posible sanción al funcionario público que de alguna manera pase cualquier información falsa, engañosa, omita la verdad, retenga los datos técnicos y científicos sobre los procedimientos de licencia o autorización ambiental³³.

Sin embargo, no basta la publicidad de la información, es necesario tener una educación ambiental, debe haber procesos por los cuales el individuo y la comunidad pueda construir los valores sociales, conocimientos, habilidades, actitudes y calificaciones orientadas a la conservación del medio ambiente. Así, la educación ambiental debe estar presente de manera coordinada a todos los niveles y modalidades del proceso educativo en la educación formal y no formal³⁴. Tomamos como ejemplo los principios y objetivos de la educación ambiental, establecidos en Ley de la Política Nacional de Educación Ambiental brasileña³⁵, primeramente señalamos los principios, los cuales son:

- Enfoque humanista, holístico, democrático y participativo;
- Diseño del medio ambiente en su conjunto, teniendo en cuenta la interdependencia entre el medio ambiente natural, el desarrollo socio-económico y cultural, con un enfoque en la sostenibilidad;
- El pluralismo de ideas y conceptos pedagógicos desde la perspectiva de inter, multi y trans disciplinariedad;
- Vinculación entre la ética, la educación, el trabajo y las prácticas sociales;

³² Cfr. SILVA, Solange Teles da. Direito à informação em matéria ambiental. In SAMPAIO, Rômulo S. R., LEAL, Guilherme J.S., REIS, Antonio Augusto (orgs.) Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 437-438.

³³ Legislación Brasileña, del artículo 66 de la ley n° 9.605/1996, que trata de los crímenes ambientales.

³⁴ Cfr. Legislación brasileña, artículos 1 y 2 de la Ley 9.795/1999.

³⁵ Cfr. Ley 9795/99.

- Asegurar la continuidad y permanencia en el proceso educativo;
- Evaluación crítica continua del proceso educativo;
- Enfoque articulado a las cuestiones ambientales a nivel local , regional , nacional y global;
- Reconocimiento y respeto a la pluralidad y la diversidad individual y cultural.

A su vez, se destacan los siguientes objetivos de la educación ambiental:

- El desarrollo de una comprensión integrada del medio ambiente en sus múltiples y complejas relaciones, que implican los aspectos ecológicos, psicológicos, jurídicos, políticos, sociales, económicos, científicos , culturales y éticos;
- Velar por la democratización de la información ambiental;
- La promoción y el fortalecimiento de una conciencia crítica acerca de los problemas ambientales y sociales;
- Fomentar la participación individual y colectiva, permanente y responsable en la preservación del equilibrio del medio ambiente , comprendiendo la defensa de la calidad ambiental como valor inseparable del ejercicio de la ciudadanía;
- El fomento de la cooperación entre las distintas regiones del país , micro y macro-regionales, con intención a construir una sociedad ambientalmente equilibrada , basada en los principios de la libertad , la igualdad , la solidaridad , la democracia, la justicia social , la responsabilidad y la sostenibilidad;
- La promoción y el fortalecimiento de la integración con la ciencia y la tecnología;
- Fortalecimiento de la ciudadanía, la autodeterminación de los pueblos y la solidaridad como base para el futuro de la humanidad.

Puesto los principios y objetivos, la educación ambiental se puede realizar, a modo de ejemplo, a través de:

- Los libros escolares que contengan textos de educación forestal, y que todos los niveles de la educación, incluyendo la graduación y cursos especialización y pos grado, dispongan de por lo menos una disciplina que trate o se relacione a los objetivos y principios de la educación ambiental;
- La obligación de emisoras de radio, televisión incluyan en sus programaciones (por lo menos durante cinco minutos al día), así

como otros medios de comunicación (revistas y diarios), textos y dispositivos de intereses forestales, advertencias sobre las consecuencias de la contaminación del suelo aire, agua, y también el consumo desenfrenado de los recursos naturales, promoviendo siempre el desarrollo sostenible;

- La obligación de que mapas y cartas oficiales señalen los parques y bosques públicos;
- La publicidad de los productos basados en la producción sostenible.

A MODO DE CONCLUSIONES

Actualmente, vivimos en una sociedad de riesgo, en que las acciones de los seres humanos, que antes tenían consecuencias previsibles, hoy no conocemos el alcance y los efectos de tales acciones humanas. Vivimos en un estado de riesgo e incertidumbre. Por esta razón, es muy importante que el Estado deba proteger al máximo, este nuevo derecho, que se encuentra en la tercera generación de derechos humanos, el medio ambiente equilibrado, ya que sin la protección adecuada ambiental, los derechos como la salud, la vivienda adecuada, la privacidad, la intimidad, y por fin la dignidad de la persona humana, puedan extremadamente ser violados.

El medio ambiente es un bien que pertenece a todos los seres humanos, incluidas las generaciones que han de venir. Por estos motivos, es urgente proteger el medio ambiente y sugerimos como los mecanismos de protección: la participación popular y el derecho a la información ambiental. Estas herramientas jurídicas y políticas, permiten la concienciación de la sociedad acerca de los problemas y riesgos ambientales y hace posible que los ciudadanos manifiesten junto al Estado, soluciones que beneficien a todos, realizando así el objetivo del Estado democrático de derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. *Direito ambiental esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2013.
- BECK, Ulrich. *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BONATTI, Gisele. "El Estado de Derecho Democrático Socio Ambiental y la corrupción: caso Brasil." In: FAJURI VALDEZ, Sara, MARTÍNEZ, Gabriel y MYERS GALLARDO, Alfonso (Coords.), *Democracia y Elecciones*. Universidad de Salamanca, España: Ratio Legis, 2013, pp. 215-230.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional ambiental português : tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. 3ª edição, São Paulo : Saraiva, 2010, pp.21-31
- CARVALHO, D. & DAMACENA, F. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- LEFF, E. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LEITE, José R. “Sociedade de risco e Estado”. In CANOTILHO, José J. Gomes – LEITE, José R. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 156-226.
- LEITE, José R. – AYALA, Patryck. *Dano ambiental: do individuo ao coletivo extrapatrimonial*. 3ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.
- MACHADO, Paulo. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MASCARENHAS. L M. “Meio ambiente: a configuração dos riscos da modernidade e os direitos difusos” In *Revista de Direito Ambiental* 2009 nº 54, Revista dos Tribunais, pp. 205-228.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- PADILHA, N. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Jan. Elsevier, 2010.
- RAIOL I. *Ultrapassando fronteiras: proteção jurídica dos refugiados ambientais*. P. Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- SAMPAIO. Rômulo S. R. A importancia dos principios da informação e da participação em um contexto de decisão sob incerteza. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 443-458.
- SARLET, I. *Direito Constitucional ambiental*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, Romeu. *Manual de direito Ambiental*. 3ª edição, Mato Grosso: Editora JusPodivm, 2013.
- SILVA, Solange Teles da. Direito à informação em matéria ambiental. In SAMPAIO, Rômulo S. R., LEAL, Guilherme J.S., REIS, Antonio Augusto (orgs.) *Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, pp. 425-442.

WOLFGANG SARLET, Ingo: *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10^o edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Otras Fuentes Consultadas

Informes e Convenciones consultadas:

- Convención de Estocolmo de 1972;
- Informe Brundtland de 1987;
- Declaración de Rio sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992;
- Convención Aarhus 1998.

Legislación consultada

- Constitución Brasileña de 1988;
- Ley brasileña N^o 9.605/1996;
- Ley brasileña N^o 9.795/1999;
- Ley brasileña N^o 10.650/2003.

(IN) CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA: UNA PRIMERA MIRADA DESDE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Diego Armando Carvajal Briñez

Candidato a Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global por la Universidad de Salamanca. Máster en Democracia y Buen Gobierno por la misma Universidad. Candidato a Máster en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Externado de Colombia.
diegocarbri@usal.es

RESUMEN: La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado jurisprudencialmente el control de convencionalidad concentrado que se extiende a cualquier acto jurídico interno de los estados parte incluidas sus disposiciones y normas constitucionales. A priori se considera este instrumento pretoriano como expresión de supuesta supremacía normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin que existan fundamentos sobre los que descansa la legitimidad de su estructura kelseniana. Se pretende avanzar hacia un primer punto de inflexión en la construcción de una teoría jurídica desde el pluralismo constitucional que intente explicar las complejas relaciones entre Estados, organismos internacionales, y ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: Convencionalidad, Supremacía, Jerarquía, Constitución, Tensiones, Legitimidad, Cooperativo, Complementariedad, Interdependencia, Competencias.

ABSTRACT: Inter-American Court of Human Rights has developed, through its case law, a concentrated conventionality control that extends to any internal legal act of the members states including its provisions and constitutional requirements. A priori this praetorian instrument is considered as an expression of the Inter-American Convention on Human Rights supremacy, with no basis on which rests the legitimacy of their Kelsen's structure. We present a first turning point towards building a legal theory from constitutional pluralism that tries to explain the complex relationships between states, international organizations, and citizens.

KEYWORDS: Supremacy, Hierarchy, Constitution, tensions, Legitimacy, Cooperative, Complementarity, Interdependence, competencies.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha cobrado importancia a partir de los hechos acaecidos desde la primera mitad del siglo XX.

GOZAINÍ describe este sombrío escenario de evolución entre “(...) dos guerras mundiales, enfermedades sociales, egoísmos manifiestos, odiosas desigualdades, carencias y estrecheces insospechadas, entre tantas penurias que muestran un agobio moral en aumento, razón por la cual es importante destacar la trascendencia que reflejan los derechos del hombre en un mundo que está cambiando sus paradigmas (...)”¹.

Este proceso de internacionalización de los derechos humanos comenzó con la expedición de la Declaración Americana de Derechos Humanos aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en el año 1948. En el mismo año, el diez (10) de diciembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se configuró como un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse². Las Declaraciones abrieron el camino hacia la implementación de la Jurisdicción Internacional de las Libertades³ a nivel regional, inicialmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado el día cuatro (4) de noviembre de 1950 en Roma⁴, y posteriormente, en el continente americano, con la aprobación, el veintidós (22) de noviembre de 1969, del Pacto de San José de Costa Rica, conocido también como la

¹ GOZAINÍ, O. A.. “Los efectos de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno”. Artículo contenido en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. Pág. 819.

² CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Tecnos. España. 2004. Pág. 49.

³ Esta expresión corresponde al modelo utilizado por CAPPELLETTI y FIX-ZAMUDIO. En CAPPELLETTI, M. *Acceso a la Justicia (Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica)* (Traduc. J.C. HITTERS). Jurispr. Argent. 1951 pág. 2. Y en FIX-ZAMUDIO, H. “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”. Ponencia a las *IXas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Madrid, 1985, p.4, 11 y Ss. Estas citas están contenidas en VÉSCOVI, E. “La jurisdicción nacional e internacional en Latinoamérica”. En *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volumen II San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. Pág. 1556 – 1557.

⁴ SAIZ ARNAIZ, A. *El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos*. Disponible en revista del *Foro Constitucional Iberoamericano*. Número 7 julio – septiembre de 2004. (en línea) Dirección URL: http://www.idpc.es/archivo/1212663375_alejandrosai.pdf consultado el 24 de mayo de 2013 Pág. 13-14. Entre las principales modificaciones realizadas al CEDH, que van desde el Protocolo I al XIV Bis, se encuentran: 1. Derecho a la propiedad, Educación y Elecciones libres (Protocolo I de 1952); 2. Prohibición de pena de prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, reconocimiento del derecho a la libre circulación, prohibición la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros (Protocolo IV 1963); 3. Abolición de la pena de muerte (Protocolo VI 1983); 4. Derechos Procesales (Protocolo VII 1984). Para un estudio más amplio ver. CARRILLO SALCEDO, A. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003. Con el protocolo XI (1998) se suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos, y posteriormente con el XIV (2004) y el XIV Bis (2009) se modificó la estructura del TEDH, y se implementaron medidas procedimentales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (que entró en vigor el 18 de julio de 1978).

Se ha producido la irrupción del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho constitucional nacional, que se ve obligado a integrarse a la pluralidad de órdenes jurídicas en un sistema global y regional de niveles múltiples con interacciones y jerarquías complejas, lo que ha generado un transconstitucionalismo⁵, o una especie de pluralismo constitucional⁶.

PRECISIÓN DEL CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad utilizado por la Corte IDH no es un concepto novedoso⁷, CAPPELLETTI en 1977, ya había definido la función desarrollada por el TEDH para asegurar la protección y vigencia de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a través del Control de la legitimidad convencional del acto impugnado⁸.

⁵ NEVES, M. “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana” Contenido en la obra colectiva *La justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010. Pág. 717-758.

⁶ PÉREZ TORRES, A. “En Defensa del Pluralismo Constitucional”. Artículo contenido en *Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011, págs. 155-178

⁷ Para CASTILLA JUÁREZ el término de control de convencionalidad es novedoso a partir de una perspectiva retórica y semántica, pero en sí mismo no representa nada distinto a una operación jurídica realizada a lo largo de la historia por Tribunales Internacionales como la Corte Internacional de Justicia, Tribunal Internacional del Mar, Corte Europea de Derechos Humanos, así como los órganos encargados de la promoción y el control de tratados como el Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, la Organización Internacional del Trabajo entre otros. En CASTILLA JUÁREZ, K. A. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: La garantía de tratados.” En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XIII. México D.F. 2013. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf> consultado el 24 de mayo de 2013. Pág. 53.

⁸ CAPPELLETTI, M. “Justicia Supraconstitucional Supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”. Trad. De Luís Dorantes Tamayo, en *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM 1987. Pág. 244. Citado por OVALLE FAVELA, J. “La influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos”. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Núm. 134. 2012 (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/134/art/art5.pdf> consultado el 24 de mayo de 2013. Pág. 605.

Según REY CANTOR, el actual concepto de control de convencionalidad⁹, en su versión concentrada en sede internacional, “(...) es un mecanismo de protección procesal de origen pretoriano a través del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su competencia contenciosa, verifica que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados – aplicables, a través de un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto, plasmado en una sentencia judicial y con la consecuente orden de modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, para asegurar la protección de los derechos de la persona humana, y garantizar la supremacía de la Convención Americana”¹⁰.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE TEXTOS CONSTITUCIONALES

La jurisprudencia de la Corte IDH ha construido un instrumento para garantizar y hacer efectivas las obligaciones internacionales contraídas por los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, las cuales se encuentran consagradas en los Artículos 1 y 2 del mencionado Pacto (Obligación de respetar los derechos, y deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y es el llamado “Control de Convencionalidad” que se extiende a cualquier acto

⁹ También se conoce en la doctrina como: Control de legitimidad convencional, o control disperso de validez de las leyes (CAPPELLETTI), Control de constitucionalidad transnacional (HITTERS), Control de convencionalidad en la jurisdicción supraconstitucional (RUIZ MIGUEL), Jurisdicción Constitucional Internacional (FIX – ZAMUDIO), Control de Compatibilidad (SALADO OSUNA), Control Judicial Difuso de convencionalidad de las leyes (SILVA GARCÍA). En REY CANTOR, E. *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa. México 2008. Págs. LVIII – LIX. También ha sido denominado como una especie de control de legalidad supraestatal supranacional en LONDOÑO LÁZARO, M. C, *El principio de Legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/17728>, consultado el 25 de abril de 2013.

¹⁰ REY CANTOR, E. *Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes*. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html>. consultado el veinticinco (25) de noviembre de 2011. Pág. 8. En el mismo sentido ver NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales.” En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pág. 168. Para OVALLE FAVELA, la expresión control de convencionalidad define la función que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que verifica si los actos de los poderes internos de los Estados partes respetan los derechos, las libertades y las garantías previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; es decir, si tales actos son compatibles con la Convención. OVALLE FAVELA, J. Ob. Cit. Pág. 606.

jurídico de derecho interno de los estados miembros, situación que incluye las disposiciones y normas constitucionales. En el caso de la Última Tentación de Cristo contra Chile¹¹, la Corte IDH realizó Control de Convencionalidad a disposiciones constitucionales, y profirió órdenes al Estado chileno para modificar su texto constitucional con el fin de adecuarlo a la Convención Americana de Derechos Humanos, igual sucedió en la sentencia del caso Boyce y otros contra Barbados¹².

En la sentencia del seis (6) de agosto de 2008, en el caso Castañeda Gutman contra México¹³, la Corte IDH realizó juicio de convencionalidad a la interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, situación que para FERRER MAC-GREGOR implicó que “(...) la Corte Interamericana ha (desautorizado) declarado inconvencional el referido criterio de esa alta corporación que, en su momento, impidió mediante una interpretación constitucional que los particulares tuvieran mecanismos de defensa frente al legislador para la garantía de sus derechos fundamentales de participación democrática”¹⁴.

Estos son ejemplos de que el concepto clásico de soberanía estatal, en el que ZAGREBELSKY presenta al Estado como fortaleza cerrada, y protegida por el principio de la no injerencia¹⁵, se ve reformulado por la irrupción de nuevos centros de poder en el ámbito internacional, con impacto directo en la clásica concepción de “Supremacía Constitucional”. El control de convencionalidad, así planteado, implica la necesidad de despojarse de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, y superar el mito de la única supremacía exclusiva y excluyente de la Constitución para dar paso a un nuevo paradigma del constitucionalismo en los países del sistema interamericano¹⁶.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) contra Chile. Sentencia de cinco (5) de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. No. 73.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Boyce y otros vs. Barbados Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. No. 169.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de fecha seis (6) de agosto de 2008. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C. No. 184.

¹⁴ FERRER MAC-GREGOR, E. “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html>. consultado el veinticinco (25) de noviembre de 2011. Pág. 19.

¹⁵ ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*. Octava Edición. Editorial Trotta. 2008 pág. 10.

¹⁶ JINESTA L. E. *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf> consultado el 24 de mayo de 2013. Pág. 3.

Se han aceptado a priori las bondades del control de convencionalidad¹⁷, y sus fundamentos giran en torno a la finalidad del instrumento sustentada en preservar el efecto útil derivado del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y la aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena¹⁸, sin que exista un estudio que abarque las tensiones entre los diferentes ordenamientos jurídicos que interactúan entre sí, en sede interna e internacional, y los límites de las competencias de la Corte IDH en el ejercicio del control de convencionalidad de disposiciones y normas constitucionales.

Las concepciones piramidales y de jerarquía normativa no ofrecen suficientes argumentos que expliquen el moderno y evolutivo fenómeno de interacciones entre ciudadanos, Estados y Tribunales Internacionales, como sí podría darlos la teoría del pluralismo constitucional¹⁹.

En este sentido, se intentará verificar la hipótesis central de que el control de convencionalidad concentrado de disposiciones y normas constitucionales realizada por la Corte IDH necesita explicarse desde el modelo teórico del pluralismo constitucional, que ofrece mayor flexibilidad para comprender las complejas relaciones de los modernos Estados²⁰ que hacen parte del Sistema

¹⁷ REY CANTOR, Ob. Cit.

¹⁸ Ver QUINCHE RAMÍREZ, M. *Control de convencionalidad y el sistema colombiano* (En línea) disponible en la Dirección URL: http://academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013. JINESTA L. E. *Control de convencionalidad...* Ob. Cit. BAZÁN V. *La corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes Nacionales: Acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un dialogo interjurisdiccional sustentable.* (En línea) disponible en la Dirección URL: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/215.pdf>, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013. GARCÍA RAMÍREZ, S. *Control Judicial Interno de Convencionalidad.* (En línea) disponible la Dirección URL: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_judicial_1.pdf, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013.. CASTILLA JUÁREZ, K. Ob. Cit. entre otros.

¹⁹ Se habla de supra constitucionalidad ver RUIZ MIGUEL, C. “La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?”, en la obra colectiva *Liber Amicorum Fix-Zamudio*. Volumen II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.; JINESTA L, E. Ob. Cit. BAZÁN, V. Ob. Cit. Entre otros.

²⁰ Considero que esta etapa de modernización de los Estados es una manifestación de un sistema postwestfaliano en sentido lato o débil. Cuando se firma la paz de Westfalia en 1648 con la que se puso fin a la guerra de los 30 años, surge en el escenario internacional la noción de estado soberano. Para Beck ese derecho internacional se ideó y surgió para la salvaguarda de la paz, y la regulación de las relaciones entre estados, entendidos como sujetos colectivos más no entre individuos. Una regulación que gravitaba en torno a la economía, la guerra, el derecho y la justicia. (ver BECK, U. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona, Paidós. 2005. Pág. 169 y ss.). Las características de ese sistema Westfaliano se resumen en: 1. Los sujetos del sistema internacional son exclusivamente los estados y no hay lugar a los individuos u otras organizaciones; 2. La única fuente de derecho internacional es la autoridad soberana de los

Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Este modelo permitirá dar claridad sobre las competencias de la Corte en ejercicio del mencionado control. Comprensiones que no ofrecen la construcción jurisprudencial y doctrinal, que conciben epistemológicamente el objeto de la presente investigación como expresión de una pirámide normativa, monolítica y jerarquizada.

LAS TENSIONES ENTRE LA SUPREMACÍA DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA SUPREMACÍA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS PARTE

Que los Estados se obligaran internacionalmente a la protección de los derechos humanos en el pacto de San José, no significa que hayan facultado a un tribunal internacional para reorganizar su derecho interno, esta es una decisión de los Estados. No es suficiente la argumentación comodín basada en el artículo 27 de la Convención de Viena²¹, ya que se refiere a las relaciones entre Estados, y aquí estamos ante un fenómeno de integración internacional en torno a los derechos humanos, este solo hecho no aporta elementos sólidos que sustenten la supuesta supraconstitucionalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre la que se ha hecho descansar el Control de Convencionalidad²².

Los efectos de modificación, derogación, anulación o reforma de disposiciones constitucionales, y de la cosa juzgada constitucional, generan tensiones entre la supremacía del texto constitucional y la Convención. Algunos

Estados; y, 3. La Soberanía e igualdad de los estados es absoluta (ver ZOLO, D. *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Barcelona, Paidós. 2000. Pág. 205 y ss.) Después de la Declaración Universal de Derechos Humanos los Estados ya no son los únicos sujetos de derecho internacional, se han abierto paso las organizaciones la ONU, y los individuos como partes de ese novedoso entramado normativo, que se fundamenta en la existencia de un verdadero sistema jurídico supraestatal, eso marca el final de un viejo paradigma, el modelo de Westfalia (ver FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la Ley del más débil*. Madrid, Trotta, pág. 145 y ss.). Considero que el sistema interamericano en especial ha avanzado hacia un modelo poswestfaliano al centrar la soberanía no en los Estados sino en los Derechos humanos de los individuos como eje fundamental de las nuevas relaciones del derecho internacional de los derechos humanos. Aunque el debate no está cerrado, si se analiza el modelo postwestfaliano desde una concepción rígida o fuerte, se puede evidenciar que los Estados no han renunciado a su soberanía y en ellos reside aun la facultad de elegir quien decide en última instancia, por tal motivo el sistema continua siendo westfaliano. (ver entre otros BAYON, J. C. *¿Democracia más allá del estado?*. (En Línea) Disponible en la Dirección URL <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04702842022406840132268/033814.pdf?incr=1>, consultado el 3 de julio de 2013.) Sobre este debate ver entre otros POGGE, T. *World poverty and human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and reforms*. Cambridge, Polity press. 2002. MILLER, D. "Caney's International Distributive Justice: A Response", en *Political Studies*, vol. 50, No. 5, pp. 974-977.

²¹ Ver VILLIGER, M. E, *Comentary to the on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Martinus Nijhoff Publishers. ISBN 978-90-04-16804-6. Netherlands. 2009. Pág. 370 y ss.

²² CASTILLA, K. Ob. Cit. Pág. 12-13.

estados como Chile cumplen con las ordenes de la Corte IDH²³, sin embargo, en ocasiones los Estados han sido renuentes a su cumplimiento con fundamento en la Supremacía de los textos constitucionales y la falta de legitimación del tribunal internacional, como ha sido el caso de Boyce y otros contra Barbados²⁴.

Otra muestra de estas tensiones se encuentra en el caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, en el que la Corte IDH después de declarar la responsabilidad internacional del Estado, le ordenó reformar los decretos-leyes números 25.475 y 25.659 ambos de 1992, por considerar que eran contrarias a la Convención²⁵. El Estado peruano con Resolución de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de junio de 1999, resolvió que la sentencia de la Corte de 30 de mayo de 1999 proferida por la Corte Interamericana, “(...) carece de imparcialidad y vulnera la Constitución Política del Estado, siendo por ende de imposible ejecución”²⁶.

La forma en que la Corte IDH resolvió esta tensión no ofrece una solución de la que se derive una legitimidad fuerte. Sus argumentos gravitaron nuevamente en el deber de los estados de cumplir sus obligaciones

²³ Con la Resolución de veintiocho (28) de noviembre de 2003, la Corte IDH, verificó el cumplimiento de la Sentencia de cinco (5) de febrero de 2001, con la expedición por parte del Estado Chileno de los siguientes actos jurídicos: **i.** Aprobación por el Congreso Nacional del proyecto de Reforma Constitucional número 19.742 promulgada el ocho (8) de agosto de 2001, que consagró el Derecho a la libre creación artística y la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley, así como la derogatoria del Decreto 679 de primero (1) de octubre de 1974 Ley publicada en el Diario Oficial de Chile el veinticinco (25) de agosto de 2001; **ii.** Aprobación de la Ley No.19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) que fue publicada y entró en vigor el 4 de enero de 2003, y en el artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscritos por el mencionado Estado; **iii.** Expedición del Decreto Supremo de Educación No. 18 de seis (6) de enero de 2003, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile de once (11) de julio de 2003, por medio del cual se aprobó el Reglamento sobre Calificación de la Producción Cinematográfica; y **iv.** Recalificación de la película “La última tentación de Cristo” el nueve (9) de enero de 2003.

²⁴ No ha existido compromiso por parte del Estado de Barbados en el Cumplimiento de la Sentencia de la Corte IDH. En la Resolución de veintiuno (21) de noviembre de 2011, de supervisión de cumplimiento de Sentencia, se estableció por parte del Tribunal Regional que el Estado de Barbados no ha cumplido con la orden de suprimir el efecto del artículo 26 de la Constitución que constituye la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, razón por la cual requirió a Barbados para que proceda al cumplimiento de la sentencia.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú sentencia de treinta (30) de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas. Fund. 207, y punto resolutivo número 14.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú. Resolución de 17 de noviembre de 1999. (Cumplimiento de Sentencia). Fund. 2.

convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*)y, no pueden por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida, de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969²⁷.

El Estado venezolano también se ha mostrado renuente a aceptar la competencia de la Corte IDH para revisar la compatibilidad de su texto constitucional con la convención. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, edificó una extraña institución de control de constitucionalidad de las decisiones de la Corte IDH con sentencia número 1.939 de 18 de diciembre de 2008 (Caso Abogados Gustavo Álvarez Arias y otros), y declaró inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008 en el Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) contra Venezuela, en la que se había declarado que el Estado Venezolano desconoció las garantías judiciales, establecidas en la Convención Americana, de los jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que habían sido destituidos²⁸. Esta Sala jurisdiccional fue contundente al afirmar que la Corte IDH no podía pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de ese país, es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico según el artículo 7 constitucional²⁹.

²⁷ *Ibidem*, Consideraciones 4 y 5.

²⁸ BREWER-CARÍAS, A. R. “La interrelación entre los tribunales constitucionales en América Latina y la corte interamericana de derechos humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”. En la obra colectiva *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid. 2009. págs. 127-128. Ver también AYALA CORAO, C. “La Doctrina de la “Inejecución” de las sentencias internacionales en la Jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999 – 2009)”. Disponible en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacjonalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010. Págs. 85-157.

²⁹ *Ibidem*, Pág. 131. Para el mismo autor desde la sentencia número 1.942 de 15 de julio de 2003 en la que se estudió la impugnación de artículos del Código Penal, y Leyes de desacato, el Alto Tribunal ya había afirmado que en Venezuela, “... por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país. (...) las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en ese país lo contrario sería que Venezuela renunciara a su soberanía”, *Ibidem*, pág. 128-129.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS: UN MODELO MONOLÍTICO, JERARQUIZADO, Y CON SUPREMACÍA DE LA CONVENCION INTERAMERICANA

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos ha sido construido como un sistema basado en la supremacía y jerarquía normativa de la Convención Americana. Se ha demostrado el ejercicio de competencias de la Corte IDH, con base en la supuesta supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre los ordenamientos internos de los Estados Partes, inclusive sirve de referente de validez formal y material de las disposiciones y normas constitucionales, a través de la construcción pretoriana del Control de Convencionalidad.

Para REY CANTOR, “(...) el principio de supremacía de la Constitución comienza a erosionarse, a partir del momento en que el Estado parte en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos como la Convención Americana sobre derechos humanos, adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, la expedición de la constitución y el poder de reforma constitucional quedan sometidos a los tratados en vigor”³⁰.

Y es que no solo expresa supremacía sobre el derecho interno de los estados, de manera exagerada se afirma que el derecho internacional de los derechos humanos, del cual hace parte la Convención Americana de Derechos Humanos, ya no es un límite para el poder legislativo de los Estados, sino que es el sustituto de esta función legislativa, su función se ha reducido a reproducir el contenido de un instrumento internacional, y a concretar aspectos técnicos³¹. De esta forma y sin elaborar una argumentación que se aparte del principio piramidal relacionado con una concepción trasnochada del monismo Kelseniano³², en cuyo vértice se ha desplazado a la Constitución por los tratados internacionales, se justifica la actual supremacía de la Convención Americana de Derechos Humanos, y su principal instrumento, el control de convencionalidad³³.

Bajo este modelo de alta jerarquía, la convención se ha convertido en la “Constitución Latinoamericana” en materia de derechos humanos, con la Corte Interamericana como su guardián. La Corte Interamericana se ha ubicado de

³⁰ REY CANTOR, E. *Control de convencionalidad...* Ob. Cit. Pág. XLVIII.

³¹ *Ibidem*.

³² VON BOGDANDY, A. “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público.” Disponible en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010. Pág. 561.

³³ REY CANTOR, E. *Control de Convencionalidad...* Ob. Cit. Pág. XLVIII-XLVIX.

facto en la posición de una “Corte Constitucional Latinoamericana de Derechos Humanos”³⁴. Para BOGDANDY, el monismo como teoría que busca explicar la relación entre las normas de derecho internacional y las de los ordenamientos jurídicos internos, fue satisfactoria hace más de un siglo atrás, pero hoy en día no, sus argumentos son herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por ilógicos, y sus planteamientos no resisten al debate jurídico contemporáneo, y no contribuyen a la solución de problemas jurídicos concretos. Su utilidad se remonta a la necesidad de entender las disposiciones políticas más o menos abiertas para el derecho internacional, pero desde una perspectiva jurídica y académica es un zombi intelectual de otro tiempo que debe descansar en paz o deconstruirse, para abrir camino a una nueva concepción general de la relación entre las normas internacionales y las de derecho interno asentadas en otra base conceptual³⁵ como sería el pluralismo constitucional, ya que existen poderosas razones normativas y pragmáticas, para no adoptar una alternativa jerárquica que imponga una autoridad monista del Derecho Internacional, y sus instituciones jurisdiccionales sobre el Derecho Nacional³⁶.

EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La posición de los Estados constitucionales en América Latina ha variado a partir de la Internacionalización de los Derechos Humanos y su protección en el ámbito interno-estatal, e internacional. En esta materia los estados constitucionales se encuentran en una fase de mutua dependencia con el derecho internacional, las complejas tramas que se han tejido entre estos dos ordenamientos exige que en el escenario jurídico la aparición del Estado Constitucional Cooperativo que se identifica por estar sometido a los controles del poder derivados del constitucionalismo, y que se ocupa activamente de los otros estados, participa en las instituciones nacionales y supranacionales, se preocupa de los ciudadanos de otros países, ya que no le son extraños. La forma

³⁴ BINDER, C. “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías.” Disponible en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010. Pág. 161.

³⁵ VON BOGDANDY, A. Ob. Cit. Págs. 563 – 564.

³⁶ POIARES MADURO, M. “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”, en. *Revista de Estudios Políticos (Nuevo Época)* Núm. 119. Enero-Marzo 2003. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=496687>, consultado el 27 de junio de 2013. Pág. 35.

de su cooperación no es solo política, sino también jurídica, con lo que se establece una forma de Derecho Internacional Cooperativo³⁷.

La realidad de la protección de los derechos humanos en América Latina no es ajena a la tendencia del constitucionalismo global, que de manera sintética se caracteriza por: i) Asentamientos del sistema jurídico político internacional no sólo en el clásico paradigma de las relaciones horizontales entre estados (Paradigma hobbesiano/westfaliano), sino en el nuevo paradigma centrado en las relaciones entre Estado/pueblo; ii) Emergencia de un *ius cogen* internacional materialmente informado por valores, principios y reglas universales progresivamente plasmados en declaraciones y documentos internacionales; iii) Tendencial elevación de la dignidad humana a presupuesto ineliminable de todos los constitucionalismos³⁸. El sistema interamericano de protección de derechos humanos es la expresión no solo de un compromiso internacional asumido por los Estados parte, sino que se erige como la manifestación de una voluntad de cooperación de los Estados en mejorar la garantía de los Derechos Humanos en la región.

La institución jurídica del control de convencionalidad debe analizarse a contraluz de nuevas teorías que sean capaces de armonizar ese complejo entramado de la cooperación internacional, a través de conceptos más flexibles, basados en la especificidad de las competencias, y la importancia no de la supremacía de un determinado ordenamiento, sino del permanente diálogo entre tribunales en los distintos niveles. La protección de los derechos humanos no puede ser una competición por el *territorio disputado*³⁹ del último centro de decisión, debe ser un compromiso con la cooperación, la definición de competencias, y el permanente diálogo entre los diferentes actores. Este estudio puede hacerse desde el pluralismo constitucional.

PRECISIÓN CONCEPTUAL DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Pensar en pluralismo constitucional exige que el concepto mismo de constitución se traslade más allá del Estado. La formulación inicial de este modelo se debe en gran parte a MACCORMICK⁴⁰, y debe entenderse como aquel conjunto de ordenamientos jurídicos que interactúan, cada uno con su propia constitución, en el sentido de cuerpo de normas de rango superior que

³⁷ HÄBERLE, P. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Editorial Tecnos. España. 2013. Pág. 256-259.

³⁸ GOMES CANOTILHO, J. J. *Teoría de la Constitución*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 2004. Pág. 45.

³⁹ BUSTOS GISBERT, R. *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. IVAP OÑATI. Bilbao. 2005. Pág. 188.

⁴⁰ MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford University Press. 1999. Pág. 104.

establecen y condicionan el ejercicio del poder político⁴¹, sin que estén jerárquicamente ordenados. Es claro que el pluralismo parte del presupuesto de que no existe una relación jerárquica entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial⁴², cada ordenamiento es reconocido como válido, sin que ninguno reconozca al otro como fuente de su validez⁴³.

La principal objeción a este nuevo modelo normativo se fundamenta en el principio de seguridad jurídica bajo la concepción kelseniana⁴⁴. La clásica noción kelseniana considera que en todo sistema jurídico existe una norma que es el fundamento de la validez de todas las normas que integran ese sistema, sin que esta derive de ninguna otra norma superior (Grundnorm)⁴⁵. Las normas se ordenan jerárquicamente y con base en este modelo se establecen las reglas de resolución de los conflictos entre normas, que a veces tiene a la supremacía jerárquica como principal herramienta. Hay una autoridad última con el poder de decisión sobre estos conflictos. Este sistema garantiza la seguridad jurídica⁴⁶.

La principal característica del pluralismo constitucional es la ausencia de una fuente última de validez de la cual se deriven todas las normas jurídicas obligatorias. En el modelo pluralista coexisten diversos sistemas normativos y en cada uno de ellos habrá una norma que reclame supremacía, sin que exista una relación de jerarquía entre ellas⁴⁷. Este planteamiento evoca la idea de que cualquier ordenamiento jurídico debe respetar la identidad de los demás; para Poiares "(...) su identidad no debe ser afirmada de manera que amenace la identidad de otros ordenamientos jurídicos o la concepción pluralista del propio sistema jurídico internacional"⁴⁸.

Este modelo no puede precipitar el simplismo, se está frente a un concepto de constitucionalidad complejo, ya que se trata de una constitucionalidad que viene a sumarse a otra ya existente⁴⁹. Las nuevas y

⁴¹ BUSTOS GISBERT, R. *La Constitución Red.* Ob. Cit. Pág. 178

⁴² TORRES PÉREZ, A. "En defensa del Pluralismo Constitucional". en la obra colectiva *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch Homenajes y Congresos. Valencia. 2011. Pág. 165 y ss.

⁴³ BUSTOS GISBERT, R. Ob. Cit. Pág. 178.

⁴⁴ TORRES PÉREZ, A. Ob. Cit. Pág. 166.

⁴⁵ KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995, Pág. 129-131. Citado por TORRES PÉREZ, A. Ob. Cit. Pág. 166.

⁴⁶ TORRES PÉREZ, A. Ob. Cit. Pág. 166-167.

⁴⁷ TORRES PÉREZ, A. Ob. Cit. Pág. 167.

⁴⁸ POIARES MADURO, M. Ob. Cit. Pág. 40.

⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, P. *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Trotta. Madrid. Pág. 137.

complejas relaciones de los Estados que gravitan en torno a los derechos humanos, no pueden explicarse a partir de la anticuada pirámide normativa de jerarquía, el constitucionalismo global o regional, no ha subsumido el constitucionalismo nacional, no se ha formado un monolítico sistema jurídico con única fuente de validez normativa.

El ordenamiento interno no ha sido neutralizado, aún se mantienen premisas como: i) Soberanía de cada Estado, expresada en el plano externo en relación con un sistema de relaciones horizontales interestatales y, en el plano interno, expresada con la afirmación de un poder o supremacía dentro de determinado territorio, y traducido concretamente en el ejercicio de competencias soberanas a través de las funciones legislativas, jurisdiccionales y administrativas; ii) La Constitución política es el centro jurídico y político, y evoca la idea de soberanía e independencia de cada Estado frente a los demás Estados; iii) La aplicación del derecho internacional está condicionada en los términos definidos por la constitución política, y en ocasiones se rechaza la aplicación de normas de derecho internacional sin que hayan sido sometidas a su “conversión” o adaptación por las leyes de cada Estado⁵⁰.

Actualmente se encuentran tendencias que buscan legitimar la interacción del derecho internacional con ordenamientos internos, desde el derecho constitucional nacional, lo que facilita cierta flexibilización al rígido esquema ya clásico de distinción de esferas “interior y exterior”, en pro de una apertura del Derecho Internacional, en una clara configuración de una cooperación amistosa internacional⁵¹.

La construcción de escenarios jurídicos supraestatales como el Derecho de la Unión Europea se ha realizado a partir de procesos de constitucionalización del derecho internacional, que generalmente sugiere una perspectiva descendente, es decir de arriba hacia abajo, pero lo cierto es que la legitimidad del constitucionalismo europeo se ha desarrollado en estrecha cooperación con los tribunales y las comunidades jurídicas nacionales⁵². Esto ha provocado progresivamente un impacto ascendente, de abajo hacia arriba en la naturaleza del ordenamiento jurídico europeo⁵³, lo que fortalece la legitimidad de los ordenamientos supraestatales⁵⁴.

⁵⁰ GOMES CANOTLIHO, J.J. Ob. Cit. Pág. 47.

⁵¹ HÄBERLE, P. Ob. Cit. Pág. 283.

⁵² Debe recordarse en este punto las llamadas Mutaciones Constitucionales, en HESSE, K, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 79 y ss. Así como las aportaciones de la teoría del cambio constitucional de ACKERMAN, B. en *We the People, Transformations*, Vol 2, Cambridge, 1998, entre otros. Ver análisis en extenso en BUSTOS GISBERT, R. en Ob. Cit. Pág. 91-120.

⁵³ Es el caso de los artículos 10.2, y 96 de la Constitución Española. Ver con carácter general SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos*

El modelo de pluralismo constitucional⁵⁵, como se advirtió anteriormente, tiene como principal característica su flexibilidad⁵⁶, lo que le proporciona la posibilidad de establecer relaciones con base en la cooperación y complementariedad, el derecho constitucional no empieza donde acaba el internacional, sino que sucede todo lo contrario, el derecho internacional no termina allí donde empieza el derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de derecho son tan intensas que solo pueden producir su complementariedad⁵⁷.

EL PUNTO DE INFLEXIÓN HACIA UNA PRIMERA LECTURA TEÓRICA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Esta investigación no pretende la elaboración de una teoría general acabada de un modelo de pluralismo constitucional para el sistema interamericano de protección de derechos humanos, por el contrario pretende ser el punto de inflexión para futuros debates en torno a su elaboración.

Aunque se trate de una teoría construida en torno a los procesos de integración europea, no solo económica, política, sino también en materia de protección de derechos humanos, puede tener aplicación a la realidad de América Latina para superar las tensiones que aquí se han expuesto.

Es claro el déficit de legitimidad en materia de competencias de la Corte IDH, para el estudio de estas cuestiones, máxime si se ha establecido la supraconstitucionalidad de la convención con base en argumentos comodín,

Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁵⁴ POIARES MADURO, M. Ob. Cit. Pág. 36.

⁵⁵ No hace parte de esta investigación profundizar sobre los diferentes modelos de pluralismo constitucional, ya que lo que se intenta es una primera mirada en general desde el pluralismo, sin embargo, a modo de claridad, se pueden identificar los siguientes: **i)** El Constitucionalismo Multinivel de PERNICE, I. en “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, en *European Law Review*, Vol 27 num.5, 2002, Pág. 511 y ss.; **ii)** El metaconstitucionalismo de WALKER, N. en “The Idea of Constitutional Pluralism”. En *European University Institute Working Paper Law No. 2002/01*, Florence. 2002.. También ver CRUZ VILLALÓN, P. Ob. Cit. Pág. 139 y SS.; **iii)** La constitución Red en BUSTOS GISBERT, R. Ob. Cit. Pág. 189 y ss.; **iv)** Transconstitucionalismo en NEVES, M. Ob. Cit. entre otros.

⁵⁶ Ver de forma general KRISCH, N. *The Case for Pluralism in Postnational Law*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2009 London School of Economics and Political Science Law Department. (En línea) Disponible en la Dirección URL: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-12_Krisch.pdf, consultado el 27 de junio de 2013.

⁵⁷ HÄBERLE, P. Ob. Cit. Pág. 263. Para BUSTOS GISBERT, y con cita de varios autores, las relaciones entre el derecho constitucional nacional, y el internacional se caracterizan no por su jerarquía, sino por su interconexión, coordinación, convergencia, el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas, por la interacción, por la cooperación y el mutuo aprendizaje, entre otras. BUSTOS GISBERT, R. Ob. Cit. Pág. 181.

propios de las relaciones horizontales entre estados propias de la paz de Westfalia, y que gravitan en construcciones descendentes, de arriba hacia abajo, que no consideran las relaciones entre ciudadanos, estados y organismos nacionales e internacionales, y viceversa.

En la actualidad se gesta un proceso de constitucionalización del derecho internacional, pero no en el sentido del monismo, sino como proceso legitimador de un nuevo modelo de pluralismo constitucional en América Latina, a través de cláusulas constitucionales de apertura al derecho internacional, una construcción de abajo hacia arriba, situación que se evidencia en los cambios constitucionales emprendidos entre otros por México⁵⁸, República Dominicana⁵⁹ Colombia⁶⁰, Bolivia⁶¹, Ecuador⁶², y Venezuela⁶³.

⁵⁸ Artículo 1 de la Constitución Mexicana: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

⁵⁹ Artículo 74 de la Constitución de República Dominicana establece: “Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado..”

⁶⁰ El artículo 93 de la Actual Constitución Política de Colombia establece que: “os 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.”

⁶¹ El Artículo 256 de la actual Constitución de la República de Bolivia de 2009, establece: “I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

⁶² El artículo 424 de la actual Constitución del Ecuador establece: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

⁶³ El artículo 23 de la actual Constitución de Venezuela establece: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la

LA NECESIDAD DE UN MODELO DE PLURALISMO CONSTITUCIONAL INTERAMERICANO CON BASE EN LA DEFINICIÓN DE COMPETENCIAS

La jerarquía normativa sobre la que se funda el sistema interamericano de protección de derechos es obsoleta, se necesitan interacciones basadas en la cooperación, la complementariedad, y el diálogo, con un principio básico orientador, la definición de competencias entre los actores implicados en el modelo de pluralismo constitucional.

Para BUSTOS GISBERT, la forma en que funciona un escenario de pluralismo constitucional, no es la anárquica aplicación del derecho, por el contrario, está determinada por una clara distribución de competencias, en la que se defina la esfera de actuación de cada ordenamiento jurídico interactuante. Deberá contar además con un tipo de instancias competentes encargadas de resolver dentro de su propio esquema jerárquico, las dudas de interpretación o de aplicación del derecho, independientemente del sistema judicial nacional o internacional utilizado⁶⁴.

El control de convencionalidad utilizado por la Corte IDH, será dentro del modelo de pluralismo constitucional la expresión del ejercicio de las competencias claramente determinadas no solo en los textos constitucionales de los Estados parte, sino además deberá estar contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos, de tal forma que no exista conflicto permanente entre ordenamientos jurídicos⁶⁵. Cada uno tiene su propio ámbito competencial con los órganos encargados de resolver en última instancia⁶⁶.

República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

⁶⁴ BUSTOS GISBERT, R. “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. en *Revista Española de Derecho Constitucional*. ISSN: 0211-5743, núm. 95, mayo-agosto. 2012, pág. 23.

⁶⁵ Una manera de dar claridad a la definición de competencias es la implementación del principio de primacía de la Convención América de Derechos Humanos, mas no de Supremacía como viene siendo aplicada. Este principio fue desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 15 de julio de 1964 de Costa contra ENEL, que se basa en la aplicación preferente de ordenamientos jurídicos y no en normas últimas de validez. Al respecto ver MANGAS MARTÍN, A, Ob. Cit. Págs. 409 y ss. Ver también SAIZ ARNAIZ, A. “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.”, y FERRERES COMELLA, V. “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”. ambos en la obra colectiva *Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*. Centro de estudios políticos y constitucionales Madrid, 2005. Págs. 51-75, y 77-100, respectivamente.

⁶⁶ BUSTOS GISBERT, R. “XV Propositiones...”. Ob. Cit. Págs. 23-24. Este autor advierte sin embargo dos posibles conflictos el primero relacionado con los puntos de intersección o territorio

La Corte IDH podrá definir el alcance de sus competencias, pero la mayor carga argumentativa deberá ser la carta de navegación de este tribunal, sobre todo al establecer los límites del control de convencionalidad de textos constitucionales. Son inaceptables aquellos argumentos redundantes y vacuos, que le sirven para establecer la responsabilidad internacional de los Estados parte de la convención, y también para justificar el alcance de sus competencias al momento de revisar la convencionalidad de textos constitucionales.

Hasta aquí se ha estudiado el modelo teórico del pluralismo constitucional, que intenta explicar las interacciones entre diferentes ordenamientos jurídicos, si se quiere, constituciones, sin ninguna pretensión de jerarquía normativa, ni de ser referente de validez entre ellas. Que no obstante ser una construcción que intenta explicar la complejidad de la Unión Europea, no excluye su uso para explicar otros sistemas jurídicos internacionales obligados a interactuar con sistemas jurídicos nacionales como el interamericano de protección de derechos humanos.

El pluralismo constitucional en América Latina ha empezado a construirse de abajo hacia arriba con las aperturas constitucionales de algunos Estados al derecho internacional, con cláusulas de recepción en el derecho interno, lo que permitirá superar la falta de legitimidad del ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH. Aún queda un largo camino por recorrer, y muchas discusiones jurídicas y académicas en el devenir. Lo importante es comprender la necesidad de que América Latina se incluya en el mundo interconectado, y reconstruya sus instituciones para no sucumbir en el intento.

Estas breves aportaciones permitirán un punto de inflexión en torno a la implementación del modelo pluralista en el sistema interamericano, con especial énfasis en la clara definición de competencias entre los ordenamientos jurídicos y los órganos jurisdiccionales que interactúan entre sí, en especial los límites de los órganos supra estatales en materia de estudio de textos constitucionales, como elemento principal para evitar conflictos *ultra vires*.

A MODO DE REFLEXIONES FINALES

1. La finalidad del Control de Convencionalidad es asegurar el efecto útil de la Convención Americana de Derechos Humanos, y se fundamenta en la necesidad de que los Estados cumplan de buena fe sus obligaciones internacionales, sin que puedan invocar normas de derecho interno para eludir su cumplimiento. Este argumento esta contenido en el principio del Pacta Sunt Servanda, y en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969.

disputado (*ultra vires*); y el segundo, que tiene que ver con una concepción rara *vires*, y se refiere a los sistemas especiales de reparta de competencias como es el sistema autonómico español.

2. Se demostró la elusión argumentativa de la Corte IDH en relación con el alcance, contenido y límites de su competencia para realizar el control de convencionalidad sobre disposiciones y normas constitucionales. No ofreció argumentos sólidos que permitan superar las tensiones entre la supremacía de la constitución y la presunta supremacía normativa de la Convención. Su pobre esfuerzo argumentativo queda reducido a reiterar la doctrina del efecto útil y el cumplimiento de los tratados de buena fe, con base en el artículo 27 de la Convención de Viena, propio de las relaciones horizontales entre Estados.
3. Se identificó la construcción doctrinal del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos con base en una arquitectura jerárquica kelseniana fundada en la presunta supremacía normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que ubica a la Corte IDH, como una supuesta Corte Constitucional de América Latina, y la equivocada naturaleza de control de constitucionalidad con la que se concibe al control de convencionalidad, dentro de este Sistema Internacional de Protección.
4. El pluralismo constitucional busca explicar las interacciones entre diferentes ordenamientos jurídicos en distintos niveles, no desde conceptos de jerarquías normativas, sino desde concepciones más flexibles de interdependencia, cooperación, y complementariedad, que permiten comprender las modernas y complejas relaciones entre ciudadanos, estados, y organismos internacionales.
5. El sistema del pluralismo constitucional no se fundamenta en una aplicación anárquica del derecho, su funcionamiento se basa en una clara distribución de competencias, en las que se definan los ámbitos de aplicación de cada uno de los ordenamientos jurídicos interactuantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. en *We the people, Transformations*, Vol 2, Cambridge, 1998.
- AYALA CORAO, C. "La Doctrina de la "Inejecución" de las sentencias internacionales en la Jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999 – 2009)". Disponible en la obra colectiva *La justicia constitucional y su internaciolización ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010.
- BAYON, J. C. *¿Democracia más allá del estado?*. (En Línea) Disponible en la Dirección URL, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04702842022406840132268/033814.pdf?incr=1>, Consultado el tres (3) de julio de 2013.
- BAZÁN V. *La corte Interamericana de Derechos Humanos y las Cortes Nacionales: Acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un dialogo interjurisdiccional sustentable*. (En línea) disponible en la Dirección URL:

<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013.

- BAZÁN V. “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas en Justicia constitucional y derechos fundamentales el control de convencionalidad”. En Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad. Konrad Adenauer Stintuf. 2011. Colombia.
- BECK, U. La mirada cosmopolita o la guerra es la paz. Barcelona, Paidós. 2005.
- BINDER, C.. “¿Hacia una Corte Constitucional en América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías.” Disponible en la obra colectiva La justicia constitucional y su internacjonalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010.
- BREWER-CARÍAS, A. R. “La interrelación entre los tribunales constitucionales en América Latina y la corte interamericana de derechos humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela”. En la obra colectiva Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. ISSN 1138-4824, núm. 13, Madrid 2009.
- BUSTOS GISBERT, R. La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. IVAP OÑATI. Bilbao. 2005.
- BUSTOS GISBERT, R. “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”. En Revista Española de Derecho Constitucional. ISSN: 0211-5743, núm. 95, mayo-agosto. 2012.
- CAPPELLETTI, M. Acceso a la Justicia (Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica (Traduc. J.C. HITTERS). Jurispr. Argent. 1951.
- CAPPELLETTI, M. “Justicia Supraconstitucional Supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”. Trad. De Luís Dorantes Tamayo, en La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado), México, UNAM 1987.
- CARRILLO SALCEDO, A. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Madrid, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo. Tecnos. España. 2004.
- CASTILLA JUÁREZ, K. A. “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: La garantía de tratados.” en Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol. XIII. México D.F. 2013. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art2.pdf> consultado el 24 de mayo de 2013.
- CONTESSÉ, J. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (En línea)

(IN) CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA: UNA PRIMERA MIRADA
DESDE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

disponible en la Dirección URL: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf, consultado el veintisiete (27) de mayo de 2013.

CRUZ VILLALÓN, P. La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa. Trotta. Madrid.

FERRER MAC-GREGOR, E. “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html> consultado el veinticinco (25) de noviembre de 2011.

FERRER MAC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano (En línea) disponible en la Dirección URL: http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013.

FERRAJOLI, L. Derechos y garantías. la Ley del más débil. Madrid, Trotta, 1999

FERRERES COMELLA, V. “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”. en la obra colectiva Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre). Centro de estudios políticos y constitucionales Madrid, 2005.

FIX-ZAMUDIO, H. “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”. Ponencia a las IXas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, 1985.

FIX-ZAMUDIO, H. Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/18.pdf>, consultado el treinta (30) de junio de 2012.

GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad” en Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, año V. No. 28, julio-diciembre de 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, S. Control Judicial Interno de Convencionalidad. (En línea) disponible la Dirección URL: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_judicial_1.pdf, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013.

GOMES CANOTILHO, J. J. Teoría de la Constitución. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson. Madrid. 2004.

GOZAINÍ, O. A.. “Los efectos de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno”. Artículo contenido en Liber Amicorum, Héctor

- Fix-Zamudio, -Volumen II. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
- HÄBERLE, P. Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta. Editorial Tecnos. España. 2013.
- HESSE, K, Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992,
- KELSEN, H. Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- JINESTA L. E. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://www.ernestojinesta.com/14%20%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf> consultado el 24 de mayo de 2013.
- KRISCH, N. The Case for Pluralism in Postnational Law. LSE Law, Society and Economy Working Papers 12/2009 London School of Economics and Political Science Law Department. (En línea) Disponible en la Dirección URL: http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-12_Krisch.pdf, consultado el 27 de junio de 2013.
- LONDOÑO LÁZARO, M. C, El principio de Legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/view/17728>, consultado el 25 de abril de 2013.
- MACCORMICK, N. Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth. Oxford University Press. 1999.
- MANGAS MARTIN, A. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Séptima Edición. Tecnos. España. 2012.
- MILLER, D. “Caney’s International Distributive Justice: A Response”, en Political Studies, vol. 50, No. 5.
- NEVES, M. “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana” Contenido en la obra colectiva La justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”. en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012.
- OVALLE FAVELA, J. “La influencia de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos.” en

(IN) CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA: UNA PRIMERA MIRADA
DESDE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

- Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Núm. 134. 2012 (En línea) Disponible en la Dirección URL: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/134/art/art5.pdf Consultado el 24 de mayo de 2013.
- PÉREZ TORRES, A. "En Defensa del Pluralismo Constitucional". Artículo contenido en Derecho constitucional europeo: Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011
- PERNICE, I. en "Multilevel Constitutionalism in the European Union", en European Law Review, Vol 27 num.5, 2002
- POGGE, T. World poverty and human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and reforms. Cambridge, Polity press. 2002.
- POIARES MADURO, M. "Las formas del poder constitucional de la Unión Europea", en. Revista de Estudios Políticos (Nuevo Época) Núm. 119. Enero-Marzo 2003. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=496687>, consultado el 27 de junio de 2013.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. Control de convencionalidad y el sistema colombiano (En línea) disponible en la Dirección URL: http://academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano, consultado el veintiocho (28) de mayo de 2013.
- RAMÍREZ SAYÁN, D. "Justicia interamericana y tribunales nacionales" en la obra colectiva Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer Stintuf. 2008. Montevideo
- REY CANTOR, E. Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Editorial Porrúa. México 2008.
- REY CANTOR, E. Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes. (En línea) Disponible en la Dirección URL: <http://congreso.pucp.edu.pe/derechoconstitucional2009/ponencias.html> consultado el veinticinco (25) de noviembre de 2011.
- RUIZ MIGUEL, C. "La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos: ¿Crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?", en la obra colectiva Liber Amicorum Fix-Zamudio Ob. Cit. Volumen II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
- SAGÜES, N. P. "Problemas de absorción de causas por el órgano supremo de control de constitucionalidad" en Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio , Corte Interamericana de Derechos Humanos, -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
- SAIZ ARNAIZ, A. El convenio europeo de derechos humanos y la garantía internacional de los derechos. En revista del Foro Constitucional Iberoamericano. Número 7 julio – septiembre de 2004. (en línea). Disponible en

Dirección URL: [http:// www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf](http://www.idpc.es/archivo/1212663375alejandrosaiz.pdf)
consultado el 24 de mayo de 2013.

- SAIZ ARNAIZ, A. La apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SAIZ ARNAIZ, A. “De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” en la obra colectiva Constitución Española y Constitución Europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre). Centro de estudios políticos y constitucionales Madrid, 2005.
- SALGADO PESANTES, H. “Justicia Constitucional Transnacional”. Disponible en la obra colectiva La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010.
- TOMUSCHAT C. “¿Necesitamos nuevos conceptos de democracia y soberanía en las instituciones de la integración regional?. Contenido en la obra colectiva Las implicaciones constitucionales de los procesos de integración en América Latina: Un análisis desde la Unión Europea. IVAP. OÑATI, Bilbao, 2011.
- VÉSCOVI, E. “La jurisdicción nacional e internacional en Latinoamérica”. Artículo contenido en Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Volumen II San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
- VILLIGER, M. E, Comentary to the on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties, Martinus Nijhoff Publishers. ISBN 978-90-04-16804-6. Netherlands. 2009.
- VON BOGDANDY, A. “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público.” Disponible en la obra colectiva La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D.F. 2010.
- WALKER, N. en “The Idea of Constitutional Pluralism”. En European University Institute Working Paper Law No. 2002/01, Florence. 2002.
- WEILER, J.H.H. “Does Europe Need a Constitution?. Reflections on Demos, Telos, and Ethos in the German Masstricht Decision”. En The Question of Europe. Londres-Nueva York. 1997.
- ZAGREBELSKY, G. El Derecho Dúctil. Octava Edición. Editorial Trotta. 2008.
- ZOLO, D. Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial. Barcelona, Paidós. 2000.

LOS PROBLEMAS DE LA MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA EN BRASIL Y MÉXICO

Bruna Cavalcanti

Candidata a Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global, Máster en Ciencia Política y Administración Pública, Universidad de Salamanca, España. Posgrado en Periodismo Político, Pontificia Universidad Católica de *São Paulo*. Especialista en Fuerzas Armadas.

RESUMEN: Este artículo plantea, como principal objetivo, analizar los procesos de militarización de la Seguridad Pública en Brasil y México. Se revisa en la primera parte la literatura correspondiente a las relaciones civiles-militares, cuestiones de seguridad, políticas de defensa, de control civil y de la subordinación de las Fuerzas Armadas. A lo largo de la investigación, se analizan los casos brasileño y mexicano, tomando como punto principal el hecho de cómo ambos países han recurrido, con una frecuencia cada vez mayor, al uso de las Fuerzas Armadas en políticas de seguridad interna, ya sea en el combate al narcotráfico, en represión a movilizaciones sociales y también la movilización de los militares en proyectos sociales y de la seguridad social como, por ejemplo, la construcción de puentes y caminos. Al final, lo más importante que se plantea no son los resultados en torno a la militarización de la seguridad interna, sino, un debate público y actual sobre las consecuencias de la dedicación de las Fuerzas Armadas a la Seguridad Pública. La postura defendida es que esta militarización de la seguridad tiene una implicación negativa en las relaciones civiles-militares, sobre todo en lo tocante al control civil sobre las Fuerzas Armadas.

PALABRAS CLAVE: Fuerzas armadas, control civil, relaciones civiles militares, seguridad pública

ABSTRACT: The aim of the present essay tends to analyze the processes of militarization of Public Security in Brazil and Mexico. First, we reviewed relevant literature of civil-military relations, security issues, defense policy, civil control and the subordination of the Armed Forces. Through the investigation, we analyzed the case of Brazil and Mexico, starting out as a main fact that both countries have used, with increasing frequency, the Armed Forces in policies of internal security, either in the war against drug traffic; in repression of social movements; mobilization of the military in social projects and social security as, for example, the construction of bridges and roads. At the end, we point out that the key of the issue is the public debate and the actual consequences of the meddle of the Armed Forces in public safety. We posed that the militarization of security has a negative involvement in civil-military relations, especially with regard to civilian control over the Armed Forces.

KEYWORDS: Armed Forces, civil control, civil-military relations, public security.

INTRODUCCIÓN: LAS ACTUALES REFLEXIONES SOBRE EL TEMA DE LAS FUERZAS ARMADAS

El tema de las relaciones civiles-militares, es uno de los temas más clásicos de la Ciencia Política, el cual ha atraído la atención de diversos teóricos y cientistas políticos, principalmente en los estudios acerca de las dictaduras implantadas en América Latina y en Europa, así como en los procesos de democratización.

Los principales trabajos desarrollados sobre Fuerzas Armadas, transiciones y la relación de los militares con el gobierno civil tuvieron su origen a partir de los años 50. Durante la década de los 60's y 70's, los estudios se enfocaban en las Fuerzas Armadas y las relaciones militares, debido principalmente a los regímenes autoritarios de aquel momento, en países cuyos gobiernos eran dictatoriales, y en conceptos en torno al militarismo. A lo largo de los años 80, con la caída de varios regímenes autoritarios en diversos países de América Latina y Europa, y con el inicio del intento del control civil sobre los militares, los estudios politológicos empezaron a centrarse en cuestiones relacionadas a las transiciones políticas y su rumbo hacia la democracia. Ya, en los años 90's, los estudios pasaron a centralizar otras cuestiones, tales como la consolidación democrática y la política de defensa externa.

Importantes politólogos como Alfred Stepan, Juan José Linz, Guillermo O'Donnell, Samuel Huntington y Adam Przeworski, pusieron un especial interés para ahondar en este marco histórico-político, así como para profundizar importantes cuestiones que definían los problemas, retos y desafíos de la transición de la dictadura hacia la democracia. El principal registro giró en torno a los procesos de democratización y sus variaciones, así como las desigualdades en los diversos países donde ocurrieron estos importantes cambios. Otro punto bastante significativo de la literatura se refiere a las instituciones de control civil sobre los militares y de qué manera las Fuerzas Armadas son conducidas por los nuevos gobiernos democráticos.

Sin embargo, el tema del militarismo, siendo observado desde el punto de vista de la subordinación¹ o no de los militares hacia los civiles, encuentra un abordaje bastante interesante; en relación con esto es sugestivo observar, por ejemplo, que aún cuando los militares están fuera de la política, ya que no están más en el centro del poder político, siguen conservando grandes intereses políticos en cuanto a su posición institucional. Aunque, si bien es cierto que las causas de las intervenciones militares no son siempre militares y si son siempre políticas, estas causas se reflejan en las estructuras políticas e institucionales de la sociedad. Por tal razón, las verdaderas causas de la intervención de los

¹En este sentido me refiero principalmente al establecimiento por completo del control civil sobre los militares y no al intento de un nuevo golpe por medio de los militares.

militares en la política sólo pueden comprenderse si se estudian las relaciones entre la organización militar y las organizaciones civiles (Huntington, 1968).

Dentro de esta cuestión de la politización (o no) de las Fuerzas Armadas y desde el punto de vista de la Ciencia Política más actual, el tema de las Fuerzas Armadas sigue siendo explorado sobre todo al respecto del control democrático del Estado, del propio control civil (o la falta de este), de la posición y articulación de los militares bajo las autoridades civiles y de manera más significativa en el estudio de la intervención, cada vez más recurrente, de las Fuerzas Armadas en la Seguridad Pública.

Al respecto de esto, especialistas como Sonia Alda, Marcos Pablo Moloeznik, Laurie Freeman y Jorge Luis Serra, entre otros, tienen una visión bastante crítica de este uso. Para ellos, el uso de los militares en el papel y en la función de policía, es bastante negativo debido a que expone la ausencia de un control civil democrático fuerte y capaz de resolver los problemas de la delincuencia organizada y del narcotráfico sin tener que someter los militares a esta función. Otro grave problema de esta militarización de la seguridad interna es que la misma acaba apuntando para la debilidad del Estado y de la falta de un fuerte liderazgo civil frente a estos graves problemas. Este problema hace pensar en la siguiente cuestión: *¿Cuáles son las consecuencias del uso, cada vez mayor, de las Fuerzas Armadas en los temas de Seguridad Pública e Interna?*

CONTROL CIVIL, PRERROGATIVAS MILITARES Y CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Dentro del complejo tema de las relaciones civiles-militares, es indispensable para este artículo, hablar del concepto de *control civil* y otras terminologías que harán entender un poco mejor el actual papel de las Fuerzas Armadas en el tema de la seguridad pública. Entiéndase por control civil la capacidad de un gobierno civil y democrático de llevar a cabo sus políticas, especialmente las de defensa, sin la intromisión de los propios militares. Tales consideraciones fueron planteadas a mayor profundidad por Huntington (1988), que defiende la idea de que no únicamente las relaciones civiles-militares estarían centradas en el alto nivel de profesionalización de los militares (lo que distinguió en su momento como 'control civil objetivo'), sino también del control civil ejercido por medio de una subordinación del ejército a los gobiernos civiles. Para el propio Huntington (1988:25), "(...) *el problema del Estado moderno no es la revuelta armada y sí la relación del especialista con el político (...)*". Otros autores definen este control como una 'supremacía civil' y afirman que dicho concepto implicaría mucho más que una minimización de la intervención de las Fuerzas Armadas en la política, ya que ésta supremacía implicaría en la primacía de los gobiernos civiles electos en todas las áreas de la política (Diamond & Plattner 1996).

Las *prerrogativas militares* es otro concepto esencial cuando se habla de relaciones civiles-militares. En un análisis realizado por Alfred Stepan, el politólogo entiende como prerrogativas militares a: “(...) *los espacios en que los militares, como institución, presumen que adquirirán un derecho o privilegio, formal o informal, de ejercer un control efectivo (...)*” (Stepan 1998:116). En este sentido, tal definición de prerrogativas concede a los militares el derecho de desempeñar un papel, dentro del Estado, en áreas que no son militares, e incluso hasta llegar a actuar en las relaciones entre el Estado y la sociedad política o civil. Si se relaciona la definición del concepto de Stepan con el uso cada vez mayor de los militares en la seguridad pública y en el derecho que a ellos ha sido otorgado por el propio Estado de intervenir en estos temas, se podría cuestionar también lo siguiente: *¿hasta qué punto se está transformando el tema de la seguridad pública en una importante prerrogativa a ser explorada por los militares en un futuro bastante próximo?*

De tal manera, observar el nivel de las prerrogativas militares, que son heredadas del legado autoritario en los países que atravesaron el régimen militar, es una de las mejores maneras de medir la calidad de las nuevas democracias y el futuro éxito de esta consolidación democrática. Pero, *¿qué es esta consolidación?* La doctrina especializada se refiere al término consolidación como “(...) *un proceso de reforzamiento, afirmación, robustecimiento del sistema democrático, encaminado a aumentar su estabilidad, su capacidad de persistencia y a contrarrestar y prevenir posibles crisis (...)*” (Morlino 1989:42). Por su parte, para Juan Linz la democracia debe ser considerada como: “(...) *el único casino en el pueblo (the only game in town)(...)*” refiriéndose a una expresión del Viejo Oeste, que hace entender que la consolidación se da cuando ninguno de los actores políticos u otras fuerzas o instituciones consideren otra alternativa que no sean los procesos o medios democráticos. Dicho de otra manera, la consolidación democrática, significaría que no haya minorías políticas o grupos institucionalizados que estén dispuestos a desafiar o cuestionar los procesos democráticos por medios no democráticos (Linz 1990:29).

LOS CONCEPTOS DE DEFENSA Y SEGURIDAD PÚBLICA

Saint-Pierre (2012) estudia el tema de las Fuerzas Armadas a través de la óptica de los conceptos de la naturaleza de la Seguridad Pública y de Defensa, que son otros mecanismos importantes para entender las implicaciones del involucramiento militar en la lucha contra la violencia y el crimen organizado, o incluso puntos bastante sensibles como la actuación en funciones que no son originalmente suyas.

De acuerdo con el mismo politólogo, la seguridad pública, seguridad interna o ciudadana (los términos para Saint-Pierre son los mismos) estaría relacionada a la esfera de la protección interna y de la “preocupación permanente” del soberano (Estado Moderno) con la protección del súbdito

(ciudadano). El uso de esta fuerza sería para el mantenimiento y conservación de este mismo orden interno contra cualquier tipo de amenaza contra la población. Ya el uso de la fuerza para defensa, estaría relacionado a una hostilidad que no fuera interna pero que fuera peligrosa y hostil hasta llegar al punto de convertirse en una amenaza “contra el orden de la unidad política” (Saint-Pierre 2012:36).

La importancia sobre el entendimiento y las discusiones acerca de los conceptos de seguridad y defensa también pueden ser encontradas en Mei y Mathias (2012). Ambos politólogos retoman todas estas cuestiones por medio, no apenas de las ideas de Saint-Pierre, sino también del análisis de Medeiros Filho (2010). Común a todo esto, y por tanto la importancia en saber separar los conceptos de seguridad y defensa, se encuentra el hecho de que incluso sin el involucramiento en grandes guerras o amenazas externas, la mayoría de los países latinoamericanos como México y Brasil, enfrentan graves problemas internos de seguridad, lo que transforma a América Latina en una de las más grandes regiones con mayor violencia social en el planeta.

Sin embargo, esta complicación hace que en la región apenas se incorpore la representación de los conceptos de seguridad y defensa como parte de un mismo fenómeno, como también, muchas veces, se mezclen los dos conceptos en uno solo, es decir: mezclen los dos conceptos como parte de un mismo problema (Mei y Mathias 2012:82). En torno a la diferencia de la naturaleza entre Defensa y Seguridad Pública, es interesante el debate, del punto de vista jurídico, sobre el uso de las Fuerzas Armadas y su empleo como papel de policía. Corresponde a cada país, por medio de sus leyes y de su Constitución, designar la función de sus militares y de qué manera deben actuar. Desde el punto de vista constitucional, analizando específicamente los casos brasileño y mexicano, el uso de los militares para actuación e intervención contra el crimen organizado u otras funciones, como en la construcción de puentes y caminos, por ejemplo, no sería algo ilegal o inconstitucional y sí algo que estaría dentro de la Carta Magna de cada país².

En el caso de Brasil, Ferreira Filho (2002) explica que a pesar de que las Fuerzas Armadas están destinadas en primer plano a la Defensa Externa, esta no sería su única finalidad ya que de manera secundaria los militares podrían intervenir en el orden interno. Pero secundariamente “(...) ya que esta tarea cabe en primer lugar a la policía. Todavía, como ocurre en una Guerra Civil, si los mecanismos de las policías no fueren suficientes para restablecer el orden,

² En Brasil, la garantía constitucional de las Fuerzas Armadas como guardianes de la Ley y la Orden del país y su papel de actuación, está presente en el artículo 142 de la Constitución de 1988,, que es la Carta Magna vigente hasta hoy. Ya la designación sobre las Fuerzas Armadas y el papel de los militares en México, puede ser encontrado en el artículo 89, fracción VI, y en el artículo 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

cabría a las Fuerzas Armadas asegurarla (...)” (Ferreira Filho, 2002:236). La idea sobre la constitucionalidad del papel del ejército y de los militares como función de policía y en la seguridad pública también encuentra gran eco en las ideas de Carbonell (2002), cuando el mismo se refiere al rol de los militares mexicanos en la Constitución. De acuerdo con el constitucionalista, la Carta Magna mexicana prevé que tanto el Ejército, como la Fuerza Aérea y la Armada participen, desde que se les solicita, en las “diversas” tareas de seguridad pública. Pero ello, de ningún modo pueden hacerlo “por sí y ante sí”, sino que es imprescindible que lo realicen a solicitud expresa, fundada y motivada (Carbonell 2002: 48).

Frente a estos análisis, se pueden hacer dos críticas pertinentes respecto de las constituciones mexicana y brasileña, en lo que se refiere a las Fuerzas Armadas y su papel. En México, aunque se esclarezca sin margen de dudas la garantía constitucional de los militares frente a los problemas de seguridad interna (y en este punto es algo positivo ya que es mucho más claro que el papel establecido a los militares en la constitución brasileña), la Carta Magna sigue siendo sumamente ambivalente en la cuestión correspondiente a las tareas de seguridad pública, ya que no especifica claramente qué y cuáles tareas serían estas.

Por otro lado, en la constitución brasileña, el problema es un poco más profundo y también político, en lo que se pronuncia respecto a las palabras *ley* y *orden* expresadas en la Carta Magna de Brasil. Precisamente, una de las mayores críticas a esta disposición constitucional, es que sí al hablar de mantener la Ley, se refiere a una ley constitucional o una ordinaria. Lo mismo acontece con la interpretación referente a la palabra orden, es decir, no se sabe si cuando se habla de orden, es un orden de tipo político, social o moral³.

Además, y mucho más importante, es que, a pesar de ser el Presidente de la República el Jefe Superior de las Fuerzas Armadas, el precepto constitucional brasileño no deja claro si éste mismo es quien definirá cuándo y en qué condiciones esta ley y el propio orden fueron violados (Zaverucha, 2000:38). Dentro de este mismo artículo, otro punto bastante cuestionable es que, a través de éste, la propia Constitución entrega a las Fuerzas Armadas, institución que por tanto tiempo mantuvo el poder político por medio de una dictadura, una de las tareas más importantes del Estado, que es la de mantener la ley, el orden y la supremacía del país (Zaffaroni 1995:37).

³ Es importante resaltar que, justamente por esta dualidad, aunado al mundial de fútbol en el cual Brasil será sede en Junio y Julio de este año, en diciembre de 2013, fue realizada una publicación normativa por el Ministerio de Defensa sobre la garantía de la Ley y el Orden y los fundamentos en los cuales las Fuerzas Armadas pueden intervenir. Disponible en la web: http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/listadepublicacoesEMD/md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf (Con acceso el 25 de Enero de 2014).

Es importante aclarar que en ningún momento se está discutiendo la constitucionalidad o no de la intervención de las Fuerzas Armadas mexicanas o brasileñas en los temas de seguridad públicas, y si se busca analizar, desde el punto de vista jurídico, el debate sobre todas estas cuestiones y lo que expresa la Constitución sobre determinado papel. Ya, desde el punto de vista político, la intervención de las Fuerzas Armadas, en los asuntos de seguridad pública, aunque sea claramente constitucional es bastante cuestionable. Uno de los argumentos más fuertes sería que esta función de “policía” no es de la naturaleza de las Fuerzas Armadas y que las mismas, muchas veces, no reciben el tratamiento necesario para este tipo de trabajo u operaciones. Todo este problema tiene implicaciones bastante negativas, sobre todo en el tocante al control y liderazgo civil, a los problemas de corrupción y en la “quiebra” en las relaciones civiles-militares, como veremos más adelante en los tópicos destinados a explicar y entender estos casos en Brasil y México.

EL CASO BRASILEÑO: LA FALTA DE CONTROL CIVIL Y LA DEBILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE SEGURIDAD

Aclarado la definición de todos estos conceptos y del papel que cabe a las Fuerzas Armadas en la Constitución, es importante entender cada caso de manera específica, para darse cuenta de cuál es el actual papel de las Fuerzas Armadas y por qué estas cada vez más han sido utilizadas bajo el papel de policía. En el caso brasileño, es importante entender el propio concepto histórico de las Fuerzas Armadas. Brasil vivió bajo un Estado autoritario basado en la fuerza y en el grado de coerción durante el período dictatorial, que empezó el 31 de marzo de 1964 hasta 15 de marzo de 1985. No obstante, la idea de la necesidad de un Estado fuerte, estuvo presente en la propia formación del Ejército brasileño, siempre preocupado por cuestiones trascendentales, tales como la soberanía, desarrollo económico y seguridad nacional. A pesar de tener una historia con un largo pasado autoritario, Brasil también tuvo un largo proceso de transición del autoritarismo hacia la democracia. Esta transición, *que fue pactada*, buscó disminuir el poder de los militares, e intentar que este poder fuese nuevamente controlado por los civiles.

Hoy, aunque Brasil siga con problemas relacionados sobre todo a la capacidad de control civil, como se verá más adelante, el país al menos ha intentado avanzar en el tema de la profesionalización⁴, no apenas de su ejército,

⁴ La búsqueda por una profesionalización cada vez mayor es una realidad de la mayoría de los Estados Democráticos actuales. Prueba de esto es el hecho que desde 2012, el gobierno de la presidenta Dilma Rousseff tiene un proyecto para aprobar en el Congreso la creación de 225 cargos para civiles. Esto sería parte de la transición del Ministerio de Defensa para un control civil cada vez mayor. Actualmente, de los casi mil servidores en el ministerio, 70% todavía son militares. Fuente: EBOLI, E. (7 de abril de 2012), *Centros de controle das Forças Armadas serão*

sino también en la profesionalización de los civiles, en lo que se refiere al conocimiento respecto de los asuntos de seguridad y defensa.

Sin embargo, aunque la profesionalización sea uno de los principales problemas en Brasil⁵, ya que impide un mayor control civil sobre los militares, una de las mayores dificultades enfrentadas hoy en día por el ejército en Brasil, es su involucramiento y uso, cada vez mayor, en los problemas de seguridad pública o de interior, sea en los asuntos de seguridad pública, principalmente en las favelas de Rio de Janeiro, para el combate al narcotráfico y el crimen organizado⁶, para represión de las diversas movilizaciones sociales que están ocurriendo en Brasil desde junio de 2013⁷.

transferidos, Brasil Yahoo Noticias, Disponible en la web: <http://br.noticias.yahoo.com/centros-control-das-for%C3%A7as-armadas-ser%C3%A3o-transferidos-15848200.html> (Con acceso el 21 de Noviembre de 2013). Es importante mencionar aún que la profesionalización y la responsabilidad compartida de la Defesa Nacional son una importante característica de los Estados Democráticos, donde los gobiernos civiles establecen los objetivos de defensa y proporcionan los recursos necesarios para su concretización; por otro lado, los líderes militares orientan a las Fuerzas Armadas para que tales objetivos sean alcanzados (Bland, 1996: 7-26). Este concepto de “responsabilidad compartida” revela que la autoridad política sería la responsable por dirigir los aspectos de la defensa nacional aunque la ejecución de operaciones sería una función militar. Cuando ambos (gobierno civil y militares) aceptan compartir este tipo de responsabilidad acaban por desenvolver una postura de consenso y parcería, donde los militares están subordinados al gobierno civil y saben cuál es su papel (Baltazar, 2000).

⁵ De acuerdo con datos del SIPRI entre 2001 y 2010 Brasil tuvo un aumento de 30% en gastos militares. La inversión económica creciente se da principalmente en programas de modernización de las Fuerzas Armadas, cambiando la situación de Brasil y transformando el país en una potencia militar. En 2012, la participación de los gastos militares en el Producto Interno Bruto (PIB) de Brasil fue de 1,5%, superior a países como Alemania. Comparado con otros países de América Latina, Brasil es el país en toda la región que presenta la mayor inversión en gastos militares (US\$ 33,1 billones). La mitad de los gastos militares de América Latina son de Brasil. Comparados con el restante del mundo, Brasil ocupa la 11° posición en gastos militares del mundo. Fuente: Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), Disponible en: <http://www.sipriyearbook.org/>. (Con acceso el 18 de diciembre de 2013).

⁶ El fracaso del Estado frente a los problemas de seguridad es tan grave y llama tanto la atención que en diciembre de 2013, un estudio de la Universidad Estadual de Río de Janeiro (UERJ), realizado entre 2005 y 2010, reveló que casi todas las favelas (un total de 82%, es decir 824 de un total de 1001) de Río de Janeiro (ciudad que no apenas será sede del mundial de fútbol de 2014 en Brasil, como también de las Olimpiadas en 2016) son “gubernadas” y dominadas por el crimen organizado. Disponible en: <http://tiempo.infonews.com/2013/12/05/mundo-114343-narcos-y-milicias-gobiernan-casi-todas-las-favelas-de-rio-de-janeiro.php> (Con acceso el 18 de diciembre de 2013).

⁷ Una de las intervenciones más criticadas, principalmente por especialistas en seguridad pública y en relaciones civiles-militares, ocurrió en octubre de este año con la tentativa del gobierno en contener los protestos sociales realizados por la población contra la subasta de un importante campo de petróleo brasileño. Disponible en: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/economia/2013/10/18/internas_economia,468824/polemicas-e-protestos-geram-apreensao-sobre-leilao-de-libra.shtml (Con acceso el 18 de diciembre de 2013).

Para Alda (2012), la militarización de las Fuerzas Armadas y su nuevo papel, cada vez más relevante en la seguridad pública, ha sido un factor determinante no solamente en Brasil y México, sino también en muchos países de América Latina. El motivo muchas veces estaría basado en la falta de control del Estado, que delante de las presiones de la sociedad civil, por una solución frente a los graves problemas de seguridad, y de la “incapacidad” de la propia policía y del “colapso del sistema judicial y penitenciario”, hace que los gobiernos opten cada vez más por este tipo de intervención.

Con este empleo cada vez mayor⁸, una de las principales preocupaciones se da justamente por los problemas que ésta ayuda militar genera, ya que, originalmente, los militares no tienen preparación y tampoco formación para este tipo de actuación, y acaban por desempeñar funciones para las cuales no están entrenadas. “(...) *Ante la participación de las Fuerzas Armadas (FAS) en la lucha contra el narcotráfico o la inseguridad ciudadana cabe preguntarse si no sería precisa una reconfiguración de las mismas (...)*” (Alda, 2012:199).

Sin embargo, aunque la principal pregunta planteada siempre ha sido si las Fuerzas Armadas están preparadas (o no) para esta militarización y para este nuevo papel de policía, es importante aún observar el problema institucional que este nuevo papel genera y la propia impotencia estatal, ya sea en políticas de seguridad pública o en la propia capacidad para hacer cumplir la ley, como mecanismo de combate a la inseguridad y violencia criminal. La propia Alda expresa: “(...) *Se han empleado estos nuevos conceptos de seguridad para legitimar la asignación de estas misiones a las FAS. El agravante es que además de que los ejércitos desempeñen tareas propias del ámbito civil, el poder civil tampoco regula, planifica, reglamenta, controla y establece limite a la actuación militar (...)*” (Alda, 2012: 213).

⁸ El ejército tiene sido cada vez más solicitado en tares internas, sea en asuntos relacionados a la seguridad pública (<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/11/ministerio-da-defesa-libera-envio-de-800-militares-ao-rj.html> y <http://en.mercopress.com/2013/03/04/brazilian-special-forces-take-control-of-rio-favelas-close-to-the-airport-and-seaport>, con acceso en 22 de noviembre de 2013), sea en asuntos de intervención a represión o movimientos sociales (<http://www.defesanet.com.br/seguranca/noticia/12689/Exercito-vai-as-ruas-para-dar-seguranca-ao-leilao-de-Libra/>, con acceso en 22 de noviembre de 2013) y hasta mismo en asuntos de seguridad ciudadana (<http://www.portalct.com.br/estado/2013/08/21/56259-siqueira-campos-solicita-batalhao-de-engenharia-e-construcao-do-exercito-no-tocantins>, con acceso en 22 de noviembre de 2013).

EL CASO MEXICANO: LA MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD PÚBLICA ¿AVANCE O RETROCESO?

Así como las Fuerzas Armadas de Brasil y de algunos otros países de América Latina, como Chile y Uruguay⁹, conservan rasgos de autoritarismo oriundos de los períodos de “*chumbo*”¹⁰ de los gobiernos dictatoriales a partir de los años 50, las Fuerzas Armadas mexicanas también tienen su propia historia, aunque de una manera distinta al caso brasileño y otros países latinoamericanos.

Por eso mismo, algunos especialistas en relaciones civiles-militares de México, como Marcos Pablo Moloeznik, proponen el estudio actual de las relaciones civiles-militares y de las Fuerzas Armadas mexicanas con una mirada hasta el pasado del país ya que las Fuerzas Armadas mexicanas, tanto su ideología como su composición marcan una gran diferencia con el propio carácter elitista de otros cuerpos armados de América Latina. Para Moloeznik, el origen de las Fuerzas Armadas en México es una de las causas para definir la manera atípica y el carácter especial que tienen sus militares: “(...) *Su tradicional subordinación al poder político ha impedido los desvíos extra constitucionales, los golpes de Estado y el establecimiento de gobiernos de facto* (...)” (Moloeznik 2008:158).

Sin embargo, este carácter especial de los militares mexicanos tiene un aspecto negativo, sobretodo relacionado a la “autonomía”, al “propio sistema de defensa” y su falta de coordinación y al propio control civil establecido sobre los militares. En este aspecto es importante decir que aunque las Fuerzas Armadas mexicanas estén subordinadas bajo el sistema político del país, el control civil en México sufre una importante prerrogativa, ya que es uno de los pocos países que tiene su máximo órgano de defensa dirigido bajo un militar y no un civil como ocurre en la mayor parte de las democracias actuales.

Otros politólogos como Rouquié (1984) y Sotomayor (2006), tienen una visión más crítica de los militares mexicanos. Rouquié (1984) habla sobre la falta de modernización, de profesionalización y de debilidad institucional de las Fuerzas Armadas mexicanas. Para Rouquié hay pocos ejércitos tan modestos como el mexicano, principalmente en el aspecto de la preeminencia del partido oficialista sobre el ejército. Por su parte Sotomayor hace un análisis retrospectivo para la transición mexicana como un período importante para entender la serie de importantes cambios institucionales que fueron establecidos en esta etapa, principalmente en lo tocante al Congreso en la

⁹ Me refiero principalmente a lo referente a las prerrogativas militares que fueron conquistadas por ambos países durante la transición hacia la democracia y que están presentes, mismo que en mayor o menor grado.

¹⁰ Este concepto se refiere a los años violentos de las dictaduras.

política del país. Pero aunque él reconozca la importancia de este momento, las Fuerzas Armadas mexicanas no acompañaron este proceso y hasta cierto punto también fueron enflaquecidas en la transición del 2000, justamente como una manera para evitar el involucramiento de los militares en la política: “(...) *Today, the Mexican military is probably less modern and effective and far more politicized and nationalist than it was 10 years ago (...)*” (Sotomayor 2006:30).

LA ACTUACIÓN EN LA SEGURIDAD DE INTERIOR Y LOS CASOS DE CORRUPCIÓN

Lo que convierte a México un caso especial al estudiarse las relaciones civiles-milares también tiene que ver con la naturaleza de las misiones de las Fuerzas Armadas. Aunque Brasil también tenga problemas en relación a militarización de su cuadro de oficiales, como ya vimos anteriormente, México, por la lucha contra el narcotráfico, pasa a militarizar su seguridad pública de manera más intensa a partir de los años 90, sobretodo en el gobierno del presidente Ernesto Zedillo (1994-2000). Es importante también observar que esta decisión del gobierno mexicano tuvo el importante apoyo y hasta mismo incentivo financiero de los Estados Unidos, por medio de políticas de control y de políticas antidrogas. Sin embargo, este involucramiento cada vez mayor de las Fuerzas Armadas en la guerra contra el narcotráfico también tiene sus consecuencias e influencias bastante negativas.

Carbonell (2002) es uno de los críticos al respecto de la actuación de las Fuerzas Armadas en México en tareas de seguridad pública. Para él, esta función tiene como consecuencia la corrupción y “(...) *la colonización de los militares sobre los cargos civiles en materia de procuración de justicia y seguridad pública (...)*” (Carbonell 2002: 39). La misma opinión también es compartida por Freeman y Sierra (2005), sobre todo en lo que refiere al grado de corrupción que afecta la institución. Para éstos, aunque las Fuerzas Armadas mexicanas tengan bastante casos de corrupción que afecta la institución, los militares siguen obteniendo, al menos por gran parte de la población, un alto nivel de confianza institucional. Lo anterior se debe especialmente a dos aspectos: uno es por la actuación de los militares en actividades que no tienen relación con las cuestiones relacionadas a seguridad (como por ejemplo las cuestiones sociales que adquieren gran aprobación social), y dos; la propia forma de cómo los militares, como institución, son preservados. “(...) *Gran parte del respeto de la gente por los militares se debe a su eficiente intervención en casos de desastres (...)* *Los militares también tienen reputación de ser más disciplinados y menos corruptos que la policía, percepción que podría deberse al hecho de que fueron apartados de la vista de la gente (...)*” (Freeman & Sierra 2005: 333).

Respecto a la corrupción, también presente en las Fuerzas Armadas mexicanas, aunque apartada de la vista de la población, principalmente como cuando se compara a otras instituciones como la policía, Moloeznik (2008) es

aun más crítico. Para él, la buena aceptación social del ejército se debe en gran parte por el simple desconocimiento sobre los militares mexicanos, su función y el “real” papel desempeñado: “(...) *La SEDENA es una especie de ‘caja negra’ que sistemáticamente niega información – con el argumento del secreto y la seguridad nacional (...)*” (Moloeznik,2008:167). Otra crítica aun más concisa del propio autor se da respecto a la múltiple función de los militares mexicanos y de su actuación cada vez mayor en el papel de policía y de combate al narcotráfico y al crimen organizado, lo que para él no solamente genera un desgaste institucional, sino también un riesgo mayor a la propia corrupción, debido principalmente, a este control militar sobre el narcotráfico¹¹.

CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA MILITARIZACIÓN EN BRASIL Y EN MÉXICO

Lo más importante que este artículo plantea es entender las consecuencias de esta militarización y de qué forma la misma tiene reflejo en las relaciones civiles-militares, en la politización de las Fuerzas Armadas (mediante la interferencia cada vez mayor en los asuntos de seguridad) y en la cuestión tan importante del control civil.

En este sentido trabajamos con las hipótesis de diversos autores. Unos plantean el hecho de que la actuación de las Fuerzas Armadas en tareas para las cuales no fueron designadas acaban por enflaquecer otras instituciones importantes y también ponen a prueba la falta de capacidad civil, de liderazgo y de actuación de los gobernantes frente a los actuales problemas, sean de seguridad pública, de represión a movimientos sociales o hasta de seguridad ciudadana: “(...) *Con el desarrollo se dificulta la construcción de instituciones civiles competentes. De esta forma, si las Fuerzas Armadas desempeñan tareas sanitarias, educativas o de ingeniería civil se debilita y vacía de contenido las competencias propias del Ministerio de Sanidad, de Educación o de Obras Públicas, alimentando de esta forma la debilidad institucional existente (...)*” (Alda, 2012:227).

Otro grave problema, de acuerdo con autores como Rojas Aravena (2008), es en lo tocante a la propia autonomía institucional del ejército en detrimento al fortalecimiento de otras instituciones civiles importantes, como por ejemplo la policía: “(...) *La confusión de roles debilita aún más las capacidades del Estado, erosiona su legitimidad y desprofesionaliza la débil institucionalidad construida*

¹¹ Uno de los casos de corrupción más hablados fue la del ex general de división José de Jesús Gutiérrez Rebollo, por vínculo con organizaciones relacionadas al narcotráfico. Otro caso bastante conocido son de “Los Zetas”, organización criminal formada a partir de un grupo de militares que desertaron del Grupo Aeromóvil de Fuerzas Especiales (GAFE), del Grupo Anfibio de Fuerzas Especiales (Ganfe) y de la Brigada de Fusileros Paracaidistas (BFP) del Ejército Mexicano.

en los últimos años, especialmente en el área de defensa (...) (Rojas Aravena 2008: 49).

Así, para otros autores como Pion-Berlín (2008), esta actuación cada vez mayor de los militares en las áreas de seguridad pública no compone problemas en las relaciones civiles-militares en lo correspondiente al control civil y a la politización de las Fuerzas Armadas. Aunque para él esta “dependencia de los militares” genera una preocupación, el control civil no ha sido perjudicado porque los militares hoy en América Latina no tienen más aspiración política y la “culpa” por la militarización de la seguridad cabría más a los civiles que a ellos propios; “(...) los militares no han transformado las misiones internas en poder político; tampoco han traducido su creciente rol en la seguridad interna y el desarrollo en un derecho permanente a formular o vetar decisiones políticas, o a designar o desplazar a líderes políticos (...)” (Pion-Berlín 2008:56).

Esta opinión es, en parte, compartida por Manaut (2004), sobre todo en lo referente a la no actuación política de los militares. Pero su principal preocupación en esta militarización se debe justamente a las prerrogativas que pueden ser alcanzadas por las Fuerzas Armadas a cambio de este “apoyo” cada vez mayor frente a debilidad del Estado en el tema de seguridad interna; “(...) Esta actitud de subordinación y lealtad otorga a las Fuerzas Armadas grandes beneficios (particularmente) el poder de “influir” en que la posibilidad de que se dé una reforma en el aparato del Estado en la política de seguridad nacional o defensa no les afecte como instituciones (...)” (Manaut 2004).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALTAZAR, María da Saudade (2000) *O “Estado” das Relações Civil-Militares em Democracia*, Congresso Português de Sociologia, IV, Coimbra, Portugal.
- BLAND, DOUGLAS (1999) *A Unified Theory of Civil-Military Relations*, en Revista *Armed Forces & Society*, Vol. 26, N° 1, págs. 7-26.
- CARBONELL, Miguel (2002) “El Rol de las Fuerzas Armadas en la Constitución Mexicana”, en *Ius et Praxis* (Vol. 8, N° 1, 2002, Universidad de Talca, Chile), pp. 35-51.
- COSTA DE OLIVEIRA, Wladimir (2007) “O Poder de Polícia e as Forças Armadas na Atuação de Segurança Pública”, Universidade Federal do Pará, Marabá, Brasil.
- DAMMERT, Lucía y BAILEY, John (2007) “¿Militarización de la seguridad pública en América Latina?”, en *Foreign Affairs* (Vol. 7 N°2, abril- junio).
- DIAMOND, L. y PILATTNER, M. (1996) *“The Global Resurgence of Democracy”*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1996.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FREEMAN, Laurie y SIERRA, Jorge Luis (2005) "México: la trampa de la militarización", en YOUNGERS, Coletta A. y ROSIN, Eileen "Drogas y Democracia en América Latina - El impacto de la política de Estados Unidos", Wola: Editorial Biblos 2005, Cáp8, págs. 325-371.
- HUNTINGTON, Samuel.P. (1968). "Political order in changing societies". New Haven: Yale University Press.
- HUNTINGTON, Samuel. P. 1985. "La mentalidad militar", en Bañón, R. y Olmeda, J. A. La institución militar en el Estado contemporáneo. Madrid: Alianza Ed.
- HUNTINGTON, Samuel (1995), *El Soldado y el Estado*. Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, Argentina.
- HUNTINGTON, Samuel P.: The U.S.: Decline or Renewal?, Foreign Affairs, Vol. 67, No. 2 (Winter, 1988).
- LINZ, Juan (1990), "Transiciones a la democracia", en Revista Española de Investigaciones Sociológicas, No. 51, Jul.-Sept., 1990, págs. 7-34.
- MANAUT, Raúl Benítez (2004), "México: doctrina, historia y relaciones cívico-militares a inicios del siglo XXI, en OLMEDA, José Antonio (coord.), "Democracias frágiles: las relaciones civiles-militares en el mundo iberoamericano, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2004.
- MEI, Eduardo y KALIL MATHIAS, Suzeley, "Brasil: la Política de la Defensa Nacional bajo el filtro de la Seguridad", en MEJÍAS, Sonia Alda y GÓMEZ RICAURTE, Verónica (Eds.) "El Concepto y las Relaciones Multilaterales de Seguridad y Defensa en El Contexto de La Unasur", Colección Investigación, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Ministerio de Defensa Nacional de Ecuador 2012, Conceptos de Seguridad: Estado de la Cuestión, págs. 81 a 99.
- MEJÍAS, Sonia Alda (2012), "La participación militar en el combate contra la Violencia Criminal", en "Los Desafíos de la Seguridad en Iberoamérica", Grupo de Trabajo número 03, Centro Superior de Estudios de La Defensa Nacional y Instituto Español de Estudios Estratégico, págs. 198 a 232.
- MOLOEZNİK, Marcos Pablo (2008), "Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito", en la revista Nueva Sociedad (Nº 213, 2008), pp. 156-169.
- MORLINO, Leonardo (1989), "*Consolidación democrática. Definición, modelo, hipótesis*", en Revista Uruguaya de Ciencia Política, Nº. 3, págs. 37-85.
- PION-BERLIN, David, "Militares y Democracia en el Nuevo Siglo. Cuatro descubrimientos inesperados y una conclusión sorpréndete". Nueva Sociedad, Nº 213, enero-febrero 2008, págs. 50 a 63.

- ROJAS ARAVENA, Francisco (2008), "El Riesgo de la Superposición entre políticas de defensa y Seguridad", Nueva Sociedad, N° 213, enero-febrero 2008, págs. 36 a 49.
- SAINT-PIERRE, Héctor Luis (2012), "El Concepto de la Seguridad Multidimensional: Una Aproximación Crítica", en MEJÍAS, Sonia Alda y GÓMEZ RICAURTE, Verónica (Eds.) "El Concepto y las Relaciones Multilaterales de Seguridad y Defensa en El Contexto de La Unasur", Colección Investigación, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado - UNED, Ministerio de Defensa Nacional de Ecuador 2012, Conceptos de Seguridad: Estado de la Cuestión, págs. 19 a 38.
- SERRA, Narcís. (2003). "El Estado: papel de las fuerzas armadas y de seguridad. Notas sobre su control democrático", en Diamint, R. (coord.), Conference on Democratization and Consolidation. Disponible en: www.constitutionnet.org. [Consulta: 1 de abril de 2013].
- SERRA, Narcís. (2008). La transición militar. Reflexiones en torno a la reforma democrática de las fuerzas armadas. Barcelona: Ed. Debate.
- SOTOMAYOR, A. (2006), "Mexico's Armed Forces," Hemisphere (Vol. 16, Spring 2006), pp. 31-33.
- STEPAN, Alfred (1986), "Caminos hacia la Redemocratización: Consideraciones Teóricas y Análisis Comparativos, en 'DONNELL, Guillermo, SCHMITTER, Philippe & WHITEHEAD, Laurence (Comps.) *Transiciones desde un gobierno autoritario 3*, Ed. Paidós, The Woodrow Wilson International Center of Scholars, Washington, US, Cap. III, págs. 105 a 135.
- STEPAN, Alfred (1998), *Repesando a los militares en Política. Cono Sur: un análisis comparado*, Ed. Planeta: Buenos Aires, Argentina.
- ZAFFARONI, Eugênio (1995), Poder Judiciário. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.
- ZAVERUCHA, Jorge (2005), FHC, Forças Armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia. Editora Record, Rio de Janeiro, Brasil.
- ZAVERUCHA, Jorge (2000), *Frágil democracia: Collor, Itamar, FHC e os militares: (1990-1998)*, Editora Civilização Brasileira, Brasil.
- ZAVERUCHA, Jorge (1994), Rumor de Sabres: Tutela Militar ou Controle Civil, Editora Ática, São Paulo, Brasil.

LA TRANSICIÓN DEL FENÓMENO CRIMINAL EN LA SOCIEDAD EN RIESGO

Patricia Cebada Rocha

Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Universidad de Salamanca. Maestría en Derecho, UNAM, México.

“El cambio en las características de la delincuencia, del derecho penal clásico al derecho penal de la globalización, ha llevado también a un cambio en la respuesta institucional para confrontarla. En ese orden de ideas, más que en la restricción de la libertad individual, el énfasis se ha puesto en la persecución de los beneficios patrimoniales obtenidos a través de la actividad delictiva. Ello ha llevado a recuperar y redimensionar la figura del comiso (...)”¹.

RESUMEN: En este artículo se explican a grandes rasgos las características a través de las cuales la delincuencia ha dejado de ser una delincuencia individual o marginal para convertirse en una delincuencia organizada, colocando en riesgo a la sociedad, dado que estas organizaciones se aprovechan y benefician de los avances que ofrece una sociedad moderna. Esto ha obligado a los administradores de justicia, a dar un cambio en la respuesta institucional, por medio de la expansión del derecho penal clásico al derecho penal de la globalización. Así, el Estado al cambiar de paradigma, concentra su fuerza e interés, ya no sólo en la privación de libertad del delincuente, ni en la resocialización de éste, sino más bien, en la persecución y el decomiso de los beneficios adquiridos a través de la actividad criminal. Pero ¿Por qué el Estado ha puesto la mira en la persecución de los bienes producto del delito? Tal vez, una respuesta lógica se encuentre en los cuantiosos beneficios que se obtienen a través de la actividad delictiva, transformando los bienes productos del delito en beneficios propios o legales. Aunado a lo anterior, los legisladores buscaron allegarse de instrumentos de éxito punitivo en otras latitudes, tal es el caso de la extinción de dominio, figura jurídica de corte civil que no ha logrado dar los resultados esperados en México. Sin embargo, el decomiso sigue vigente a pesar de la implementación de figuras afines, adquiriendo relevancia en su aplicación, ya que se sigue utilizando como instrumento eficaz para combatir el patrimonio económico de la delincuencia organizada.

PALABRAS CLAVE: Sociedad del Riesgo, transición de la delincuencia, derecho penal clásico, derecho penal de la globalización, Poder punitivo del Estado.

ABSTRACT: This article broadly explains the features through which crime is no longer a marginal individual crime or to become an organized crime, putting society

¹ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Instrumentación cautelar del comiso”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, julio-diciembre, vol. 8, número 002, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2006, p. 151.

at risk, as these organizations exploit and benefit from the advances offered by modern society. This has forced the administrators of justice, for a change in the institutional response, through expansion classical criminal law criminal law of globalization. Thus the state to change the paradigm, concentrates its strength and interest, not only in the imprisonment of the offender, or the resocialization of it, but rather, in the prosecution and forfeiture of the profits acquired through criminal activity. But why the state has set its sights on the persecution of the proceeds of crime? Perhaps one logical answer is in the substantial benefits obtained through criminal activity by transforming to the proceeds of crime in own or statutory benefits. Added to this, legislators sought successfully cleave punitive instruments elsewhere, as in the case of forfeiture, civil court legal concept that has failed to deliver the expected results in Mexico. However, forfeiture has remained in force despite the implementation of similar institutions, becoming important in application, since it is used as an effective tool to combat the economic assets of organized crime.

KEYWORDS: Risk Society, transition of crime, classical criminal law, criminal law of globalization, punitive power of the State.

LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Ulrich Beck fue el primer teórico en hablar de la sociedad del riesgo². Expuso una serie de cambios que no estaban siendo advertidos por las ciencias sociales y que afectaban notablemente a las nuevas generaciones³. El concepto del riesgo se basa en la comprobación de que en las sociedades actuales, la producción social de riqueza va acompañada por una progresiva producción social del riesgo⁴. Sánchez Sandoval afirma que el riesgo es una condición estructural, que manifiesta el carácter de la contingencia de los hechos sociales⁵. Por consiguiente, se piensa que ante la evolución y modernidad de las sociedades, los riesgos crecen porque se incrementan las situaciones en las que hay que tomar decisiones. Estas consecuencias por el progreso y aumento de estos riesgos son muy claras y se ven afectadas en el ámbito social, político y económico, aunque también consideramos que los efectos se presentan en el

² BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, PAIDÓS, 1998.

³ La sociedad del riesgo, pensada hasta sus últimas consecuencias quiere decir sociedad del riesgo global. Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo. El concepto de sociedad del riesgo *global* fue introducido por Beck en 1992.

⁴ El concepto de sociedad del riesgo o sociología del riesgo, es la síntesis sociológica de un momento histórico en el periodo moderno en el cual éste pierde sus componentes centrales, provocando una serie de debates, reformulaciones y nuevas estrategias de dominación. Se trata de una sociedad postindustrial en donde las matrices básicas de la modernidad y su misma correlación de fuerzas han cambiado sustancialmente.

⁵ SÁNCHEZ, A. *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2007, p. 27.

ámbito jurídico. De este modo, los efectos de una sociedad en constante evolución presentan inminentes riesgos. Como bien apunta Choclán Montalvo, la sociedad actual es una sociedad de riesgos según las más modernas formulaciones sociológicas que presenta lados sombríos y usos desviados del progreso⁶.

Así, en algunas sociedades tradicionales se presentan transformaciones y cambios estructurales en innovaciones económicas, políticas y sociales, lo que conlleva a que estos fenómenos se ensambren a la perfección en estas sociedades. Sin embargo, muchos investigadores y estudiosos de la materia, señalan que no son ya las transformaciones de una sociedad tradicional, sino más bien, son las características propias que adopta la sociedad modernidad actual.

Por tanto, las sociedades modernas al desarrollar un modelo industrial y tecnológico avanzado, se conducen a una serie de cursos de acción y de efectos que provocan riesgos y peligros no sólo para la existencia de la sociedad misma, sino para las personas en concreto. Como escribía Ulrich Beck, “Vivimos en una era de riesgo que es global, individualista y más moral de lo que suponemos”⁷. Lo cual no significa que las sociedades adopten un modelo de riesgo, sino que el propio desarrollo industrial conduce a esta opción no elegida; los procesos de modernización son ajenos a las consecuencias y peligros que cuestionan, denuncian y transforman los fundamentos de la sociedad industrial⁸.

FACTORES DE RIESGO

Primero: Estudios económicos sobre la criminalidad según Becker

Gary S. Becker fue el primer analista económico que estudió sobre el origen la delincuencia⁹, realizó un análisis del costo-beneficio del crimen para entender los incentivos económicos que una persona tiene para cometer un delito. En este análisis, el autor resaltó que las actividades delictivas responden a los incentivos económicos al igual que cualquier otra actividad productiva. La estructura de incentivos que condiciona a la decisión de aquellos individuos propensos a delinquir deriva del funcionamiento del sistema de administración

⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. *El patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 12.

⁷ ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2000, p. 13.

⁸ COHEN y MÉNDEZ, en “La sociedad del riesgo: amenaza y promesa”, en *Revista Sociológica*, año 15, núm. 43, Mayo-Agosto, México, 2000, p. 175.

⁹ El economista Gary Becker premio nobel de economía, es pionero en la introducción de razonamientos provenientes de la economía para aplicar las conductas delictivas. El artículo publicado “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” de 1968, funda la disciplina que hoy se conoce como Análisis Económico del Derecho.

de justicia en su conjunto.¹⁰ Partiendo que los individuos deciden de manera racional, cometer u orientar su fuerza productiva a cualquier actividad en función de los costos y beneficios esperados, la decisión de participar en alguna actividad legal o ilegal dependerá de cuál de estas produce mayores beneficios netos.¹¹ Y como agentes económicos buscan optimizar su bienestar actuando o interviniendo bajo un determinado sistema económico. A continuación se explicará ampliamente lo anteriormente citado.

Segundo: Los individuos como agentes económicos del riesgo

La ciencia económica estudia el comportamiento humano y las consecuencias que de éste se generan en el ámbito de la economía. El estudio económico del comportamiento humano se centra en la elección que la persona hace entre varias opciones. Una persona puede elegir entre distintas marcas de un producto o bien, en distintos cursos de acción, elegir la carrera a estudiar, la actividad laboral, el estado civil, etc., incluso la decisión de actuar violentamente o no.¹² En esta racionalidad, se necesita que el sujeto tenga el control sobre su comportamiento, por lo que la elección debe hacerse propia. El enfoque económico no se aplica en aquellos casos donde la acción humana se realiza por coacción, por impulso no controlado o por decisión de un tercero. El proceso de elección obedece a una evaluación de los costos y beneficios de cada opción. La persona contempla los costos que cada opción involucra, así como sus beneficios. Para elegir debe examinar las consecuencias posibles de cada opción, así como las contingencias que pueden suceder. Así, una persona obtiene el mayor bienestar si opta por aquellas alternativas que le reportan una mayor razón de bienestar. Como puede observarse, el comportamiento humano es variable y depende en gran medida de los costos y beneficios que cada acción represente¹³.

¹⁰ *La inseguridad pública en México*, Centro de Estudios Económicos del Sector Privado, A.C., No. 171, Noviembre, 2002, consultado el 30 de mayo del 2013 en: <http://www.coparmex.org.mx/>.

¹¹ Los beneficios económicos de la delincuencia son los bienes materiales y monetarios obtenidos mediante el acto criminal (dinero, joyas, etc.), los costos están determinados por el gasto en materiales necesarios para llevarlo a cabo, las remuneraciones no obtenidas en actividades legítimas (costo de oportunidad del tiempo) y el costo potencial que representa la pena o castigo de un posible arresto. En este caso, se expresa como la probabilidad de ser arrestado y sentenciado, multiplicado por el valor asignado al castigo correspondiente de la condena judicial (plazo de sentencia) o multa.

¹² Hirshleifer 1985, aclara que no todas las opciones concebibles son posibles en un determinado momento y para una determinada persona. Se elige con base en un número limitado de opciones; siendo las condiciones de entorno las que restringen las opciones disponibles y limitan el área de lo posible. Por tanto, se dice que una persona racional elige aquella acción que maximiza su bienestar dentro de las restricciones que enfrenta.

¹³ Una acción se hace menos atractiva cuando sube su costo o cuando baja el costo de las opciones alternativas y cuando sube su beneficio o baja el beneficio que espera obtener de las acciones

En este sentido, los individuos que cometen delitos son agentes económicos racionales que evalúan los costos y beneficios de la actividad delictiva. De esta manera, un individuo cometerá un delito si presenta un beneficio mayor a sus costos esperados. Sin lugar a dudas, entre más altos puedan ser los beneficios, mayores pueden ser las motivaciones para las actividades delictivas. Tal como lo expone Fajnzylber: “El supuesto principal del modelo económico de la delincuencia, es que como agente económico, un delincuente potencial elige racionalmente aquellas acciones que maximicen su utilidad en base a los costos y los beneficios derivados de ellas. Este agente es neutral al riesgo y modifica su comportamiento según los cambios en los costos y beneficios de cometer un crimen”. Como se ha hecho referencia anteriormente, los individuos cometerán un crimen si sus beneficios netos esperados son altos como sus costos esperados. La representación gráfica de este supuesto, se expresa de la siguiente manera:

$$b = (1 - pr) * g - c - w - pr * p.^{14}$$

Como puede apreciarse, la decisión de convertirse en criminal es sensible al entorno y no simplemente en términos de las restricciones legales que la sociedad impone sobre los individuos, sino en el nivel de las normas sociales que tales individuos consideran legítimas, internalizan e incorporan a sus preferencias, es por ello que, los criminales son personas racionales que buscan mayores ingresos a los más bajos costos.

Tercero: Principales costos de un acto criminal

Como ha quedado comprobado, desde la visión del economista Becker, el crimen es una elección personal en el sentido de que el individuo elige realizar una acción criminal de manera racional para maximizar su bienestar.¹⁵ Por su parte, economistas y sociólogos consideran al crimen como una conducta en que la influencia de factores socioeconómicos es determinante, ya que las decisiones

alternativas. La persona responde a los incentivos y por lo tanto su comportamiento cambia cuando el esquema de incentivos se modifica.

¹⁴ Esta representación gráfica, se tiene que b representa a los beneficios netos, calculados como las ganancias esperadas de cometer un delito (g) multiplicado por la probabilidad de no ser arrestado ($1 - pr$), menos los costos derivados de llevarlo a cabo (c), los costos de oportunidad de dedicarse a una actividad legal representado por el salario que recibiría el individuo si no cometiera el delito (w) y descontando la condena (p) que podría recibir el delincuente si es arrestado ($pr * p$). Fajnzylber, Pablo, et al. *Determinants of crime rates in Latin America and the world*, World Bank Latin American and Caribbean Studies, Washington, 1998.

¹⁵ BECKER, Gary, manifiesta que la forma en que los economistas estudian el comportamiento humano “implica que algunos individuos se convierten en criminales por los beneficios financieros y no pecuniarios que el crimen genera en comparación al trabajo legal, tomando en consideración la probabilidad de ser capturados y aprisionados, así como la severidad del castigo.” Becker, *Capital humano*, México, Alianza, 1993, p. 390.

individuales se realizan en un entorno social¹⁶. Desde el enfoque económico, se señala que los actos criminales surgen de una decisión personal, para los que se consideran los costos y los beneficios de la acción, así como de las acciones alternativas.¹⁷ La acción criminal es llevada a cabo si genera un alto beneficio en relación a su costo, de manera que es preferida a todas las demás alternativas que la persona tiene. Los beneficios que se pueden obtener de un acto criminal varían según el tipo de crimen y del criminal. En la mayoría de los casos, estos beneficios son o pueden medirse en un valor monetario; por ejemplo, robar una propiedad o matar por el dinero del seguro proporciona también una ganancia monetaria. De esta manera, tenemos que los costos de un acto criminal son principalmente de cuatro tipos:

1. *Costo Material*: Costo de los instrumentos y equipo necesario para llevar a cabo el crimen.
2. *Costo de Oportunidad*: Costo de no realizar otras actividades por realizar la actividad criminal. Este costo se mide con base en el beneficio que reportaría la mejor actividad alternativa al acto criminal. Por ejemplo, los salarios que se dejan de percibir en la actividad laboral al dedicarse de tiempo completo al robo.¹⁸
3. *Costo Psicológico*: Asociado a factores como la culpa, el remordimiento, la pérdida de autoestima, enfrentar un estigma social, ser excluido de actividades sociales, etc.
4. *Costo de Castigo*: Es un costo posible, el cual habría que enfrentar en caso de ser detenido, sentenciado y enviado a prisión.

¹⁶ Respecto al entorno social, la Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana, señala que al relacionarse con los comportamientos y el medio ambiente inmediato, los riesgos a los que se exponen las personas, dependen de dos circunstancias primordiales; la personalidad y las actividades que se desempeñan. Cuando las características individuales y las condiciones en que se realizan las actividades diarias incrementan la posibilidad de daño, se denominan factores de riesgo. Por otro lado, cuando la personalidad y las actividades de un individuo colaboran a que fortalezca, o bien, mantenga su seguridad, se clasifican en factores de protección. En Dirección General de Prevención del Delito y Participación Ciudadana, *Factores Familiares que inciden en la conducta disruptiva y violenta de niños, adolescentes y jóvenes*. SSP, México, Julio 2010, p. 4.

¹⁷ Becker (1968); Ehrlich (1973); Roemer (2001).

¹⁸ El costo de oportunidad se entiende como aquel costo en que se incurre al tomar una decisión y no otra. Es aquel valor o utilidad que se sacrifica por elegir una alternativa *a* y despreciar una alternativa *b*. Tomar un camino significa que se renuncia al beneficio que ofrece el camino descartado. En toda decisión que se tome hay una renunciación implícita a la utilidad o beneficios que se hubieran podido obtener si se hubiera tomado cualquier otra decisión. Para cada situación siempre hay más de un forma de abordarla, y cada forma ofrece una utilidad mayor o menor que las otras, por consiguiente, siempre que se tome una u otra decisión, se habrá renunciado a las oportunidades y posibilidades que ofrecían las otras, que bien pueden ser mejores o peores (Costo de oportunidad mayor o menor).

Como quedado asentado, una persona llevará a cabo el acto criminal si los beneficios superan a los costos, ya que en este caso el acto criminal representa la opción que da el mayor bienestar a la persona¹⁹.

Cuarto: Las organizaciones criminales como factores que constituyen riesgo

Además de las decisiones personales delictivas que generan riesgos a la sociedad, también existen otros factores que constituyen riesgos, por ejemplo, la libre circulación de capitales que son indispensables como factor de favorecimiento de las inversiones productivas, la disponibilidad de diversas fórmulas jurídicas para la fluidez de la vida económica o quizás la agilización de transacciones económicas, son factores que constituyen nuevos riesgos en la sociedad actual, toda vez que éstas pueden ser aprovechadas por las organizaciones criminales²⁰. De este modo, las organizaciones criminales son consideradas uno de los principales factores de riesgo en la sociedad. Estas organizaciones se van posicionando en un nivel de inteligencia, sagacidad y agudeza para vislumbrar las ventajas que el sistema financiero ofrece y así sacar provecho para la legitimación, certificación, u ocultamiento de capitales procedentes del delito. Si partimos de este punto, lo que constituye el riesgo es el provecho y beneficio que las organizaciones criminales toman de las mejorías que ofrece una sociedad moderna, con el objeto de asegurar su patrimonio ilícito y su propia subsistencia, siendo incluso capaces de desestabilizar el mercado financiero.

Ante estos inminentes peligros que la sociedad moderna puede ser presa, el estudio y aplicación de la prevención del delito es de vital importancia. Aunque, cabe señalar que la sociedad del riesgo cuenta con una carencia relevante, esto es, con la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro, es decir, el peligro entendido como “el no poder evitar los efectos dañinos de la producción”. Lo anterior, significa que las fuentes de peligro ya no están en la *ignorancia* sino en el *saber*, y tampoco en un dominio deficiente de la naturaleza, sino en el perfeccionado, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en el sistema de decisiones y restricciones que se estableció en la época industrial²¹. Por lo que es necesario buscar, renovar y reinventar formas que reduzcan y disminuyan los beneficios del criminal y aumenten sus costos. Tal como lo expresaba Friedman, al decir que: “No se trata de derrotar al

¹⁹ Hay que destacar que esta definición de costo incluye el costo de oportunidad, el cual se refiere al beneficio que podría obtenerse de participar en actividades alternativas a la criminal.

²⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio Criminal, ... op. cit.* p. 13.

²¹ BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, España, Ed. Paidós, 1998, p. 280, citado en SÁNCHEZ SANDOVAL, *Seguridad pública, ... op. cit., ...* p. 95

criminal, se trata de hacer que decaiga su interés en cometer crímenes, de hacer que los beneficios esperados del crimen sean bajos y los costos altos.”²²

LA TRANSICIÓN DE LA DELINCUENCIA: DEL DERECHO PENAL CLÁSICO AL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Después de las anteriores referencias, se construye una nueva sociedad por medio de factores de riesgo, donde el principal elemento es el miedo. Por hoy, lo que construye ese miedo es la globalización, la cual representa al miedo general, dado que sus fenómenos que lo constituyen, (entre ellos el fenómeno criminal), se presentan como los males de toda sociedad. Así como lo afirma Beck, “El miedo tiene un efecto indirecto especialmente fatal: las personas o grupos que resultan (o son consideradas) *personas de riesgo* o *grupos de riesgo* pasan por no personas y sus derechos fundamentales son amenazados, por lo que: el riesgo divide, segrega, estigmatiza”²³. No obstante, pareciera que nos enfrentamos ante un futuro, riesgoso e inseguro, donde la cultura del miedo impera. Se toma a la sociedad como pitonisa de sus desgracias, de ahí que sus instituciones se formen para tratar un evitable desastre. De alguna manera todas las instituciones penales se constituyen bajo esta filosofía: acción penal, el juicio y la cárcel; lo cual no hace más que impedir la anarquía²⁴. Y son pues, las organizaciones criminales “*riesgos*” que constituyen una amenaza, lo cual provoca la necesidad social de tenerlas o contenerlas.

Una forma de frenar el riesgo, la encontramos en el endurecimiento del derecho penal. Como veremos a continuación el derecho penal es el medio o recurso clásico del Estado al momento de ejercer poder. Como poder político, el derecho penal se creó ex profeso para ser cumplido por la fuerza y en la forma más violenta que contempla el orden jurídico²⁵. De este modo, el poder del Estado, respecto del Derecho Penal se traduce como el derecho a castigar, pero con fundamento en otro derecho, la facultad o deber: de crear las normas penales. A continuación, señalaremos las características de transición del derecho penal clásico al de la globalización.

DEL DERECHO PENAL CLÁSICO AL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

Choclán Montalvo señala que en la dogmática moderna se reconoce la existencia de dos modelos de sistemas penales: El derecho Penal Clásico o

²² FRIEDMAN, David, *Hidden Order: The economics of everyday life*. Harper Business, New York, 1996, pp. 298-313.

²³ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008, p. 36.

²⁴ PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas*, Ecuador, 2012.

²⁵ GARCÍA GARCÍA, Leticia, *Derecho Ejecutivo Penal*, México, Porrúa, 2005, p. 91.

Modelo garantista y el Derecho Penal Globalizado.²⁶ El primero tiene sus orígenes en acontecimientos sociales importantes como la Revolución Francesa y el principio de legalidad (*nulluncrime, nullun pena sine prevelege*), como uno de sus primeros pilares limitando el poder del Estado en su sentido más duro y estricto, en que este no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados. El garantismo se caracteriza por ser un derecho penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar. Ciertamente, es un modelo violento de represión, pero también significa que está para proteger el poder punitivo del Estado, lo que justamente significa el freno de su poder. El segundo, es el derecho penal de la globalización, que responde al paradigma de una criminalidad que pretende el lucro económico a gran escala, que nacen desde agrupaciones criminales muy complejas, desarrollando una gran capacidad lesiva. Anteriormente, en el derecho penal clásico, el objeto de la delincuencia era asociada a la marginalidad del delincuente individual, ahora el reto es confrontar a grupos muy bien organizados, a través de la expansión del derecho penal. Pero antes de continuar, cabe aclarar ¿Qué se entiende por expansión del derecho penal?

LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

Para algunos autores, el Derecho penal global lo asemejan con el Derecho penal económico en oposición al Derecho penal clásico, o lo equiparan al “derecho penal del enemigo” o “derecho penal autoritario”, frente al Derecho penal garantista o también “derecho penal mínimo o de *ultima ratio*, o como Silva Sánchez prefiere llamar a todo lo anterior como “la expansión del derecho penal”²⁷. Asimismo, este autor ve en la globalización un multiplicador de la expansión general del derecho penal. Señala que la delincuencia de la globalización es económica en sentido amplio, o en todo caso lucrativo, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos. Tal como lo expone Silva Sánchez, el derecho penal de la globalización, deberá asumir restricciones de su carácter garantista y será menos propio de un Estado de Derecho, configurándose las reglas de imputación de manera más flexible y relativizándose las garantías procesales²⁸.

Para Borjón Nieto, el derecho penal es ya de por sí autoritario, como expresión del *iuspuniendi* del Estado y máxima expresión de la soberanía en el

²⁶ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia. Cap. I. Los retos de la política criminal Europea en materia de confiscación*, Madrid, Dickinson, p. 30.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cívitas, 2001, p. 21.

²⁸ VOGEL, Joachim, *Derecho penal y globalización*, consultado el 02 de febrero de 2012 en: http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/9/113_126%20joachim%20vogel.pdf

Derecho internacional público.²⁹ Muñoz Conde, expone que el derecho penal del enemigo fue acuñado por Jakobs Gunther, además refiere que aquí se trata de un poder más autoritario de lo normal, de un derecho penal que se ha colocado de rondón, “por la puerta falsa” de un ordenamiento jurídico, cuyos parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos humanos fundamentales³⁰. Por todo lo anterior, tenemos que el crimen organizado es una realidad que ha ocupado la atención de los estudios de la Parte especial de la Criminología y los esfuerzos por proporcionar en un marco jurídico adecuado que dé respuesta eficaz a este nuevo problema de la sociedad moderna, porque es una constante de los últimos tiempos a nivel internacional y nacional. Por tal motivo, Choclán Montalvo señala que desde un punto de vista criminológico se constata que la delincuencia organizada se presenta con un potencial lesivo de gran magnitud y no crea sólo la inseguridad ciudadana de la tradicional delincuencia de la marginalidad, sino también la inseguridad de la propia clase política por su incidencia en el mismo sistema político y en el sistema económico o social. Derivado de esta afectación del propio Estado conduce a una reacción mediante una severa Política Criminal,³¹ que veremos más adelante.

Lo anterior permite concluir que en nuestros tiempos una criminalidad cualitativamente diferente a la delincuencia tradicional, (aunque no menos perjudicial), pone en riesgo a la sociedad y al Estado mismo, por sus sofisticados métodos de violencia. En este nuevo contexto, el derecho penal clásico de corte liberal resulta insuficiente³². Ahora bien, en otro contexto Silva Sánchez explica que no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la reinterpretación de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Es decir, la creación de nuevos “*bienes jurídicos-penales*”, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino

²⁹ BORJÓN NIETO, José j., “*Inmunidad, Impunidad y Cultura Jurídica: Perspectivas y Retos para el Siglo XXI*”.

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo*, en Ontiveros Alonso Miguel y Mercedes Peláez (coord.), *Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, México, tomo I, INACIPE, 2003, p. 119.

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Nuevo Derecho Penal autoritario: op. cit.* p. 5.

³² BORJÓN NIETO, José Jesús, *Cooperación Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, México, INACIPE, 2005, p. 317.

aspectos de esta tendencia general a la que es oportuno referirse con el término de *expansión*³³.

TRANSICIÓN DE LA DELINCUENCIA MARGINAL A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Las sociedades actuales sufren un acelerado desarrollo económico, tecnológico, cultural y político, enmarcado por el fenómeno de la globalización, lo cual influye en el comportamiento de los individuos generando riesgos en la sociedad. Ante ello, las conductas delictivas ya no son las mismas que hace un par de décadas. En este sentido, el derecho penal se le asigna la responsabilidad de reprimir y sancionar las conductas actuales y novedosas, las cuales conllevan múltiples efectos a los que anteriormente se producían. Por tal motivo, el Estado contemporáneo inserto en un mundo globalizado, se enfrenta a situaciones complejas que demandan soluciones que no pueden ser abordadas exclusivamente desde la perspectiva jurídica. Esa complejidad se manifiesta en una mezcla muy diversa de objetivos que incluye la dinámica generada por la necesidad de afianzar el Estado de derecho frente a las amenazas de los más variados actores, sin desconocer el principio de legalidad y el respeto a los derechos ciudadanos³⁴. Aunque se piensa, que este principio no se cumple del todo.

Así, como ya quedó establecido, la evolución de la delincuencia ha sabido sacar provecho de las ventajas que ofrece la globalización, para actuar transnacionalmente y maximizar los beneficios económicos de las actividades ilegales desplegadas por organizaciones articuladas para operar sin las restricciones de las fronteras nacionales. Es un hecho probado que la delincuencia se encuentra en invariable progreso, adaptándose a cada tiempo y espacio, además haciendo uso de los adelantos tecnológicos, para ser utilizados por la sociedad y para beneficio propio. De la misma forma se han adaptado de forma casi mimética a los cambios sociales, políticos, jurídicos y estructurales. Hoy día los grupos organizados actúan con criterios empresariales, y buscan lograr la mayor rentabilidad e ingresos que les permitan mantener su influencia y su poder. Se ha dejado de lado, al delincuente marginal que cometía delitos de baja cuantía para convertirse en un grupo de elite. Esto ha permitido la acumulación de grandes patrimonios económicos ilegales en pocos grupos importantes.³⁵

³³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cívitas, 2001, p. 20.

³⁴ RESTREPO MEDINA, *El comiso... op. cit.*, pp. 15 y 17.

³⁵ La delincuencia “común” es también conocida como delincuencia menor que normalmente era cometida por una persona o un grupo menor. Los delitos de carácter menor pueden llegar a ser graves y clasificados, pero no son de grandes proporciones, esto es porque no son cometidos por

Cuando en el transcurso del tiempo la delincuencia común llega a tal extremo de evolución o perfeccionamiento, cuando rebasa los límites de control gubernamental; cuando establece líneas especiales de operación basadas en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado en su comisión; cuando persigue a través de determinadas acciones violentas la búsqueda del poder, ya sea político, económico o social, es cuando podemos decir, sin lugar a dudas que estamos frente a un caso de delincuencia organizada. En este sentido, la delincuencia organizada se vale de la unión de individuos con la intención de obtener recursos pecuniarios mediante la ejecución de conductas delictivas. La consecución de recursos económicos reviste un ánimo de lucro en estas sociedades delictivas insertándolas en el concierto de la oferta y la demanda. La delincuencia organizada tiene un eje central de dirección y mando y está estructurada en forma celular y flexible, con rasgos permanentes de autoridad de acuerdo a la célula que la integran. En ese tenor y a la usanza de las sociedades lícitas, estas organizaciones de facto poseen una estructura organizada de forma horizontal o vertical, contando además, con los recursos materiales necesarios para llevar a cabo el éxito a su criminal empresa³⁶.

Para Puleio y Fonzo, actualmente existe una realidad distinta que se caracteriza por el desarrollo de la economía criminal que tiene efectos devastadores sobre la economía legal, contamina los circuitos financieros y crediticios, altera la marcha de los mercados recurriendo a instrumentos extraños al mundo empresarial legal, favorece la economía sumergida y la sustracción de masas financieras al cobro fiscal.³⁷ Es por ello, que se debe hacer frente a este problema global, como ya se había apuntado, un medio muy utilizado es a través de la política criminal, a continuación se especificarán los motivos.

LA POLÍTICA CRIMINAL Y LA CRIMINALIDAD DE LA GLOBALIZACIÓN

En materia de política criminal, Choclan Montalvo afirma que la criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización y la política criminal frente a esa nueva criminalidad debe orientarse principalmente hacia la *destrucción del poder económico* de estas organizaciones a través de una cooperación internacional efectiva y eficaz, así como la armonización de las legislaciones nacionales hacia modelos combativos, pero respetuosos con la tradición jurídica de cada Estado y ser compatibles con los principios jurídico-

grupos organizados, ni planeados para afectar en gran manera a la sociedad, sino solo para beneficio particular.

³⁶ RUÍZ CABELLO, Mario David, “Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficiencia del derecho penal” en *Revista Alegatos*, México, núm. 77, enero/abril de 2011, p. 83 y ss.

³⁷ PULEIO, F. y FONZO, I., *Reflexiones sobre la lucha contra la delincuencia organizada*, en RAMÍREZ MONTES, S. et al., *Delincuencia Organizada y sistema acusatorio*, Bogotá Fiscalía General de la Nación, 2005, p. 204.

constitucionales que informan los correspondientes sistemas penales.³⁸ Contrario a lo anterior, Paladines Rodríguez señala que el riesgo en la sociedad ha alcanzado niveles mundiales, que han influido en el derecho para romper incluso con las históricas garantías fundamentales de la dogmática penal como la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, (tal parece, que no se han respetado las tradiciones jurídicas que Choclán Montalvo o Restrepo Medina hacían referencia). Paladines, además agrega que en todo caso vivimos en una sociedad que exige seguridad a cualquier costo, y que se justifica la abolición de garantías y que empodera al Estado a partir de sus miedos y la dogmática penal hace precisamente ello, construir cada vez más sus categorías en el marco de un riesgo inevitable, del cual el sistema penal tendrá la misión de desconfiar más de la sociedad en detrimento del ser.³⁹ Es por ello, que se recurre al ejercicio del poder punitivo del Estado, para destruir el poder económico de estas organizaciones y a su vez beneficiar al sistema con las ganancias obtenidas, invirtiendo los beneficios ilícitos en lícitos.

EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO: DESTRUCCIÓN DEL PODER ECONÓMICO

Si para la delincuencia las penas ya no representan un obstáculo para sus fines ilícitos; Si el derecho penal no logra reprimir con eficacia a la delincuencia, ni la seguridad pública puede persuadir al delincuente para abandonar sus actividades criminales, ¿Qué medidas resultarían adecuadas para combatir a la delincuencia organizada?⁴⁰ En este sentido, la ciencia penal ha quedado sustancialmente limitada a un referente de categorías jurídicas indispensable para las más modernas concepciones, ya que el derecho penal actual ha dejado de ser un “derecho penal protector de bienes jurídicos” para convertirse en un “derecho de gestión de riesgos”.⁴¹ De este modo, las penas que impone el derecho penal no han sido lo suficientemente efectivas para frenar a la criminalidad, dado que los miembros de las organizaciones delictivas no se ven intimidados por ellas. Blanco Cordero, asegura que las respuestas tradicionales al delito, tales como la pena privativa de libertad y la multa, ya no son eficaces contra el crimen organizado, por lo que está convencido que un complemento esencial es actuar contra sus bienes y no sólo contra las personas.⁴² Este autor,

³⁸ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio Criminal...* Op. cit. p. 14.

³⁹ PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge Vicente, *La sociedad...* Op. Cit.

⁴⁰ RUÍZ CABELLO, Mario David, *Extinción de dominio...* Op. Cit.. p. 82.

⁴¹ TERRADILLOS BASOCOS, Juan María, *Temas de derecho penal económico*, Madrid, 2004, Trotta, pp. 219-240.

⁴² BLANCO CORDERO, Isidoro, *La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos*, en Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP-e-RIAPL), España, 2007.

se inclina por estrategias de índole político-criminal, las cuales se deben asentar en los siguientes tres pilares:

1. El comiso o decomiso de los bienes de origen delictivo, para arrebatarse las ganancias ilícitas a las organizaciones criminales.
2. La sanción del blanqueo de dinero como delito.
3. Enfoque o estrategia "Al Capone", consistente en gravar impositivamente los bienes de origen ilícito. De esta manera se obliga a los delincuentes a pagar impuestos por sus beneficios ilegales y en caso de no hacerlo, se les sanciona penalmente por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

La Extinción de dominio

Ahora bien, como bien se sabe, la pena es esencialmente un mal, porque significa la privación a la persona de algo de lo cual goza. Este mal es impuesto por el Estado y consiste en la pérdida de bienes⁴³. Sin embargo, muchos investigadores en la materia consideran que el derecho penal ha sido rebasado, siendo necesario valerse de otras normas, como el derecho común o derecho civil que siendo acuñadas hace miles de años contienen el mejor conocimiento de la conducta humana⁴⁴. Esas normas que se encuentran en el derecho civil, son las que regulan el patrimonio pecuniario. En sentido materialista e individualista de las organizaciones criminales los hace fuertes frente al riesgo de ser privados de su libertad, pero no frente a la pérdida de sus bienes. Es por ello que frente a las respuestas tradicionales nace la inminente necesidad de adoptar criterios modernos de represión y adecuar en materia de decomiso las ganancias ilícitas fruto de la criminalidad.

Es por eso que a través del derecho civil, que se introdujo una herramienta como lo es la extinción de dominio para el menoscabo de los delincuentes. En un principio se pensó que un complemento esencial podría ser actuar contra los bienes y ganancias del delito y ya no sólo contra las personas. En esta estrategia cobra especial protagonismo el decomiso de tal riqueza⁴⁵. En materia de Derecho Internacional se ha instado a los Estados a adoptar fórmulas en su derecho interno que faciliten la persecución ya no sólo de los instrumentos y efectos del delito, sino también de las ganancias ilícitas obtenidas con su realización; para lograr ese propósito, unos de los mecanismos

⁴³ PONT, Marcó del, *Penología y sistemas carcelarios*, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.3.

⁴⁴ RUÍZ CABELLO, Mario David, *Extinción...* *Op. Cit.* 82.

⁴⁵ PROYECTO BIDAL, *Sistemas de Administración de Bienes de América Latina*, en: *Organización de los Estados Americanos, Sistemas de Administración de bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado*. 2011, p. 14.

idóneos ha sido la ampliación del objeto del decomiso, tal es el caso de la *extinción de dominio*⁴⁶.

El Decomiso

No obstante, el decomiso desde la época prehispánica hasta la delincuencia actual o de la globalización, se ha mantenido vigente aún con la implementación de la extinción de dominio. El decomiso sigue siendo la figura estelar más representativa a la hora de afectar los bienes del enemigo del Estado. Cordero blanco, refiere que la institución del decomiso ha cambiado y ha adquirido una gran importancia, hasta el punto de considerarse “el arma central” en el arsenal dirigido a hacer frente a los productos del delito. Ciertamente, hoy en día se enfatiza que el decomiso constituye una herramienta de enorme eficacia para luchar contra la criminalidad económica, la corrupción y el crimen organizado⁴⁷. Al igual que Blanco Cordero, Romero Apis, apunta que para arrebatar las ganancias ilícitas a las organizaciones criminales, existen medios de afectación para lograr este cometido⁴⁸. Estos sistemas de afectación se basan tanto en lo teórico como en lo práctico en diversos elementos de juicio que determinan la estructura y el alcance que habrá de tener el propio sistema, conforme a lo siguiente:

1. Tiene que ver con un instrumento que conlleva dos propósitos (los cuales no siempre coinciden), porque el sistema de afectación de bienes es un sistema de castigo, pero también es un sistema de “*apropiación pública*”. Esto quiere decir, que tiene intenciones penales y fiscales al mismo tiempo.
2. Se refiere aquellos tres factores básicos que permiten el funcionamiento de un sistema de afectación de bienes, es decir, la existencia de un *delito*, de un *delincuente* y de un *bien*.
3. Por último, tiene que ver con las características procesales del sistema y dentro de las posibilidades teóricas y fácticas. Es decir, que esto se asocia con que el procedimiento de afectación de bienes esté ligado en conexidad con el procedimiento de imposición de penas o por el contrario, sea un procedimiento independiente y autónomo del penal.

El Principio del no interés fiscal

El Estado no sólo se centrar en la adjudicación de los bienes derivados de la delincuencia común, sino también sobre aquellos que generan importantes y

⁴⁶ RESTREPO MEDINA, *El comiso:... Op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005, p. 166.

⁴⁸ ROMERO APIS, José Elías, “*Elemento de Juicio del sistema de afectación de bienes*”, en *Revista: Defensa Penal*, No. 15, julio, México, 2009, pp.34-39.

cuantiosas ganancias, normalmente cometidos por organizaciones criminales. Sin embargo, esta afectación sólo puede hacerse de acuerdo con los instrumentos contenidos en la norma correspondiente y más en concreto con la sanción del decomiso. En este sentido, el decomiso que para el derecho penal clásico tenía una importancia marginal, en razón a que en la declaración de responsabilidad penal, el Estado le imponía al responsable como pena accesoria a la principal la privación del dominio sobre los bienes empleados para la comisión del delito o que provinieran de su ejecución, ya fuera para ser destruidos por su peligrosidad o para evitar que ellos se emplearan nuevamente en la ejecución de otros delitos⁴⁹. Hoy en día, el decomiso es el instrumento jurídico dirigido contra el delito, orientado a desincentivar el fundamento económico que origina su actividad. Desde el punto de vista estrictamente penal, el decomiso consiste en la pérdida de los instrumentos y cosas objeto del delito, comprendiendo tanto los efectos del delito como los instrumentos que hubieren servido para su ejecución.⁵⁰

Ahora bien, el decomiso en el derecho penal de la globalización ha adquirido importancia como instrumento para combatir las formas contemporáneas de la delincuencia organizada que generan impacto en la sociedad actual.⁵¹ La noción de que nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas es un principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas⁵². Por tanto, el Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que se ordena la pérdida de éstas.⁵³ Dado que entre las variadas notas que definen a la delincuencia organizada, está la de perseguir la obtención de beneficios económicos mediante la comisión de los delitos graves, se ha planteado una política criminal dirigida a despojar las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades delictivas. Es por ello que el decomiso se constituye como un instrumento de política criminal fundamental para privar a los delincuentes de sus ganancias. De este modo, el decomiso ha dejado de ser una figura tradicionalmente relegada, para

⁴⁹ BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1965, p. 797.

⁵⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, México, Porrúa, 1999, pp. 280 y 281.

⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO, plantea que la regulación del comiso inscrita en los patrones del derecho penal clásico no están en condiciones de proporcionar un instrumento útil a los órganos encargados de la persecución penal para eliminar las ventajas patrimoniales derivadas del delito en los niveles más altos de criminalidad y es absolutamente ineficaz para combatir el poder económico de la criminalidad organizada.

⁵² Este artículo pertenece al capítulo 3 del libro *Recuperación de Activos de la Corrupción*, de Guillermo Jorge, 1ra. Ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

⁵³ GASTÓN INCHAUSTI, Fernando, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Editorial Colex, Madrid, 2007, pág. 25. Señala que no se puede ignorar que el patrimonio ilícito puede ser en sí mismo peligroso, dado que puede ser utilizado para la financiación de nuevas actividades delictivas.

configurarse en un instrumento nada desdeñable en la lucha contra la delincuencia. Con esta figura se pretende disminuir la capacidad económica del afectado, siendo unilateral dado que no implica una obligación a cargo del Estado, beneficiando y agrandando las arcas de éste.

Finalmente, como lo afirma Luis Conde, dada las posibilidades que ofrece la estructura financiera mundial para introducir en el tráfico económico legal los cuantiosos beneficios obtenidos de todo tipo de conductas especialmente lucrativas, el comiso ha sido aceptado como una herramienta idónea para combatir eficazmente la delincuencia y en particular aquella con motivación económica.⁵⁴

BIBLIOGRAFÍA

- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 1998.
- , *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2000.
- , *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, 2008.
- BECKER, Gary, *Capital humano*, México, Alianza, 1993.
- BETTIOL, Guiseppe, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1965.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos”, en *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP-e-RIAPL)*, España, 2007.
- BORJÓN NIETO, José Jesús, *Cooperación Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, México, INACIPE, 2005.
- , *“Inmunidad, Impunidad y Cultura Jurídica: Perspectivas y Retos para el Siglo XXI”*, México, 2012.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El patrimonio Criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001.
- COHEN y MÉNDEZ, “La sociedad del riesgo: amenaza y promesa”, en *Revista Sociológica*, año 15, núm. 43, Mayo-Agosto, México, 2000.
- FRIEDMAN, David, *Hidden Order: The economics of everyday life*, Harper Business, New York, 1996.
- FAJNZYLBBER, Pablo, et al. *Determinants of crime rates in Latin America and the world*, World Bank Latin American and Caribbean Studies, Washington, 1998.
- GARCÍA GARCÍA, Leticia, *Derecho Ejecutivo Penal*, México, Porrúa, 2005.

⁵⁴ RESTREPO MEDINA, *El comiso:... Op. cit.*, p. 23.

- GASTÓN INCHAUSTI, Fernando, *El decomiso transfronterizo de bienes*, Editorial Colex, Madrid, 2007.
- GUILLERMO Jorge, *Recuperación de Activos de la Corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado derecho penal del enemigo*”, en Ontiveros Alonso Miguel y Mercedes Peláez (coord.), *Libro en homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, México, tomo I, INACIPE, 2003.
- PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge Vicente, *La sociedad del riesgo en la dogmática penalizadora de las drogas*, Ecuador, 2012.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, México, Porrúa, 1999.
- PONT, Marcó del, *Penología y sistemas carcelarios*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- PROYECTO BIDAL, *Sistemas de Administración de Bienes de América Latina*, en: Organización de los Estados Americanos, *Sistemas de Administración de bienes de América Latina y Guía para la Administración de Bienes Incautados y Decomisados del Crimen Organizado*. 2011.
- PULEIO, Francesco y FONZO, Ignacio, *Reflexiones sobre la lucha contra la delincuencia organizada*, en RAMÍREZ MONTES, Sandra Patricia, et al., *Delincuencia Organizada y sistema acusatorio*, Bogotá Fiscalía General de la Nación, 2005.
- RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, “Instrumentación cautelar del comiso”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, julio-diciembre, vol. 8, número 002, Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia, 2006, p. 151.
- ROMERO APIS, José Elías, “Elemento de Juicio del sistema de afectación de bienes”, en *Revista: Defensa Penal*, No. 15, julio, México, 2009.
- RUÍZ CABELLO, Mario David, “Extinción de dominio, herramienta del derecho civil ante la ineficiencia del derecho penal”, en *Revista Alegatos*, México, núm. 77, enero-abril de 2011.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid, 2005.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, et al, *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cívitas, 2001.
- TERRADILLOS BASOCOS, Juan María, *Temas de derecho penal económico*, Madrid, 2004, Trotta.
- VOGEL, Joachim, *Derecho penal y globalización*, 2012.

LA MITAD DEL CAMINO: LEGITIMACIÓN Y EFECTIVIDAD DEL PROGRAMA DE DESARROLLO HUMANO OPORTUNIDADES EN MÉXICO

Edgar Martín Padilla

Máster en Análisis económico del Derecho y de las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca, España.
Abogado por la Universidad Autónoma de Aguascalientes en México

RESUMEN: El presente trabajo pretende generar un panorama sobre la efectividad en la implementación de las transferencias condicionadas de efectivo como política pública encaminada al rompimiento de la transmisión intergeneracional de la pobreza. Se centra en la legitimación que ha tenido el Programa de Desarrollo Humano *Oportunidades* en México. Creemos que la mejora en los esquemas de focalización, el énfasis en la correcta evaluación de la política pública, así como el cuidado de desvincularla del juego político-electoral fueron claves para los avances logrados, reconocidos por diversos agentes.

PALABRAS CLAVE: Oportunidades, transferencias condicionadas de efectivo, evaluación de políticas públicas, legitimidad, focalización,

ABSTRACT: This paper tries to give an overview of the effectiveness in the implementation of conditional cash transfers as a way to break the transmission of poverty from parents to child. It is focused on the authority of *Programa Oportunidades* in Mexico. We believe that improved targeting and the efforts on having a well-evaluated program as well as the ones on dissociate the program from the electoral game were essential to progress.

KEYWORDS: Programa Oportunidades, conditional cash transfers, public policy evaluation, legitimacy, targeting.

Tras la huella de OPORTUNIDADES

¿Condicionar las transferencias del Estado a los más necesitados a que realicen inversiones en su salud y educación puede ayudarlos a vencer la pobreza? ¿Existen caminos no asistencialistas para lograr esta meta o se trata de algo inherente a las propias transferencias? Las transferencias condicionadas de efectivo (CCT) son programas que otorgan efectivo a hogares en pobreza con la condición de que realicen determinadas inversiones en capital humano, principalmente en sus hijos (Cecchini & Madariaga, 2011).

Las condiciones exigidas a las familias en materia de salud y nutrición requieren generalmente chequeos periódicos, revisiones de crecimiento en talla, y vacunaciones para niños menores de cinco años; cuidados prenatales para

madres y su asistencia a pláticas periódicas de información sobre su salud (Young, 1997). Las condiciones exigidas en educación incluyen el inscribirse en la escuela, asistir a un 80-85% de las clases, y ocasionalmente un determinado desempeño. La mayoría de los programas CCT transfieren el apoyo a las madres (enfoque de género) y en algunas ocasiones a los estudiantes.

Un número elevado de países han adoptado o han considerado adoptar programas CCT en los últimos años. Casi cada país de América Latina los tiene y en otras latitudes en países como Bangladesh, Indonesia y Turquía existen iniciativas, así como programas piloto en Camboya, Malawi, Marruecos, Paquistán, Sudáfrica, entre otros (Fiszbein & Schady, 2009). Resultados de estudios señalan la importancia de combinar los CCTs con otros programas para mejorar la calidad de la provisión de salud y educación y, también aprovechar vinculación para proveer otros servicios (Cortina & Pereira, 2009). Sugieren también la necesidad de experimentar con corresponsabilidades que se centren más en los resultados que solamente en el uso de servicios (Fiszbein & Schady, 2009).

Las evaluaciones de impacto han mostrado que los programas CCT constituyen mecanismos eficaces para promover el acceso y la utilización de los servicios de educación y salud entre los más pobres así como para aliviar la pobreza en el corto plazo, pero aún no es claro si estas iniciativas tienen la capacidad suficiente para reducir la pobreza en el mediano plazo y para quebrar la reproducción de la pobreza en el largo plazo (Villatoro, 2007, p. 3).

En México el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades es un programa de transferencias condicionadas de efectivo que incluye un conjunto de acciones con diversos objetivos como promover la permanencia y conclusión de la educación básica y media superior en los niños y jóvenes, el acceso a la atención médica con énfasis en la prevención y el aumento en la calidad de la alimentación y nutrición de las familias beneficiarias. Tiene como prioridad “contribuir a la ruptura del ciclo intergeneracional de la pobreza, favoreciendo el desarrollo de las capacidades de educación, salud y nutrición de las familias beneficiarias del Programa” (SEDESOL, 2010, p. 9).

El Programa Oportunidades, como señalaba, está basado en la transferencia de efectivo condicionada al cumplimiento de corresponsabilidades por parte de los beneficiarios que se traducen en inversión para acrecentar su capital humano, provista de manera gratuita por parte del Estado. Los beneficiarios reciben cada dos meses una cantidad de dinero en efectivo que varía según la composición de la familia y si tiene hijos inscritos en la escuela.

Como corresponsabilidad se les solicita que asistan los hijos a la escuela, las familias acudan a las unidades de salud y los recién nacidos, lactantes e infantes menores de cinco años utilicen los complementos nutricionales que se les proporcionen. El eje de apoyo son las madres quienes reciben directamente

el recurso, recae en ellas el cumplimiento de las obligaciones y en algunos casos participan como colaboradoras o vocales del programa.

Actualmente tiene un presupuesto para 2013¹ de \$ 5.290 millones de dólares² es decir cerca del 40% del presupuesto destinado al desarrollo social del Estado Mexicano. Aproximadamente 2.4% del gasto público del país va directamente a Oportunidades, que atiende a 5.8 millones de familias en situación de pobreza, incluyendo casi un 100% de la totalidad de quienes sufren pobreza extrema en México (SEDESOL, 2007), es decir casi 25 millones de mexicanos, lo que podrían ser países enteros.

Oportunidades se encuentra presente en 100 mil localidades de los 2,457 municipios del país, principalmente (casi 50% de los apoyos) en localidades rurales de menos de 2500 habitantes (SEDESOL, 2010, p. 9), cuyo acceso y condiciones son por demás difíciles. Ha sido, sin duda, el proyecto más ambicioso de política social en la historia del país.

LA LEGITIMACIÓN MÁS ALLÁ DEL SEXENIO

Oportunidades marca una manera nueva, un cambio significativo en la política social mexicana por múltiples razones. Es el primer programa social en México que hace transparentes sus mecanismos de focalización; el primero en efectivamente identificar a las localidades y hogares rurales más pobres utilizando censos integrales. Es también el primer programa en realizar evaluaciones rigurosas de impacto establecidas desde el diseño del programa.

Oportunidades, llamado en un inicio PROGRESA, no solo sobrevivió a un cambio de administración (lo cual no pasaba con un programa desde veinte años antes) sino sobrevivió al cambio de partido de un régimen que tenía más de 70 años en el poder. Lejos de hacer a un lado el programa, el gobierno de Vicente Fox Quesada (2000-2006) cambió el nombre del mismo y lo expandió a más del doble de su cobertura, añadiendo a las localidades urbanas.

A decir de Gerardo Esquivel, Nora Lustig y John Scott (2010), la supervivencia de Oportunidades a través de diversas administraciones y partidos es también el resultado de una "combinación perfecta" de los siguientes factores. En primer término, se diferenció de las campañas de medios gubernamentales, típicas de los programas de lucha contra la pobreza en México, pues el gobierno se abstuvo de auto-congraciarse lo que facilitó su supervivencia política más allá de la administración y el régimen del PRI.

¹ Presupuesto de Egresos de la Federación 2013. Diario Oficial de la Federación. México. Una versión electrónica puede verse en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/PEF_2013.pdf

² El Presupuesto es de \$ 66.132 millones de pesos a un tipo de cambio de 12.5 pesos mexicanos por dólar.

En segundo lugar, “la rápida expansión del programa (con 2,5 millones de hogares beneficiarios directos al final del 2000) aseguró el apoyo para ello de un gran capital electoral. En tercer lugar, no menos importante, la decisión de que el programa fuera transparente e invertir en evaluaciones ambiciosas y de gran credibilidad de los efectos externos también contribuyeron significativamente a la supervivencia política de Oportunidades” (Esquivel, Lustig, & Scott, 2010, p. 30).

Bate señala que el aspecto más importante de la visión de Levy y de Gómez de León, creadores del Programa, fue su énfasis en evaluar el programa con rigor. Ambos sostenían que las evaluaciones eran una herramienta crucial, no sólo para ajustar las operaciones del programa, sino también para contar con datos confiables y pruebas empíricas de sus logros. (Bate, 2004, p.2).

La necesidad de generar este tipo de información iba más allá del ciclo anual de las negociaciones presupuestarias en el Congreso. En México, como en muchos otros países de América Latina, los programas de reducción de la pobreza rara vez sobreviven de un gobierno a otro, por lo que Levy y Gómez de León pensaban que si PROGRESA era evaluado por los máximos expertos internacionales, sus posibilidades de supervivencia aumentarían. Y así fue. Profundicemos en algunos elementos de esta política pública que ha revolucionado la manera de desarrollar la política social en México, aún con las dificultades y retrocesos que han ido surgiendo en esta materia.

REPARTO DE EFECTIVO E INTERMEDIARIOS

Las transferencias en efectivo eluden los topes de precios y subsidios, otorgando eficiencia adicional en su aplicación y eliminando la pérdida de eficiencia generada por esas distorsiones. Se considera también que el aparato administrativo y logístico necesario para las transferencias en efectivo es mucho menor y menos costoso que aquel utilizado para los apoyos en especie (Levy, 2006).

A decir de Levy (2006) por fortuna, se convirtió un mito el que se desperdiciaría el dinero en los mal llamados “vicios masculinos” como alcohol y cigarrillos, por el contrario, en los hogares más pobres, el dinero extra transferido, se ha destinado a artículos de primera necesidad. Diversas evaluaciones confirman ese dato (Hevia, 2010) (Neufeld, 2007) (Ortiz, 2010), lo cual es un alivio para muchos que lo pensaron inevitable y un gran acierto en los incentivos del programa.

Ya desde la década de los setenta, diversos autores como Gabriel Zaid (1979) señalaban los efectos benéficos de repartir en efectivo y permitir que las familias decidieran qué hacer con los recursos, disminuyendo los costes burocráticos y permitiendo un camino, aunque modesto, para intentar salir del

rezago y no solo sobrevivir. Un acierto puntual del programa Oportunidades ha sido la tendencia a manejar los recursos directamente con los beneficiarios, reduciendo al mínimo la intermediación de actores que pudieran aprovecharse de los beneficios y entorpecer la consecución de objetivos del programa. Al respecto, Felipe Hevia señala que:

Los intermediarios, gracias a la situación de información que poseen y a las condiciones culturales y geográficas de las comunidades pueden intercambiar recursos e información clave con actores locales y extra locales, generar capital político y mejorar sus posiciones al interior de las estructuras de poder locales(Hevia, 2010, p. 2).

Oportunidades, por su diseño basado en la búsqueda de relación directa con los beneficiarios sin necesidad de intermediación, se utiliza menos con fines electorales que otros programas sociales. También, se ha detectado relativamente poco interés de los propios agentes clientelares en el programa. No obstante, dos personajes surgieron como intermediadores a raíz de las limitaciones de gestión del programa: los enlaces municipales y las vocales del Comité de Promoción Comunitaria (CPC). Su impacto como obstaculizadores e influencia política es muy pequeña dada la estructura y diseño del programa. No obstante, han sido un foco rojo para el rediseño del programa y la aplicación del mismo en otros países.

Antes de incorporar a nuevas titulares, Oportunidades tiene que contactar a las autoridades estatales y municipales para mantenerlas informadas. Las inscripciones se interrumpen meses antes de las elecciones nacionales, y no se realizan pagos directos en las semanas previas a comicios de cualquier jurisdicción. La entrega de apoyos, además, quedara en manos de entidades financieras y la compañía de telégrafos, por lo cual los funcionarios del programa no tocan ni un solo peso de los fondos de las beneficiarias.

RECOPILACIÓN DE DATOS Y TRANSPARENCIA

México es un país dónde se desconfía mucho, tal vez más de la cuenta, de las autoridades. Su historia reciente es un alud de promesas incumplidas, información oficial tergiversada, cinismo en la manera en que las autoridades pasan por alto las disposiciones legales y por supuesto un desangramiento del erario con beneficio directo a los bolsillos de numerosos actores de poder tanto en el sector gobierno como en la iniciativa privada. Pensándolo bien, no parece exagerada la desconfianza, pero el resultado igual es negativo.

A partir del año 2000, con la creación del Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información (IFAI), así como la Ley de Transparencia, se han visto cambios cualitativos en esta materia, que son

reconocidos tanto en la opinión pública como en la academia. La transparencia es sin duda un instrumento de legitimidad.

¿Y por qué es importante la transparencia? Se requiere información con características especiales, para que sea posible de utilizar tanto por los investigadores especializados como por el ciudadano promedio, que probablemente sea un contribuyente más del programa. Oportunidades fue concebido para ser evaluable y por tanto, se requería que fuera transparente (Levy, 2006). Ha sido, sin duda, el programa con más miradas de parte de académicos, autoridades y agentes internacionales, y esto se debe en mucho a la apertura de información que se ha tenido.

Alberto Serdán (2007) realiza un análisis sobre la transparencia en el programa, basado en tres perspectivas: 1) la de los beneficiarios del programa; 2); la de los investigadores que analizan el desempeño del programa; 3) la del público en general, que por supuesto, tiene el derecho de saber. Sus conclusiones fueron:

Que el programa ha creado mecanismos novedosos con el paso del tiempo como la elaboración de materiales impresos y audiovisuales dirigidos a beneficiarios, personal de salud, educación, enlaces municipales, entre otros.

Los mecanismos de entrada y salida al programa no quedan claros para los beneficiarios. Por ejemplo, uno de cada diez entrevistados cree que debe realizar trabajos para la comunidad, lo cual no se contempla en las reglas de operación, otros declaran haber sido requeridos por cuotas económicas, etc.³

Se trata del programa de combate a la pobreza más evaluado del sexenio, y existe gran apertura por parte de los funcionarios responsables de llevarlo. Sin embargo, la información no está organizada de manera que los investigadores puedan hacer evaluaciones más precisas sobre todo en temas de distribución geográfica de beneficiarios, incorporaciones y ciclos presupuestales. Incluso en el tema de incorporación de beneficiarios, se tuvo que recurrir al IFAI para obtener la información, juicio de por medio (resoluciones 0022/05; 0846/04 y 0908/04) y teniendo que firmar carta de confidencialidad por la información.

PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el anteriormente mencionado documento de Reglas de Operación del programa (2013 p. 46), se señala textualmente que Oportunidades:

³ En este sentido, y sin afán de exculpar considero que la perspectiva no está completa sin contemplar el alto grado de marginación de los participantes, la dificultad de explicar ciertos conceptos y el contexto de corrupción elevada en que se desenvuelve México, siendo estas cifras casi razonables, por no decir marginales.

(...) impulsará la igualdad de oportunidades y derechos entre mujeres y hombres, a través de la incorporación de la Perspectiva de Género, específicamente en materia de desagregación de información por sexo y formulación de indicadores.

En el Programa se canalizan los apoyos preferentemente a través de las madres de familia y se impulsa una política de becas que contrarresta las desventajas de las niñas para acceder a la educación, contribuyendo a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor (...) (DOF 2013).

Desde el inicio del programa, se entendió la importancia de una perspectiva de género y tres acciones son muestra de ello: a) la entrega de apoyos a las madres de familia; b) los apoyos diferenciados a las niñas y jovencitas en edad escolar y c) la presentación de la información por sexo e indicadores con enfoque de género.

En el primer caso, la justificación suele estar en dos razones: la primera, el reforzar la posición de negociación de la mujer dentro del hogar al tiempo de empoderarla como sujeto comunitario a través del control de los recursos ofrecidos por el programa (Bradshaw & Quirós, 2012). La segunda, la tendencia empírica observada de ser ellas mejores administradoras y procurar aún más que los recursos lleguen a los hijos, destinatarios primordiales de Oportunidades (Fiszbein & Schady, 2009).

En el caso de la diferenciación de los apoyos a las jovencitas en edad escolar sobre los varones, existe una confusión en el razonamiento que lo fundamenta. Boltvnik (2004) critica la incoherencia del apoyo diferenciado atribuido al mayor coste de oportunidad de estudiar para las mujeres, como si las mismas tuvieran mejores oportunidades de empleo, lo cual coincide es un supuesto falso, dado que en un país como México las oportunidades de trabajo suelen favorecer en cantidad y beneficios a los varones.

Sin embargo, creo que la crítica de Boltvnik pasa por una confusión, pues el razonamiento que respalda la diferenciación se encuentra más bien en la tendencia de parte de los padres (sobre todo el padre) de sub-invertir en la educación de las hijas, al considerarla una inversión menos rentable dada la creencia de que en poco tiempo partirá de la casa y se dedicará a su nueva familia, por lo que gastar en ella no tiene el rendimiento de inversión deseable (Fiszbein & Schady, 2009).

Existe un debate sobre el rol de la mujer usualmente protagonista en los programas de transferencias condicionadas de efectivo. Se tienen datos empíricos de la mayor efectividad en el destino de los recursos hacia bienes socialmente deseables de parte de las mujeres, además de una mayor tendencia a la equidad de género en su distribución por lo que es habitual que sea a ellas a quienes se entregan los recursos (Fiszbein & Schady, 2009).

Además, existe evidencia del empoderamiento de la mujer y su mejora en la posición en las relaciones familiares y comunitarias a través de la entrega de recursos y manejo del programa (González, 2008), por lo que sigue pareciendo un buen argumento de equidad de género el otorgarle a ellas el manejo de los apoyos.

No obstante, estudios recientes en el programa de Red de Protección Social de Nicaragua arrojaron resultados contradictorios. Si bien se confirma por un lado, lo mencionado líneas arriba, también se ve un impacto negativo en la autonomía y calidad de vida de las mujeres, pues en el caso de las transferencias condicionadas, es a ellas a quien se asigna la inmensa mayoría de las tareas tanto administrativas como las corresponsabilidades de llevar los niños a la escuela, al centro de salud, aplicar vacunas, asistir a pláticas, etc., lo cual también debe ser tomado en cuenta una vez que el empoderamiento ya haya dado todos los beneficios supuestos (Bradshaw & Quirós, 2012).

FOCALIZACIÓN

La focalización de los apoyos en los individuos que resulten los más necesitados, tiene como justificación teórica dos principios económicos: a) que los rendimientos sociales para un nivel dado de transferencias son más elevados para las familias que menos renta ingresan, por el efecto multiplicador más elevado producto de su mayor propensión al consumo y; b) que el concentrar los recursos en quienes más los necesitan hace que se desperdicie menos y se cobren menos impuestos (Adato 2004).

A partir de la década de los noventa se intensificó la apuesta por la focalización. Existen desde entonces tres métodos típicos para realizarla: la evaluación individuo/familia, la focalización por categorías y la auto-focalización. La primera requiere de un esfuerzo administrativo para identificar a los potenciales beneficiarios mediante encuestas y visitas. En el caso de la focalización por categorías, no requiere de este trámite pues se selecciona a los beneficiarios según su pertenencia a categorías usualmente relacionadas con la pobreza como los ancianos, niños o aquellos que carecen de tierra (Adato 2004). En la auto-focalización, se diseña un método en el que cualquiera puede tomar parte, aunque se desalienta la participación mediante características específicas para filtrar a los beneficiarios. Lo normal es que los métodos se combinen.

Sin embargo, no hay un método que sea perfecto. Los errores tanto de inclusión como de exclusión son inevitables. Lo que no es inevitable es estimar cuál de los dos cuesta más. Usualmente se opta por preferir errores de exclusión, pues se piensa que los costes son siempre menores al dejar de lado a un beneficiario que al subsidiar intrusos.

No obstante, esto no siempre puede ser así y autores como Michelle Adato (2004) han llegado a conclusiones distintas, basados en que la focalización crea en muchas ocasiones una dinámica adversa en las comunidades, pues establece diferencias muy tajantes en donde las mismas son imperceptibles, contribuyendo a la fragmentación y el resentimiento entre los pobladores.

EVOLUCIÓN DE LA FOCALIZACIÓN EN EL PROGRAMA OPORTUNIDADES

Para tener una breve perspectiva de cómo fue evolucionando el tema de la focalización en el programa Oportunidades, creo pertinente tomar en cuenta el estudio realizado por Mónica Orozco y Cecilia Hubert (2005), en el que realizan una disección de los esquemas de focalización y la lógica interna del programa. Además, el documento realiza un breve recorrido por la evolución que tuvo este proceso en Oportunidades a raíz tanto de las nuevas necesidades que se iban presentando, como de las recomendaciones que se realizaban producto de las múltiples evaluaciones.

En la primera etapa, la focalización del programa consistía en identificar las zonas de elevada marginación y después realizar una visita individualizada a cada hogar para realizar una encuesta con las características socio-económicas de esa familia. Por último, se realizaba una asamblea comunitaria en la que se presentaba una lista de las familias elegibles. Las personas encuestadas desconocían los motivos de la encuesta y los costes eran cubiertos por el presupuesto federal destinado al programa.

En 2001 y 2002, con la ampliación de la cobertura a las zonas urbanas iniciaron nuevos retos y nuevos mecanismos de enfoque. El sistema de focalización debía ser homogéneo, para buscar dirigir los recursos a la población más pobre del país y no solo ya a la más pobre de las zonas atendidas; debía tener un criterio único y redistributivo que considerara que la intensidad de la pobreza es mayor en el ambiente rural y debía, así mismo, permitir la ampliación de cobertura en zonas rurales. En 2002 se establece el sistema único de puntajes con estas características y objetivos.

Como mencionábamos, Oportunidades utiliza dos ejes de focalización en dos etapas que se suceden: primero la focalización geográfica y luego la focalización a nivel de los hogares. En el caso de la focalización geográfica, se identifican las zonas con mayor concentración de pobreza en el territorio. Se utiliza la información del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), sobre todo la proveniente del Censo General de Población y Vivienda, que se realiza en México cada cinco años. Se genera así mismo un índice de marginación basado en siete criterios:

- Porcentaje de población analfabeta
- Porcentaje de viviendas sin agua

- Porcentaje de viviendas sin sistema de drenaje
- Porcentaje de viviendas sin electricidad
- Número promedio de ocupantes por habitación
- Porcentaje de viviendas con piso de tierra
- Porcentaje de población que trabaja en el sector primario

La focalización se apoya en la utilización de un Sistema de Información Geográfica (SIG). Las bases de datos que integran el sistema, contienen además la información de cartografía del INEGI, la disponibilidad de servicios de educación y salud, las telecomunicaciones disponibles, etcétera. Se combina esta información con la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) realizada también por el INEGI y que permite el cálculo de la condición de pobreza con datos detallados de estos dos rubros.

Una vez que se ha estimado el nivel de pobreza, mediante un modelo multivariado se genera una clasificación de variables explicativas que busca asemejarse en la medida de lo posible a los resultados de la encuesta. Se combina esa información luego con la información geográfica y se intenta vincular ambas esferas, teniendo como resultado mapas con las manzanas que tienen hogares clasificados como pobres y también las manzanas con una mayor proporción de hogares en esa condición.

La focalización a nivel de hogares debe ser diferenciada en el caso del medio rural y el urbano, pues mientras en el primero el 75% de los hogares viven en pobreza, en las zonas urbanas este porcentaje llega solo a un 13%. En las zonas rurales se realiza el mencionado proceso de búsqueda geográfica de concentración de pobreza, encuestas casa por casa y asamblea comunitaria con la publicación de resultados. En las zonas urbanas, se establecen módulos de atención en donde se aplica la Encuesta de Características Socioeconómicas de los Hogares Urbanos (ENCASURB), que arroja al mismo tiempo la evaluación de la información socioeconómica a través de un sistema de puntajes multivariados. Las familias elegibles son visitadas para encuesta.

Por su parte, la focalización urbana basada en comunidad se da mediante un proceso de auto-focalización en el que las familias primero acuden a solicitar el apoyo y luego las características van filtrando a los potenciales beneficiarios. Estas técnicas reducen el trabajo de campo y los costes de incorporación de las familias. Además, dada la naturaleza de Oportunidades, existe un método de recertificación de las condiciones socioeconómicas de las familias, que debería hacerse cada tres años, y sin embargo suele ser muy laxo el programa en ese sentido. Quizá cuesta más el trámite que lo que de él se obtiene.

LA EVALUACIÓN DE OPORTUNIDADES

El programa Oportunidades se apuntó un acierto muy grande al establecer desde un inicio las condiciones para posteriores evaluaciones de impacto (Feinstein & Hernández, 2008). Mediante un método de selección aleatoria se estableció un grupo de tratamiento y un grupo de control (Dubois, Janvry, & Sadoulet, 2011) (Levy, 2006), que serviría para posteriores análisis estadísticos. Se tomaron además mediciones antes y después de la implementación del programa, teniendo paneles de datos que permitían resultados más confiables.

Se considera que la óptica moderna de la evaluación, es integrarla como un proceso paralelo al diseño y no posterior. Diseñar la evaluación y evaluar el diseño, además de intentar siempre diseñar una política que sea evaluable, son tareas complicadas pero ineludibles por parte de los *policy makers*. No menos importancia tiene la meta-evaluación, es decir la “evaluación de la evaluación”, muy relevante en los impactos finales de cualquier estrategia (Parsons, 2007).

En el caso de Oportunidades, la información se fue haciendo pública y para dar credibilidad a las evaluaciones se conjuntó un grupo de investigadores y agencias tanto nacionales como extranjeras, como el *International Food Policy Research Institute* (IFPRI) que fueron poco a poco realizando diversas mediciones de los impactos del programa, publicando los resultados y emitiendo recomendaciones (Runge, Senauer, Pardey, & Rosengrant, 2003). En la actualidad y dada la facilidad para acceder a los datos del programa, han llegado más investigadores de lo que sus creadores hubieran imaginado (Levy, 2006).

Los programas de transferencias condicionadas en América Latina han sido sometidos a diferentes evaluaciones de impacto, para comprobar los cambios que a raíz del programa han operado en los beneficiarios. A decir de Pablo Villatoro (2007; p.30), “algunas de estas evaluaciones destacan por su robustez metodológica, dado que emplearon procedimientos de asignación al azar y de control estadístico para asegurar la validez de las estimaciones”. El programa Oportunidades, además permitió triangular la información recogida con la resultante de los métodos cualitativos. Acorde a la definición de Rossi y Freeman (1993, p. 215):

Las evaluaciones de impacto se llevan a cabo para valorar si las intervenciones han tenido los efectos deseados o no. Este tipo de valoraciones no pueden realizarse con certeza, sino con diversos grados de verosimilitud [...] El objetivo básico de una evaluación de impacto es producir un cálculo de los “efectos netos” de una intervención, es decir, un cálculo del impacto de la intervención no contaminado por la influencia de otros procesos y sucesos que también podrían afectar el comportamiento o las condiciones en las que se ejecuta el programa social bajo evaluación.

El experimento aleatorio: herramienta para evaluaciones de impacto del Programa Oportunidades.

Al inicio del Programa, y aún bajo el nombre de PROGRESA, se llevó a cabo un experimento aleatorio con rigurosas técnicas de medición para que sirviera como herramienta de posteriores evaluaciones de impacto del programa. Aún la cobertura no se extendía y fue posible utilizar como contra-factual a familias que no eran beneficiarias del programa (Levy 2006; Yaschine & Orozco 2010). El experimento aleatorio (De la O, 2013, p. 5) se llevó a cabo en siete estados donde el programa fue escalado por primera vez. Los estados eran Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Querétaro, Puebla, San Luis Potosí y Veracruz. La selección de los estados corresponde en gran parte a las restricciones logísticas y financieras.

El proceso de selección de la muestra siguió de cerca el método de focalización de PROGRESA. El primer paso fue la selección de las aldeas elegibles para el programa basado en una medida de la pobreza creada con los datos del censo de 1990 y los datos del censo parcial de 1995. El índice de pobreza se dividió en cinco categorías que van desde muy baja a muy alta pobreza. Las localidades se considera que tienen un alto o muy alto grado de pobreza se consideraron prioritarias para incluirlas en el programa.

El segundo paso fue el resultado de las condicionalidades del programa. Esas localidades con acceso a la educación y servicios de salud (o con los caminos disponibles cuando los servicios no se encontraban en la misma comunidad) se consideraron elegibles. Además, se excluyeron las localidades con menos de 50 años o más de 2.500 habitantes.

Por último, el uso de software de Sistema de Información Geográfica (SIG), las localidades restantes se agrupan en función de la proximidad geográfica. Localidades aisladas fueron excluidas del proceso de selección.

La aleatorización se llevó a cabo a nivel de aldea. Familias en 320 aldeas fueron seleccionadas al azar para recibir beneficios en septiembre de 1998, mientras que 186 aldeas fueron excluidas del programa hasta enero de 2000. Hubo un 60% de probabilidad de ser asignado al grupo de tratamiento temprano y un 40% de probabilidad de ser asignado al grupo de tratamiento tardío (Yaschine & Orozco, 2010).

En los pueblos asignados al tratamiento temprano, todos los hogares elegibles dentro de cada pueblo, identificado por la Encuesta de Caracterización Socio-económica del hogar (ENCASEH), se les ofreció la inscripción en ProgresA. En los pueblos asignados al grupo de tratamiento tardío, ninguno de los hogares recibió los beneficios del programa hasta enero de 2000.

CONCLUSIONES

Tres razones son principalmente las que se atribuyen al éxito y por ello la legitimidad de diversas fuerzas políticas, hacia el programa Oportunidades. *La primera es la evaluación.* La recopilación minuciosa de información, que ha sido almacenada, detallada, otorgada al público de manera transparente, y utilizada para distintas evaluaciones externas a lo largo de los años, ha sido un poderoso legitimador que ha dado certeza a la cooperación de distintos agentes con el programa.

Los datos, así como los mismos beneficiarios, han manifestado en múltiples ejercicios estadísticos la diferencia positiva entre Oportunidades y los programas que existían en el pasado, así como entre este programa y otros actuales de asistencia social. El uso distorsionado de Oportunidades tiene solo experiencias aisladas y *ha disminuido progresivamente por seguir el gobierno las recomendaciones emitidas por académicos e instancias internacionales.*

Una segunda razón del éxito del programa y su legitimidad entre diversas fuerzas políticas ha sido *el buen manejo mediático de Oportunidades.* Su difusión y promoción se ha centrado en que se conozca y aproveche el programa y no en hacer propaganda a un partido. A pesar de la natural relación que hacen los votantes de los programas sociales hacia el partido en el poder, así como la natural estrategia en los márgenes legales que hacen las administraciones federales para acumular capital político producto del mismo, el Programa se mantuvo razonablemente neutro y cada día es más identificado como obligación que como dádiva del gobierno.

Otra razón de la legitimación mencionada la constituye *la efectividad del programa.* El equilibrio de juegos del poder no puede prescindir tan fácil en su función de utilidad de los beneficios que deja tener a un cuarto de la población de un país tan grande, atendida con relativa eficacia y avanzando, o por lo menos retrocediendo menos, en su lucha contra la miseria. Quitar un programa así, o modificarlo sin cuidado, tiene hoy un coste político fuerte.

El Programa de transferencias condicionadas de efectivo Oportunidades utilizó *esquemas muy avanzados de focalización,* un tema que desde los años noventa ha sido dominante en esquemas de combate a la pobreza. Se avanzó en un ejercicio geo-territorial y dinámicas de focalización que fueron evolucionando para *minimizar en la medida de lo posible los errores de inclusión y de exclusión que se pudieran ir dando con el programa.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adato M. (2004) *Programas de transferencias monetarias condicionadas focalizadas.* En Boltvnik, J., Damián, A., & Adato, M., *La pobreza en México y en el mundo: Realidades y desafíos.* México: Siglo Veintiuno Editores. Páginas 348-363.

- Bate, P. (Octubre de 2004). *La historia detrás de Oportunidades*. BIDAMÉRICA. Puede ser consultado en la web con la siguiente dirección: <http://www.iadb.org/idbamerica/index.cfm?thisid=3050>.
- Boltvnik J. (2004) *Políticas Focalizadas de combate a la pobreza en México. Progresas/Oportunidades*. En Boltvnik, J., Damián, A., & Adato, M., *La pobreza en México y en el mundo: Realidades y desafíos*. México: Siglo Veintiuno Editores. Páginas 315-347.
- Bradshaw, S., & Quirós, A. (2012). *Even if conditionalities work, do women pay the price?* Recuperado el 15 de Junio de 2013, de [www.eldis.org: http://www.eldis.org/index.cfm?objectid=786DBC92-BDA4-07FC-9592DE36FB92F88F#.UchMr7-TI5g](http://www.eldis.org/index.cfm?objectid=786DBC92-BDA4-07FC-9592DE36FB92F88F#.UchMr7-TI5g)
- Cecchini, S., & Madariaga, A. (2011). *Programas de transferencias condicionadas :balance de la experiencia reciente en América Latina y El Caribe*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Cortina, A., & Pereira, G. (2009). *Pobreza y libertad; erradicar la pobreza desde el enfoque de capacidades de Amartya Sen*. Madrid: Tecnos.
- De la O, A. (2013) *Do Conditional Cash Transfers Affect Electoral Behavior? Evidence from a Randomized Experiment in Mexico*. American Journal of Political Sciences, Vol. 57, No. 1, January 2013, pp. 1-14.
- DOF (2013). Diario oficial de la Federación. Poder Ejecutivo Secretaría de Desarrollo Social. (28 de Febrero de 2013). *Reglas de Operación del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades*. México.
- Dubois, P., Janvry, A. d., & Sadoulet, E. (2007). *Effects on School Enrollment and Performance of a Conditional Cash Transfer Program in México*. Development Economics (6069).
- Squível, G., Lustig, N. & Scott, J.(2010). *A Decade of Falling Inequality in México: Market Forces or State Action? United Nations Development Program*. New York: PNUD.
- Fiszbein, A., & Schady, N. (2009). *Conditional Cash Transfers: Reducing present and future poverty*. Washington D.C.: WORLD BANK.
- González, M. (2008). México: *Oportunidades y Capital Social. En Aprender de la experiencia: el capital social en la superación de pobreza*. Buenos Aires: CEPAL.
- Hevia, F. (Septiembre-Diciembre de 2010). *Uso político de programas sociales y nuevos intermediarios institucionales: el Programa Progresas/Oportunidades en el sur de Veracruz*. Desacatos , 119-133.
- Levy, S. (2006). *Pobreza y transición democrática en México*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- Neufeld, L. (2007). *Lecciones aprendidas en la evaluación del Programa Oportunidades*. Salud Pública de México , 49 (Especial), 242-244.

- Orozco, M., & Hubert, C. (2005). *La focalización en el Programa de Desarrollo Humano Oportunidades*. World Bank Institute, Social protection. Washington D.C.: World Bank.
- Ortiz, S. (2010). catarina.udlap.mx. Recuperado el 16 de Junio de 2013, de catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/ortiz_s.../capitulo4.pdf
- Parsons, W. (2007). *Políticas públicas: Una introducción a la teoría y práctica del análisis de políticas públicas*. (A. Acevedo, Trad.) México: FLACSO-México.
- Rossi, P., & Freeman, H. (1993). *Evaluation: A systematic approach* (2 edición ed.). Newbury Park, California: Sage. Citado en <Políticas Públicas> de Wayne Parsons 2007.
- Runge, F., Senauer, B., Pardey, P., & Rosengrant, M. (2003). *Ending Hunger in Our Lifetime: Food security and globalization*. Washington D.C.: Jhon Hopkins University Press.
- SEDESOL. (2010). *Oportunidades, un programa de resultados*. Secretaria de Desarrollo Social-Gobierno Federal. México: Una copia en formato electrónico puede ser descargada de: <http://www.oportunidades.gob.mx/Portal/work/sites/Web/resources/ArchivoContent/622/Oportunidades,%20un%20programa%20de%20resultados%202010.pdf>
- SEDESOL. (28 de Enero de 2007). *El papel de oportunidades en la cohesión social*. Recuperado el 2013 de 06 de 19, de www.eurosocialfiscal.org: http://www.eurosocialfiscal.org/uploads/documentos/20070130_180121_El_papel_del_Programa_Oportunidades_de_Mexico_en_la_cohesion_social.pdf
- Serdán, A. (2007) *Transparencia y acceso a la información en el Programa Oportunidades*. Derecho a Saber, balance y perspectivas cívicas. México.
- Villatoro, P. (2007). *Las transferencias condicionadas en América Latina: Luces y sombras*. Brasil: CEPAL-ONU-IPEA.
- Yaschine, I., & Orozco, M. (2010). *The evolving anti-poverty agenda in México: the political economy of Progresa and Oportunidades*. En A. M., & H. J., Conditional Cash Transfers in Latin America. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Young, L. (1997). *World Hunger*. Londres: Routledge.
- Zaid, G. (1979). *El progreso improductivo*. México: Siglo XXI Editores.

AS REFORMAS NEOGERENCIAIS NO BRASIL: AS PRIVATIZAÇÕES NOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Kalina Correia Filgueira

Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Norte, com atribuição em defesa da saúde pública. Graduada em Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Norte (Brasil). Máster Democracia y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca, España.

RESUMO: A saúde no Brasil é um direito fundamental com acesso universal, gratuito e igualitário. É dever do Estado garantir a saúde por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que constitui um conjunto de instituições responsáveis pela execução das ações e serviços de saúde, de forma direta, permitindo a participação da iniciativa privada em caráter 'complementar'. No entanto, apesar de um denso arcabouço jurídico, o SUS enfrenta várias frentes para tornar a saúde um direito efetivo para o cidadão brasileiro. Resta saber se a introdução do modelo de gestão neogerencial tem sido a solução para o enfrentamento das disfuncionalidades sistêmicas do setor público de saúde no Brasil.

PALAVRAS CHAVES: Nova Gerência Pública, reforma da saúde, privatização, serviço público.

RESUMEN: En Brasil la salud es un derecho fundamental con acceso universal, libre e igualitario. Es el deber del Estado garantizar la salud a través del *Sistema Único de Saúde* (SUS), que es un grupo de instituciones encargadas de la ejecución de las acciones y servicios de salud, directamente, lo que permite la participación de la empresa privada de manera suplementaria. Sin embargo, a pesar de un marco jurídico denso, el SUS enfrenta varios frentes para hacer una ley efectiva de salud al ciudadano brasileño. Queda por verse si la introducción del modelo de gestión neogerencial ha sido la solución para la confrontación de los problemas sistémicos del sector de salud pública en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Nueva gestión pública, reforma de salud, privatización, servicio público.

ABSTRACT: Health in Brazil is a fundamental right with universal access, free and egalitarian. It is the duty of the State to ensure health through the unified Health System (SUS), which is a group of institutions responsible for the implementation of the actions and health services, seamlessly allowing the participation of private enterprise in character ' complement '. However, despite a dense legal framework, the SUS faces several fronts to make health an effective law to the Brazilian citizen. It remains to be seen whether the introduction of the neogerencial management model has been the solution to the confrontation of systemic disruption of the public health sector in Brazil.

KEY WORDS: New Public Management, health reform, privatization, public service.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará das privatizações do sistema público de saúde, em um marco de reformas neogerenciais introduzidas no Brasil na década de 90. O problema central é saber até que ponto o modelo de gestão adotado para a prestação de serviços públicos de saúde vem solucionando os problemas enfrentados pelo Sistema Único de Saúde. É dizer, se os instrumentos neogerenciais eleitos pelo governo brasileiro vem equacionando problemas como a eficiência e a equidade para o sistema como um todo, assim como se as privatizações são compatíveis com o ideário da política de saúde pensado pelo constituinte brasileiro. Com este propósito, propor-se-á que a adoção de modelos que tiveram êxito em outros países de forma acrítica, desconsiderando as peculiaridades históricas e sociopolíticas no âmbito em que operam, pode levar a uma maior disfuncionalidade sistêmica da política pública, agudizando problemas anteriormente existentes.

O Estudo trata exclusivamente a realidade do Brasil e enfocará um fenômeno que vem sendo objeto de um debate no âmbito jurídico e institucional da política de saúde: a disseminação de contratos de gestão pela administração pública com as organizações sociais (OS), entidades privadas sem fins lucrativos, pertencente ao chamado terceiro setor, para a provisão de serviços públicos de saúde. Muito embora a exploração científica sobre os novos modelos de gestão para a prestação de serviços de saúde não seja uma novidade, o impacto desse fenômeno para Sistema Único de Saúde (SUS), numa perspectiva do direito e da ciência da administração é muito pouco explorado.

O trabalho tem como objeto as reformas neogerenciais introduzidas no Brasil na segunda metade dos anos 90, através do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) e as suas propostas para a política pública de saúde. A delimitação desse objeto consiste na privatização da saúde, através da introdução de “novos” instrumentos de gestão para a prestação de serviços públicos de saúde, mais especificamente os contratos de gestão com as organizações sociais. A partir de um contexto de problemas historicamente relacionados à formação de uma burocracia no Brasil, apesar de sucessivas reformas administrativas, a privatização de serviços de saúde tem sido a solução para a funcionalidade do Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela garantia desse direito fundamental? Ademais, devido à extensão do tema, é possível ainda formular outros questionamentos a fim de abarcar de maneira completa o presente estudo. Assim, os contratos de gestão com as organizações sociais teriam então conformidade jurídica e político-institucional com Sistema Único de Saúde? Existe comprovação empírica de que esse novo modelo atende aos princípios de eficiência, economicidade, e equidade, sob uma perspectiva sistêmica? Entre as correntes de reformas administrativas, qual a que seria mais adequada ao modelo jurídico de estado administrativo no Brasil e, em consequência para a prestação de serviços de saúde? Qual o modelo de gestão

para o SUS que mais atende ao ideário pensado pelo constituinte brasileiro para a política de saúde?

A metodologia empregada no trabalho de pesquisa foi o método indutivo a partir da observação de como funciona o sistema de saúde no Brasil, e o seu entorno jurídico e institucional, para a teorização de sua conformação e funcionalidade com as privatizações dos serviços públicos sanitários. Também foi empregado o método dedutivo a partir da análise descritiva dos aspectos conceituais e metodológicos dos modelos de reformas do Estado que inspiraram as mudanças no setor de saúde no Brasil. A pesquisa bibliográfica foi realizada através de livros sobre os temas abordados e artigos científicos em revistas especializadas na internet, assim como teses de doutorado e endereços na web sobre a temática relacionados à saúde e às reformas administrativas.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E O ESTADO ADMINISTRATIVO DE DIREITO

A formação do Estado administrativo brasileiro

Ao retratar as mazelas que envolvem a formação o Estado brasileiro, Raimundo Faoro¹ afirma que o patrimonialismo estatal sempre esteve presente na história do Brasil, e cuja legitimidade assenta no tradicionalismo herdado da Península Ibérica. O poder político é exercido por um “estamento burocrático”, estruturado no patrimonialismo, caracterizado por um grupo social que agia em causa própria se beneficiando da máquina política e administrativa do país. Porém, essa burocracia não tinha o sentido moderno, racional weberiano, mas serve apenas para diferenciar-se socialmente².

O Setor Público servia para proporcionar emprego através de distribuição de cargos públicos aos protegidos políticos indicados pelo partido vitorioso nas eleições³. Assim, As lutas políticas no Brasil ocorriam para a disputa de poder com o objetivo de controle da administração pública a serviço de interesses de famílias, grupos e partidos pertencentes a uma mesma classe social, no caso, a oligarquia rural⁴. Nesse sentido, não havia uma preocupação “pela racionalidade, qualidade do serviço e a eficiência no desempenho da atividade pública⁵”.

¹ R. Faoro, *Os Donos do Poder*, Formação do Patronato Político Brasileiro (São Paulo: Editora Globo, 2001, 3ª ed. revisada).

² R.G. Campante, “O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira”, *Revista de Ciências Sociais* 46, 1 (2003): 154; disponível online em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf> [Consulta: 2 de julho de 2013].

³ N. Mello e Souza, “Reforma administrativa no Brasil: um debate interminável (Administrative reform in Brazil: a lasting debate)”, *Revista de Administração Pública* 28, 1 (1994): 55; disponível online em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8513/7256> [Consulta: 2 de julho de 2013].

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibid.*, 54

Atualmente, O modelo de *Estado administrativo* previsto na Constituição Federal de 1988 revela uma forte rigidez burocrática racional e profissionalizante, pela exigência de concurso público, representando com isso um grande avanço na medida em que não deixa de ser um mecanismo que protege a administração pública da influencia do patrimonialismo. Esse modelo se coaduna com a burocracia do tipo weberiana, característica do Estado moderno. No entanto, apesar da rigidez burocrática e profissional atual, não houve paralelamente um sistema de controle efetivo de realização dos concursos públicos, que continuaram sofrendo a influencia do patrimonialismo, só que agora à margem da lei e da Constituição. Muito menos foi acompanhado por um sistema de motivação de promoção na carreira por critérios objetivos de mérito, ou mesmo por um sistema gradual de mudança nas estruturas sócio-políticas, historicamente imbricadas com a forma de acesso aos cargos públicos. A Administração pública concebida pela Constituição acabou se transformando em ineficiente e onerosa ao Estado.

As reformas neogerenciais do governo de FHC

Ao assumir o governo em 1995, o presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) colocou em pratica uma reforma na administração pública idealizada pelo Ministério de Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), a partir de um novo paradigma em gestão pública com a utilização dos pressupostos teóricos da escola da Nova Gerencia Pública (*New Public Management*). Com o fim de ajuste fiscal e de modernização do aparelho do Estado, as propostas para um novo modelo de gestão, contidas no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), baseavam-se numa perspectiva gerencial, seguindo as diretrizes do Consenso de Washington⁶.

A Administração pública gerencial alcançou seu auge nos anos 80 a partir das experiências de países como Nova Zelândia, Austrália, Reino Unido e Estados Unidos da América, que adaptaram e transferiram as técnicas do setor privado para a gestão pública. A Nova Gerencia Publica tem como base teórica o neoliberalismo e a escola de Chicago, que acabaram se aliando ao neoconservadorismo de Margaret Thatcher, cuja agenda de reformas será a amálgama para as transformações nas administrações públicas de muitos governos⁷.

⁶ A.P.P. de Paula, *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea* (Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005, reimp. 2007), 12; disponível online em: http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=KGt09LGkvrIC&oi=fnd&pg=PA11&dq=Por+uma+nova+gestão+pública:+limites+e+potencialidades+da+experiência+contemporânea+&ots=frvFopUaAy&sig=BMesZCu0822mIX113pyjfyYO_0s [Consulta: 2 de julho de 2013].

⁷ *Ibid.*, 43.

Apesar da introdução de um novo paradigma, de um novo pensar, sobre que tipo de administração pública requer o Estado brasileiro, as reformas tiveram obstáculos de ordem política, econômica e estrutural, além de equívocos de diagnóstico⁸. Destaca-se a resistência de um sistema político que era contra a profissionalização da burocracia e de avaliações de desempenho, visto que poderiam prejudicar a interferência política sobre a distribuição de cargos e verbas públicas. Apesar de não estabelecer uma agenda de reformas para a gestão pública, o governo de Lula tem como ponto alto o aproveitamento da democracia participativa como elemento importante de planejamento. Nesse sentido, desenha-se uma forma híbrida de administrar que inclui várias abordagens, a qual caracteriza a Administração Pública brasileira, denominada por Ana Alice Vilas Boas e outros, “Administração pública tupiniquim”⁹. Assim, o Brasil vai buscando o seu próprio conceito de governança.

Entretanto, a administração pública brasileira ainda convive com o modelo patrimonialista, cuja superação constitui um desafio para a construção e o desenvolvimento de sua concepção de boa administração, sem esquecer que a participação é um elemento essencial nesse processo. Para o neoliberalismo, a organização pública existe para servir o indivíduo que é visto como cliente¹⁰, e se fundamenta na igualdade de oportunidades, como uma prática comum na sociedade. Essas ideias reformistas não tem resultado satisfatório em sociedades, como a brasileira, desconectadas dessa realidade, com prevalência de fatores históricos tradicionais, incompatíveis com as práticas neoliberais¹¹. A solução para a redução das desigualdades sociais ainda recai sob a responsabilidade do Estado, através de sua administração pública, seja com medidas desenvolvimentistas seja por programas sociais compensatórios¹².

⁸ F.L. Abrucio, F.L. Abrucio, “Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas”, Revista de Administração Pública 41(2007): 77; disponível online em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v41nspe/a05v41sp.pdf> [Consulta: 2 de julho de 2013].

⁹ Ana Alice Vilas Boas e outros, “Administração pública tupiniquim: Reflexões a partir da Teoria N e da Teoria P de Guerreiro Ramos”, Cadernos EBAP. BR2 (2012): 296; disponível online em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/viewFile/5264/3998> [Consulta: 2 de julho de 2013].

¹⁰ P.R. Motta, “A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos”, Revista Administração Pública 41 (2007): 89-90; disponível online em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v41nspe/a06v41sp.pdf> [Consulta: 3 de julho de 2013], 93

¹¹ *Ibid.*, 94

¹² *Ibidem*

O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde como um direito fundamental

No Brasil, o direito à saúde é positivado nos art. 6º. e 196¹³ da Constituição erigido à categoria de direito fundamental. Como um direito social, o direito à saúde impõe um dever ao Estado a adotar ações concretas para a promoção, proteção e recuperação da saúde, através das ações e serviços públicos de saúde. Ademais, a Constituição brasileira não só erige o direito à saúde como direito fundamental, mas já estabelece o mecanismo estatal utilizado pelo Estado para atender esse direito à população, que é o Sistema Único de Saúde (SUS), com objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na própria Constituição e na lei orgânica nº 8.080/90 que o regula.

A saúde não se restringe a questão biológica ou genética, mas suas condicionantes e determinantes se revelam extremamente importantes. A política pública de saúde precisa estar em conexão com as demais políticas, permitindo uma transversalidade imprescindível, para a redução da morbimortalidade. Problemas como a falta de políticas de saneamento e de preservação do meio ambiente, a violência no trânsito, a violência urbana, as desigualdades sociais e os altos índices de corrupção, tudo está relacionado com a saúde. A deficiência nessas condicionantes leva a população a adoecer de forma mais rápida e com maior intensidade, colapsando os serviços públicos de saúde que não dão conta de uma demanda cada vez mais crescente¹⁴ diante de uma finitude de recursos.

A alegação de que os serviços públicos de saúde no Brasil são ineficientes devido a uma burocracia e a um regime jurídico rígido é falacioso. A escolha de um caminho mais rápido e mais “justificável” tem revelado que não só os mesmos problemas persistem, bem como têm recrudescido velhos fantasmas que sempre permearam as relações sócio-políticas no Brasil, como a prevalência do clientelismo na distribuição de cargos públicos, além de uma insegurança jurídica, levando a uma cultura de incumprimento das regras jurídicas e, em

¹³ Brasil – Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 6º.: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 64, de 2010); Art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; em Constituição da República Federativa do Brasil, disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html [Consulta: 28 de junho de 2013].

¹⁴ BNB-Etene. Agência prodetec – Fortaleza, março de 2013: “Estudo Indica aumento de gastos e de demanda por serviços de saúde no País”; *vid.* <http://www.agenciaprodetec.com.br/estudos-e-pesquisas/375-estudo-indica-aumento-de-gastos-e-da-demanda-por-servicos-de-saude-no-pais.html> [Consulta: 6 de julho de 2013].

consequência, a uma debilidade das instituições democráticas. Entretanto, é preciso reconhecer que as questões técnicas de gerenciamento são imprescindíveis para uma boa administração de qualquer política pública. Para a tomada de decisões corretas em assuntos técnicos é essencial uma administração pública profissional.

O Sistema Único de Saúde (SUS)

A Constituição não só reconhece o direito à saúde como um direito fundamental, como também criou a instituição jurídica que garante esse direito através de execução de políticas públicas que assegurem a redução do risco de doenças e agravos à saúde que o Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como princípios a universalidade e o acesso igualitário, de maneira que a população tem acesso as ações e serviços públicos de saúde de forma gratuita e sem discriminação.

No entanto, o SUS nasce em meio a forças contraditórias, uma vez que surge como uma nova proposta de seguridade social e desmercantilização, substitutiva de um modelo de saúde setorial e mercantilizado que acompanhou o processo histórico da relação Estado/Saúde, quando o Estado era uma espécie de seguro social para a assistência médica, mediante o desconto em folha de salários dos trabalhadores. Ao mesmo tempo, as reformas neogerenciais do Estado introduzidas na metade dos anos 90, acabou por esmaecer as relações público-privadas na saúde, sepultando a ideia de um projeto de desmercantilização para o setor.

Na estimativa do ano 2007¹⁵, o percentual de gasto público com saúde em relação ao gasto total é de 41,6, enquanto do gasto privado representa 58,4. A participação inclusive do gasto público apresenta uma queda nítida no período de 1975 a 2007, o que indica uma crise do Estado de bem-estar¹⁶. Esse resultado revela um paradoxo na medida em que o Brasil possui um sistema de saúde de atenção universal e gratuito.

Outro dado revela que “embora mais de 90% da população seja usuária do SUS, apenas 28,6% utilizam exclusivamente o sistema público¹⁷”. Para um sistema universal é no mínimo estranho. A maioria (61,5%) utiliza o SUS e outros serviços (plano de saúde, pagamento direto), revelando “uma cesta de

¹⁵ Fonte: World Health Report 2010; disponível online em: http://www.who.int/healthsystems/topics/financing/healthreport/whr_background/en/ [Consulta: 5 de julho de 2013].

¹⁶ Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), *O Financiamento da Saúde/Conselho Nacional de Secretários de Saúde* (Brasília: CONASS, 2011), 36; disponível online em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao_sus_v.2.pdf [Consulta: 5 de julho de 2013].

¹⁷ *Ibid.*, 42

consumo tipo mix público/privado¹⁸”, que acaba refletindo na preponderância da participação privada no sistema de saúde como um todo.

O SUS precisa sofrer uma ressignificação para adequar seus princípios e diretrizes a nova realidade social, em que apesar do aumento de renda da população, a concentração de renda é um dos grandes problemas a serem enfrentados¹⁹. Como política construída sobre as bases de um ideário de promoção de inclusão e justiça social, a solução por um modelo de gestão, que não leva em conta as peculiaridades históricas e socioculturais, não parece ser a via mais apropriada. É preciso enxergar o SUS sob a ótica contrária a sua mercantilização, que é reforçada pelo modelo de gestão, em que as responsabilidades se diluem entre setores descomprometidos com o interesse público.

A definição dos objetivos do SUS através da política, com ampla participação social, e sua operacionalização por meio de uma burocracia profissional permanente e escolhida por meio meritocrático, é a via para se recuperar uma ética do serviço, vinculada a busca da inclusão social na provisão de serviços de saúde prestados pelo Estado, provocando externalidades positivas e, em consequência, melhorando o desenvolvimento humano, por meio da política setorial.

AS PRIVATIZAÇÕES NO SETOR DE SAÚDE PÚBLICA

Os contratos de gestão como instrumentos gerenciais para prestação de serviços de saúde

O espírito reformista da Administração Público na década de 90 trouxe junto institutos jurídicos remodelados, com emprego de nova terminologia²⁰, para seu enquadramento com uma nova ideologia modernizadora. Projetos de

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ Segundo o “Relatório Territorial Brasil 2013”, divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), apesar dos investimentos do governo brasileiro para a redução da pobreza nos últimos anos, “o Brasil ainda é um dos países com maior desigualdade social do mundo”. O relatório ainda revela disparidades entre as economias dos estados brasileiros e que a estrutura institucional brasileira é considerada “complexa” pelo estudo. Aponta que os problemas mais graves de governança estão na esfera municipal, onde há excesso de instituições, criando “superposições, ineficiências e aumento dos custos operacionais”, *apud* Marcelo Corrêa, “Brasil tem segunda pior distribuição de renda em ranking da OCDE”, *O Globo*, 19 mar., 2013, disponível online: <http://oglobo.globo.com/economia/brasil-tem-segunda-pior-distribuicao-de-renda-em-ranking-da-ocde-7887116> [consulta: 07 de julho de 2013]

²⁰ Di Pietro, M.S.Z. Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas* (São Paulo: Editora Atlas, 2009, 7a. Edição), 251.

lei, convertidos em leis²¹, dispunham sobre a qualificação das *organizações sociais* e *organizações da sociedade civil de interesse público*. São entidades do chamado Terceiro Setor, assim entendido aquele composto por entidades das sociedades civil que exercem atividades de interesse público sem fins lucrativos²².

No âmbito dos serviços de saúde, as privatizações tem sua maior expressão através dos contratos de gestão com as organizações sociais. A introdução desse mecanismo tem repercutido tanto no âmbito jurídico como na esfera de política-institucional. No âmbito jurídico, a legislação privilegiou as organizações sociais, com dispensa de licitação para a celebração de contratos de gestão com essas entidades, deixando para o gestor a total liberdade e discricionariedade para a escolha das entidades qualificadas. Tal situação não só configura uma temeridade, como constitui uma imoralidade administrativa por afrontar princípios²³ constitucionais da Administração Pública, com risco para o patrimônio público, além de afetar direitos dos cidadãos²⁴.

De outra parte, na esfera político-institucional, a presença minoritária do Estado no conselho de administração das organizações sociais é um fator que reduz a fiscalização e o controle, debilitando a sua capacidade de responsabilidade social. Assim, a autonomia administrativa e financeira concedida a essas organizações, sem controle e regulação eficientes, em países que tem um histórico de patrimonialismo e clientelismo nas relações publico-privadas, como o Brasil, é extremamente temerário, por significar uma via para massivas práticas clientelistas²⁵.

A prestação de serviços de saúde de caráter universal é mais compatível com um modelo neoweberiano, que agrega alguns elementos neogerenciais com

²¹ No caso das organizações sociais, a sua regulamentação foi inicialmente por uma medida provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997; disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1591.htm, transformada em Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm; já as organizações da sociedade civil de interesse público foram objeto do projeto de Lei nº 4.690/98 do Poder Executivo, posteriormente transformado na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; disponível ademais online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm [Consulta: 24 de junho de 2013].

²² Di Pietro, *op. cit.*, 252.

²³ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 37.: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998); disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm [Consulta: 30 de junho de 2013].

²⁴ Di Pietro, *op.cit.*, 267.

²⁵ Ferraro, Agustín, *Reinventando el Estado: Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009), 135.

a valorização da carreira profissional, mediante acesso por critérios de mérito, aliado a um controle e participação sociais, sendo o sentido “social” de “público”, e não setorial corporativo, composto por interesses particulares. Aliás, uma reforma burocrática weberiana é um desafio para os países da América Latina, conforme enfatiza Nuria Cunill²⁶. Aduz a referida autora que para a reforma do setor público, é imprescindível um sistema assentado nas capacidades de pessoal, protegido de interferências políticas, e que sejam concedidos incentivos ao desempenho por meio de um sistema de remuneração e carreira.

A contratação de organizações sociais tem sido utilizada pelos governos em todos os níveis da federação como forma de fuga das “amarras” da Administração Pública, principalmente em áreas sociais sensíveis como a saúde, cuja crescente demanda, falta de organicidade de sistema, e a incongruência na distribuição dos gastos com saúde, com predominância da participação privada, conforme já demonstrado, acabam por comprometer a qualidade, o acesso universal e equidade desses serviços. Essas disfuncionalidades se agudizam com os modelos de gestão neogerenciais, com destinação de uma parcela significativa do orçamento de saúde dos Estados e dos municípios para essas entidades privadas, sem qualquer comprovação empírica da melhora efetiva para o sistema de saúde.

Estudos revelam um aumento dos gastos com contratos de gestão, e outras formas contratuais desse tipo com diversas entidades, cujos valores mais que duplicaram em cinco anos²⁷. Apesar da sua implementação de forma disseminada por muitas administrações em vários Estados e municípios brasileiros, carece de um estudo profundo acerca da eficiência e a disjuntiva entre esta e a distribuição dos serviços prestados pelas organizações sociais. Uma pequena amostra foi resultado de um “estudo comparativo entre gerenciamento da administração direta e das organizações sociais da saúde de

²⁶ Nuria Cunill Grau, “Retos de las reformas de segunda generación: ¿Mercantilización y neoclientelismo o reconstrucción de la Administración Pública?”, *Nueva Sociedad* 160 (1999); disponível online em: http://www.nuso.org/upload/articulos/2755_1.pdf [Consulta: 2 de julho de 2013].

²⁷ Estudos revelam que o Estado de São Paulo duplicou os gastos com saúde pelo modelo de gestão por meio de contratos com organizações sociais e outras entidades do tipo, ao passo que os repasses aos serviços prestados pela administração direta, houve aumento relativo, apenas acompanhando a inflação, *Vid.* Maria Luisa Levi Pahim, “Organizações Sociais de Saúde do estado de São Paulo: Inserção privada no SUS e gestão financeira do modelo pela Secretaria de Estado da Saúde”, Tese do Doutorado apresentada na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências (Medicina Preventiva), Orientadora: Prof. Dra. Ana Luíza D’vila Viana, São Paulo, 2009, 66-67, disponível online em: <http://observasaude.fundap.sp.gov.br/BibliotecaPortal/Acervo/Capacidade%20Instalada%20-%20%20Assistência%20à%20Saúde/Organização%20Social%20-%20artigos/Tese%20Final.pdf> [Consulta: 5 de julho 2013].

hospitais estaduais paulistas²⁸”, realizado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Apesar de meramente descritivo, o referido estudo procurou evidenciar as diferenças e semelhanças existentes na oferta de serviços públicos aos cidadãos (contribuinte, usuário ou cliente) do SUS.

O resultado é surpreendente no tocante a algumas variáveis ao demonstrar que as organizações sociais são deficitárias. O indicador de eficiência técnica, por exemplo, no caso a relação altas/leitos clínica-médica é maior para os hospitais da Administração Direta. Outro dado importante trazido pelo estudo comparativo é no sentido de que apesar da receita econômica em procedimentos de média complexidade ser maior nos hospitais das organizações sociais, estas apresentam prejuízo econômico, computados os gastos tributários, maior que os hospitais da administração direta.

No entanto, esse modelo continua a ser adotado sob o argumento de que é mais eficiente, sem contudo qualquer comprovação empírica a respeito. Ademais, existe a dificuldade de comparações entre os serviços geridos diretamente pelos governos e aqueles administrados pelas Organizações Sociais pela própria dificuldade de ponderação da análise²⁹. A complexidade dos serviços e o grande volume de recursos repassados são só alguns elementos que dificultam na prática a possibilidade de se isolar informações corretas acerca dos gastos dos recursos nos dois modelos.

A necessidade de uma regulação do terceiro setor, e não somente das atividades por este exercidas, evitaria a existência de organizações que estão perdendo o interesse público, dando lugar a relações clientelistas com grupos privilegiados da sociedade, o que é comum em países com o histórico de patrimonialismo nas suas relações sociopolíticas como o Brasil. Essa atuação governamental reforçaria a responsabilidade social das organizações, além de fazer valer a teoria da agência, que parte de uma confiança constantemente vigiada. Nesse sentido, “se trata de reconhecer que a sociedade civil não é intrinsecamente virtuosa, e que sob a capa da participação e da organização política da sociedade, podem perfeitamente se esconder práticas políticas atrasadas³⁰”. Trata-se também de um processo de amadurecimento da administração pública para inovar de forma ousada, mas com zelo e segurança, a fim de produzir projetos sustentáveis politicamente, com contornos seguros e

²⁸ *Vid.* Relatório do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quadros demonstrativos n.ºs. 226, 227 e 228, 1302; disponível online em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/rel-voto10.pdf> [Consulta: 2 de julho de 2013].

²⁹ Maria Luisa Levi Pahim, *op. cit.*, 141.

³⁰ Carlos Antônio Morales, "Suministro de servicios sociales a través de organizaciones públicas no estatales. Aspectos generales." *Lo Público no estatal en la reforma del Estado*, CLAD, Buenos Aires (1998), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/unpan000165.pdf> [Consulta: 1 de julho de 2013].

flexíveis para o setor público, sem esquecer-se de contribuir para uma sociedade participativa e responsável³¹.

CONCLUSÕES

Do estudo feito, apresentamos as seguintes conclusões:

1. Na formação do Estado brasileiro, o patrimonialismo estatal sempre esteve presente na história do Brasil, e cuja legitimidade assenta no tradicionalismo herdado da Península Ibérica. Essa característica continua presente até os dias atuais, e apesar das sucessivas tentativas de modernização do aparelho estatal nunca se conseguiu superar as práticas patrimonialistas nas relações sociopolíticas.
2. Com inspiração nos princípios Nova Gerência Pública (NGP) ou o neogerencialismo, que tem como proposta trasladar técnicas de gerenciamento utilizadas do setor privado para os serviços públicos, mediante terceirizações e privatizações, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), a administração pública é objeto de um complexo projeto de reforma estrutural que estabelece, entre outras medidas, um sistema descentralizado transferindo a responsabilidade de gestão de serviços, alguns deles essenciais, para “agências autônomas” e “organizações sociais”, controladas por contratos de gestão.
3. O modelo da NGP é incompatível com a realidade dos países latino-americanos, cuja cultura do serviço público é marcada pelo clientelismo e favoritismo pessoal, além de uma propensão à informalidade. Constatamos, então, que o modelo que mais se adequa à realidade latinoamericana é o neoweberianismo que, longe de romper com a NGP, faz uma revisão crítica de seus preceitos para se adequar à realidade local.
4. A maior expressão da privatização no setor de saúde são os contratos de gestão com as *organizações sociais* (OS). Destacamos que os contratos de gestão com as organizações sociais estão sendo utilizados pelo poder público como uma forma de fugir do regime de direito público, devido a uma maior flexibilidade e autonomia, carecendo de conformação jurídica, e propiciando a prática de clientelismo. No plano de política institucional, o SUS constitui um sistema predominantemente público, que funciona em *rede* articulada entre as esferas de governo, de forma

³¹ Maristela Afonso de André, “A efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado”, Revista de

Administração de Empresas 39, 3 (1999): 43; disponível <http://www.scielo.br/pdf/rae/v39n3/v39n3a05.pdf> [Consulta: 30 de junho de 2013].

que o modelo de gestão neogerencial torna o sistema de saúde mais fragmentado, e de difícil controle, gerando disfuncionalidades.

5. O discurso da eficiência faz parte de uma retórica hegemônica que tem ofuscado um debate profundo, inexistindo estudo atuarial a fim de comprovar empiricamente a eficiência, economicidade e equidade desse modelo de gestão sob uma perspectiva sistêmica. A complexidade dos serviços e o grande volume de recursos repassados são só alguns elementos que dificultam na prática a possibilidade de se isolar informações corretas para a análise dos gastos dos recursos nos modelos de gestão direta ou pela via da privatização.
6. Portanto, concluímos em nosso estudo que as privatizações, como modelo de reforma administrativa, para o SUS não vem atendendo a contento muitos problemas relacionados à efetividade do direito à saúde e de acesso a alguns serviços, visto que após a adoção desse modelo, muitos problemas e desafios permanecem para o sistema. Também verificamos que inexistente comprovação empírica de maior eficiência dos serviços prestados através de organizações sociais em relação aos serviços prestados diretamente pelo poder público, carecendo de um maior aprofundamento na temática, uma vez que tem sido motivo de um discurso retórico para justificar uma maior participação das organizações sociais nos recursos orçamentos de saúde, em detrimento de outras ações e serviços sanitários.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abrucio, Fernando Luiz. "Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas", *Revista de Administração Pública* 41(2007), <http://www.scielo.br/pdf/rap/v41nspe/a05v41sp.pdf>
- Boas, Ana Alice V., José Roberto Pereira, Marília Paula dos R. Teixeira and Elisa Zwick. "Administração pública tupiniquim: Reflexões a partir da Teoria N e da Teoria P de Guerreiro Ramos", *Cadernos EBAPE. BR*, 2 (2012), <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/viewFile/5264/3998>
- Campante, Rubens Goyatá. "O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira", *Revista de Ciências Sociais* 46, 1 (2003), <http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>
- Cunill Grau, Nuria. "Retos de las reformas de segunda generación: ¿Mercantilización y neo-clientelismo o reconstrucción de la Administración Pública?", *Nueva Sociedad* 160 (1999), http://www.nuso.org/upload/articulos/2755_1.pdf
- Currea-Lugo, Victor de. *La salud como derecho humano: 15 requisitos y una mirada a las reformas*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.

- De André, Maristela Afonso. "A efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado", *Revista de Administração de Empresas* 39, 3 (1999), <http://www.scielo.br/pdf/rae/v39n3/v39n3a05.pdf>
- De Paula, Ana Paula Paes. "Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social", *RAE-Revista de Administração de Empresas* 1 (2005), <http://rae.fgv.br/rae/vol45-num1-2005/administracao-publica-brasileira-entre-gerencialismo-gestao-social>
- _____. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2005. reimpressão 2007. http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=KGt09LGkvrIC&oi=fnd&pg=PA11&dq=Por+uma+nova+gestão+pública:+limites+e+potencialidades+da+experiência+contemporânea+&ots=frvFopUaAy&sig=BMesZCu0822mlXl13pyjgYO_0s
- Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- Farah, Marta Ferreira Santos. "Administração pública e políticas públicas", *Revista de Administração Pública* 45, 3 (2011), <http://www.scielo.br/pdf/rap/v45n3/11.pdf>
- Faoro, Raymundo. *Os Donos do Poder Formação do Patronato Político Brasileiro*. São Paulo: Ed. Globo, 2001.
- Ferraro, Agustín. *Reinventando el Estado: Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2009.
- Fleury, Sonia. "Salud y democracia en Brasil: Valor público y capital institucional en el Sistema Único de Salud", *Salud colectiva* 3, 2 (2007), <http://www.scielosp.org/pdf/scol/v3n2/v3n2a04.pdf>
- Levi Pahim, Maria Luisa, "Organizações Sociais de Saúde do estado de São Paulo: Inserção privada no SUS e gestão financeira do modelo pela Secretaria de Estado da Saúde". Tese de Doutorado (Medicina Preventiva). Universidade de São Paulo, 2009.
- Martín, María José C. "Los nuevos derechos", *Teoría y realidad constitucional* 20 (2007), <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?pid=bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2007-20-5500>
- Mello e Souza, Nelson. "Reforma administrativa no Brasil: um debate interminável (Administrative reform in Brazil: a lasting debate)", *Revista de Administração Pública* 28, 1 (1994), <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8513/7256>
- Morales, Carlos Antonio. "Suministro de servicios sociales a través de organizaciones públicas no estatales. Aspectos generales." *Lo Público no estatal*

en la reforma del Estado, CLAD, Buenos Aires (1998), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/unpan000165.pdf>

- Moriconi Bezerra, M., Ferraro, Agustín. *Retórica política y reformas de la administración pública en América Latina: Estudio crítico y comparado del discurso oficial sobre reformas administrativas en Argentina, Chile y Uruguay*, Tesis de Doutoramento. USAL, (2008), http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18590/1/DDPG_Retorica%20politica%20y%20reformas%20de%20la%20Admimistracion.pdf.
- Motta, Paulo Roberto. “A modernização da administração pública brasileira nos últimos 40 anos”, *Revista Administração Pública* 41 (2007), <http://www.scielo.br/pdf/rap/v41nspe/a06v41sp.pdf>
- Pereira, Luiz Carlos Bresser Pereira. “Da administração pública burocrática à gerencial”, *Revista do Serviço Público* 47,1 (1996), <http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>
- _____. “Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995”, *Revista do Serviço Público* 50, 4 (1999), <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1999/93.reflexoessobrefgerencial.p.pg.pdf>
- _____. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, vol. 1, Brasília: MARE-Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. <http://www.scielo.br/pdf/ln/n45/a04n45.pdf>
- Rivero Ortega, Ricardo. “Reforma del Estado en América Latina. Las instituciones administrativas como clave del desarrollo” em Ferraro, Agustín (Ed.), *En busca del Buen Gobierno*. Barcelona: Bellaterra, 2007.
- Rubio Llorente, Fco. “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional* 4, 4 (2006).
- Santos, Lenir. “Direito à saúde e qualidade de vida. Um mundo de corresponsabilidades e fazeres”, em André Evangelista de Souza e outros, Lenir Santos (organizadora), *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.
- _____. “Administração pública e a gestão da saúde”, *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde* 68 (2010), <http://www.idisa.org.br/img/File/GC-2010-RL-LIVRO%20CEBES-2011.pdf#page=68>
- Souza, André E., Medici, André, De Souza Cámino, A., Covas, Dimas T., Aith, Fernando, Carvalho, Gilson, e outros. Santos, Lenir (Org.), *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

MÉXICO-ITALIA: FORMA DE GOBIERNO Y ESTRUCTURA JUDICIAL ELECTORAL

Sara Eugenia Fajuri Valdez

Licenciada en Derecho y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de Guadalajara. Maestro en Corrupción y Estado de Derecho. Doctorando en Estado de Derecho y Buen Gobierno por la Universidad de Salamanca, España.
f.ajuriv@usal.es

Henry Sosa Olán

Profesor Auxiliar y Becario de la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.

henrypleyares@hotmail.com

RESUMEN: En el presente trabajo analizaremos a rasgos generales, las diferencias y semejanzas, tanto de la forma de gobierno de Italia como la de México. Para lo cual, habrá que hacer hincapié en las últimas reformas electorales ocurridas en ambos países. Asimismo, veremos cómo se encuentra conformado el Poder Judicial Electoral. Lo anterior cobra importancia, sobre todo, en estos momentos decisivos, en donde el Congreso de la Unión mexicana se encuentra discutiendo la Propuesta de reforma Política, a través del “Pacto por México”, esto con el fin de crear una auténtica transparencia electoral.

PALABRAS CLAVE: Parlamento, últimas reformas electorales, Poder Judicial Electoral.

ABSTRACT: In this paper we analyze in a general way, the differences and similarities between the form of government of México and Italy. For which, we will be emphasizing our investigation in the latest electoral reforms occurring in both countries. Also, is comprised see how the Judiciary Electoral Power. The foregoing becomes important nowadays, specially because the Mexican Congress is discussing the Political Reform Proposal, through of “Pacto por Mexico”, in order to create a genuine and legitimate electoral transparency.

KEYWORDS: Parliament, latest electoral reforms, Judiciary Electoral Power.

INTRODUCCIÓN

México es una república democrática y federal, esto de acuerdo con el artículo 41 de la Constitución Política (en adelante C.P.). Los poderes de la Unión residen en tres entes: el Ejecutivo, Legislativo y Judicial (art. 49 C.P.). En los últimos 18 años el Poder Legislativo ha jugado un papel importante, por lo que toca al desarrollo democrático del país, puesto que ha sido el contrapeso del Poder Ejecutivo. Sin embargo, la construcción de la democracia ha sido una

“*obra y construcción permanente*”, tal se ha señalado en otras ocasiones¹. En cambio, para poder entender la actual forma de gobierno en Italia es necesario remontarnos a los tiempos de la dictadura de Mussolini, durante 1920, época en la que se prohibió la conformación de partidos políticos; con excepción del Partido Nacional Fascista². Tras la Segunda Guerra Mundial se cae el régimen fascista y es mediante un referéndum que se instaura la República Italiana. Tres años después, 1948, se elabora la Constitución Republicana, donde aparece un nuevo sistema denominado: Democracia Cristiana, el cual se convirtió en uno de los principales opositores del Partido Comunista de Italia.

Durante los años 90 se descubre una gigantesca red de corrupción en la política italiana, mediante el proceso judicial denominado *Mani pulite* (manos limpias), fue un proceso judicial italiano llevado a cabo por el fiscal Antonio Di Pietro en 1992, en donde se descubrió una extensa red de corrupción que implicaba a todos los principales grupos políticos del momento y a diversos grupos empresariales e industriales. Lo que provocó gran conmoción en la opinión pública conociéndose como la *tangentopoli*³, comisión ilícita. Es en medio de esta conjunción de factores políticos, económicos y sociales donde aparecen políticos nuevos y limpios, hasta ese momento, como Silvio Berlusconi y Romano Prodi. A esta etapa se le conoce como la época de la Segunda República, un ejemplo claro de esta nueva era es el cambio del *sistema electoral*. “Este fenómeno de Corrupción habría tenido dos efectos positivos: una la de dar a los ciudadanos instrumentos para conocer el control y la transparencia, otro, el que surjan propuestas de reforma para dificultar la perpetuación del fenómeno”⁴. En relación con lo anterior, el Dr. Marco Olivetti en sus apuntes sobre la transformación del gobierno italiano, advierte que han sido dos factores decisivos en el cambio democrático; el sistema de partidos y el sistema electoral.

FORMA DE GOBIERNO

Por lo que toca a la forma de gobierno en México, actualmente, la Cámara de Diputados se encuentra compuesta por 300 diputados electos, los cuales podrán permanecer en su encargo durante un periodo de tres años, no pudiendo ser reelegidos para el periodo inmediato, esto según el principio de

¹Vid. SOSA OLÁN, H., “Cambio político en México: reformas electorales y sus impactos más profundos”, en FAJURI VALDEZ, S. E.; MARTÍNEZ, Gabriel. A., y MYERS GALLARDO, A., (Coords.): *Democracia y Elecciones*, Ratio Legis, Salamanca, Instituto Prisciliano Sánchez, 2013, Págs. 89-108.

² Partido que manifiesta el proyecto original fascista instaurando un corporativismo estatal autoritario y una economía dirigista, mientras su base intelectual planteaba la sumisión de la voluntad y la acción aplicando un nacionalismo de identidad

³DI PIETRO, Antonio(2001); *Intrevista su tangentopoli*, Editore Laterza, Italia

⁴SILVESTRI G. (2001) ; *Comissione di incheita su “tangentopoli” considerazioni ingenuie di costituzionalista*; Italia; pp121-123.

votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional, mediante el Sistema de Listas Regionales, votadas en circunscripciones plurinominales (art. 52 C.P.).

La Cámara de Senadores mexicana está integrada por 128, de los cuales, en cada Estado y en el Distrito Federal, dos serán elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Asimismo, durarán en su encargo seis años, no pudiendo ser reelegidos para el periodo inmediato siguiente. Para estos efectos, los partidos políticos deberán registrar una lista con dos fórmulas de candidatos. La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidatos que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate (art. 56 C.P.). De la misma manera, el poder público de los Estados se divide para su ejercicio, en Ejecutivo, Judicial y Legislativo. Recayendo en el Gobernador la función ejecutiva, en la Cámara de diputados la legislativa y en los Tribunales Superiores, la función Judicial (art. 116 C.P.).

En Italia, la forma de gobierno es republicana, lo anterior, se deduce de la lectura del artículo 1 constitucional, el cual tiene como base el principio liberal. En este sentido, los artículos 92 a 96 señalan que el gobierno de la República se compone del Presidente del Consejo y de los Ministros, ambos constituyen el Consejo de Ministros. Durante muchos años, tal y como señala Marco Almagisti, se ha considerado al Presidente de la República solo como un actor ceremonioso y simbólico, quién tiene la facultad de nombrar al Presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de él, a los Ministros del Gobierno, para lo cual, deberá gozar de la aceptación de ambas Cámaras; la cuál otorga o revoca mediante moción motivada y votada por insaculación nominal. Dentro de los diez días siguientes a su constitución el Gobierno presenta dicha aceptación ante las Cámaras para obtener la aprobación. No acarreará obligación de dimitir el voto contrario de una de las Cámaras o de ambas sobre una propuesta del Gobierno. La moción de desconfianza deberá ir firmada por la décima parte, como mínimo, de los componentes de la Cámara y no podrá ser discutida antes de haber transcurrido tres días de su presentación.

Una vez establecido el *Consiglio di Ministri*, es el Presidente del Consejo de Ministros quién dirige la política general del Gobierno y se responsabiliza de ella manteniendo la unidad de dirección política y administrativa, promoverá y coordinará la actividad de los Ministros. Conjuntamente los Ministros son responsables de los actos del Consejo e individualmente lo serán de los actos de su respectivo departamento.

La ley número 400 de fecha 23 de agosto de 1988 denominada *disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*

es la que prevé la organización de la Presidencia del Consejo y determinará el número, las atribuciones y la organización de los Ministerios. Es la misma constitución italiana la que señala que el Presidente del Consejo de Ministros y los Ministros, aún después de haber cesado en su cargo, estarán sujetos por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a la jurisdicción ordinaria, previa autorización del Senado de la República o de la Cámara de Diputados, de acuerdo con las normas establecidas por ley constitucional.

Así mismo, la norma comentada establece la conformación del Parlamento, poder legislativo; que es la *Camarie dei Diputadi*, conocida como Cámara baja del Parlamento y el Senado es la Cámara alta; de esta manera se conforma un sistema bicameral perfecto, ya que ambas Cámaras tienen en el mismo grado, por lo tanto, las mismas funciones aunque por separado. De conformidad con artículo 56 de la Constitución, la Cámara se compone de 630 diputados, a los cuáles se les da el tratamiento de *Honorable Deputato Onorevole*, 12 de los diputados son elegidos en la circunscripción extranjera. El cargo de diputado es elegido sólo por sufragio universal y directo de todos los ciudadanos italianos mayores de edad el día de las elecciones, y termina con el final de la legislatura establecido en cinco años. A diferencia del Senado, donde la edad mínima para la elección es de cuarenta años, puede ser elegido todo ciudadano que en el día de la elección haya cumplido los veinticinco años.

Según la ley electoral italiana actual, los miembros de la Cámara de Diputados son elegidos por representación proporcional. Son elegibles para la asignación de escaños las listas de coaliciones que han alcanzado al menos el 10% del total de votos válidos y, dentro de ellos, las listas que han recibido al menos el 2%. También participan en el reparto de escaños las listas que no son parte de una coalición, siempre y cuando hayan tenido por lo menos 4% de los votos a nivel nacional. Está previsto, sin embargo, el reexamen de los dos primeros partidos que no hayan superado esta barrera y que son los primeros de los excluidos

En el 2005 el Parlamento italiano aprobó la reforma descrita en el párrafo que antecede; ley electoral impulsada por el primer ministro, Berlusconi, en la que se reforzó el carácter proporcional del sistema en vigor en el país. La reforma, a la que se opuso el sector de centroizquierda que lideraba Prodi, salió adelante en el Senado con ciento sesenta votos a favor, ciento diecinueve en contra y seis abstenciones. La ley fue aprobada con los votos de la coalición Casa delle Libertà (CDL), liderada por Berlusconi, fue criticada por la oposición de centroizquierda, que acusa a Berlusconi de hacer una ley a su medida para mitigar la pérdida de votos en los comicios electorales.

Las características más relevantes del actual sistema de partidos italiano, comparado con el anterior, a criterio del Dr. Olivetti, son:

1. La aparición y consolidación de la “Coalición”, diferente al fenómeno conocido con el mismo nombre. Antes de 1994 la coalición solo era un acuerdo entre todos los partidos de la “soberanía” y ahora ese acuerdo se ha convertido en un sujeto de naturaleza confederal, es decir una unión estable, desde un punto de vista subjetivo autónomo, entre los sujetos que dirijan la coalición podrán volver a su status de sujetos totalmente autónomos. Durante la campaña electoral el elemento de la unificación la subjetividad es visible; al observar la representación por el líder, candidato a cargo del presidente del Consejo. Las formas de unificación y el relevo de líderes son diferentes según el nivel gubernamental y en cuanto al nivel estatal se genera un cambio con la Ley electoral en cuestión⁵. El elemento unificador del sistema electoral en 1993 fue la representación de los distritos electorales por un solo miembro, forma en la cual fueron electos tres cuartas partes de los diputados y senadores. Como cualquier ley perfecta, existen fenómenos sociopolíticos que la llevan a ser imperfecta; así sucedió en 1994, los distritos electorales se convirtieron en puntos de coalición, y;
2. La bipolarización de la competencia política, casi perfecta en el sentido en que no existen entidades externas a las coaliciones. Una vez que entró en vigor la ley, cada partido presentó listas bloqueadas de candidatos por circunscripciones, de manera que los electores volverán a votar por partidos y no por personas y los escaños en el Parlamento se repartirán teniendo en cuenta el porcentaje obtenido por cada formación política. Se previno la existencia de "un premio de mayoría", por el que se atribuirían escaños al partido más votado, con el objetivo de garantizar la gobernabilidad. La ley asegura la presencia de los partidos que representan a las minorías que se presenten en coalición o por separado y en las regiones que gozan de estatuto especial pueden acceder al reparto de escaños si superan el límite del 20% de votos. En la nueva ley no se incluye la llamada “cuota rosa”, es decir no habrá un número de escaños asegurados para las mujeres, se propuso que se presentara una candidata por cada tres hombres, con sanciones para los partidos que no se repartan proporcionalmente.

ÚLTIMAS REFORMAS ELECTORALES

Entre los años 2007 y 2008 se aprobaron una serie de reformas en la legislación electoral mexicana, las cuales agrupamos en tres bloques:

1. Las que tuvieron como objetivo fortalecer a las autoridades electorales al otorgarles mayores atribuciones y facultades, tanto al IFE como al TEPJF. De esta manera El Poder Legislativo integró al Código Federal

⁵Ley 270/2005

de Instituciones y Procedimientos Electorales, un capítulo dedicado a regular la transparencia⁶.

2. Las reformas relativas a la reducción de los gastos públicos en las campañas electorales. Con este tipo de medidas se pretende calcular el financiamiento público ordinario y la reducción del financiamiento para gastos de campaña, estableciéndose dos factores para determinar los montos, 65 por ciento del salario mínimo en el Distrito Federal y el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral, es decir, aquellos que cuenten o no con su credencial de elector⁷.
3. La nueva forma de acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social como la radio y la televisión, para lo cual se introdujeron una serie de reglas en el artículo 41 fracción tercera. La infracción al artículo mencionado por cualquier partido político, serán sancionadas por el IFE mediante procedimientos expeditos, que podrán incluir la orden de cancelación inmediata de las transmisiones en radio y televisión, de concesionarios y permisionarios, que resulten violatorias de la ley (art. 41. III-d).

PODER JUDICIAL

Cabe mencionar que hasta antes de 1977, no se había dado una reforma estructural en materia de justicia electoral, por lo tanto prevalecía un sistema de auto-calificación en las elecciones, en donde solo los integrantes del poder legislativo federal participaban, teniendo una escasa actuación la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para contrarrestar tal situación, en 1977 se reforma la Constitución en varios artículos en relación con la justicia en materia electoral, siendo las más destacadas las previstas en los artículos 60 y 97. Con la modificación del artículo 60 se encargó a un colegio electoral la calificación de las elecciones, creándose un Recurso de Reclamación (art. 97) ante la Corte⁸, pero sin convertir el sistema en un contencioso-jurisdiccional⁹.

⁶ Vid. GOMEZ VARELA, C. V., y BRAHMS GÓMEZ, J. L., “La autoridad administrativa electoral federal (IFE)”, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 107.

⁷ Cfr. HERNÁNDEZ NORZAGARAY, E., “Elecciones legislativas mexicanas y el escenario de las presidenciales de 2012”, en ALCÁNTARA SÁEZ, M., y TAGINA, M. L., (Coords.): *Elecciones y política en América Latina 2009-2011*, Miguel Ángel Porrúa, México, D.F., 2013, pág. 165.

⁸ Vid. MARTÍNEZ GIL, J. P., y RUVALCABA GARCÍA, G. D., “Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral (LGSMIME)”, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 158. Cuando aclaran: “Con la reforma a la Ley suprema de 1977, se incluyó el Recurso de Reclamación, que dio participación a la Suprema corte de Justicia de la

Durante este periodo surge Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales (LFOPPE), la cual reguló los ingresos de los partidos políticos en la escena electoral. Se dispensa a los partidos políticos del presupuesto de acreditar 65.000 miembros en la mitad de los Estados de la federación o de los distritos electorales, lo cual era un requisito indispensable para obtener el registro definitivo (art. 27). Se deja en manos de la Secretaría de Gobernación el registro de coaliciones y de candidaturas comunes (arts. 48, 60 y 67). Aunado a lo anterior, se previó la representación proporcional con el fin de apoyar a los partidos con pocos miembros y reducir la sobrerrepresentación del PRI¹⁰.

La reforma política publicada el 15 de diciembre de 1986, trajo como consecuencia directa la creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral (TRICOEL). El cual en su momento fue un órgano autónomo de carácter administrativo, integrado por siete magistrados numerarios y dos supernumerarios, los cuales eran nombrados por el Congreso de la Unión, teniendo un carácter mixto, es decir, resolvía impugnaciones administrativas (p. ej., la revocación y la revisión) y jurisdiccionales (p. ej., el recurso de apelación y la queja)¹¹. Su actuación principal se dio con motivo de la celebración de las elecciones federales de 1988, en donde tuvo la responsabilidad de sustanciar y resolver los recursos de quejas derivados de las impugnaciones en la elección de diputados, senadores y la elección presidencial¹².

La reforma de 2 de septiembre de 1993 que modificó algunos artículos constitucionales entre los que se encuentran el 41, el cual dio participación a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia electoral, a su vez se crea la Sala de Segunda Instancia del Tribunal Federal Electoral (TRIFE), conformada en su momento por el presidente del Tribunal y cuatro miembros de la judicatura federal. En esta sala se constituyó un órgano temporal, en donde se interponía el recurso de reconsideración, el cual tenía como fin combatir las

Nación en materia electoral, la cual correspondiendo a su alta investidura en su carácter de máximo tribunal del país, prácticamente no intervino en cuestiones políticas, de tal suerte que durante diez años, sólo recibió un máximo de once recursos de reclamación”.

⁹ Vid. MARTÍNEZ GIL, P., y MACÍAS HERNÁNDEZ, P., “Autoridades electorales jurisdiccionales en México (TEPJF)”, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 126.

¹⁰ Cfr. GARCÍA BARTOLO, M. S., “Las reformas electorales a nivel federal en México”, *Redalyc, el cotidiano*, núm. 166, marzo-abril, 2011, pág. 80.

¹¹ Cfr. MARTÍNEZ GIL, J. P., y RUVALCABA GARCÍA, G. D., “Ley general del sistema de medios...,” *op.cit.*, pág. 159.

¹² Vid. MARTÍNEZ GIL, P., y MACÍAS, P., “Autoridades electorales jurisdiccionales...,” *op.cit.* pág. 127.

sentencias de fondo de las Salas recaídas a los recursos de inconformidad¹³. Con esta medida se anula la competencia de los Colegios Electorales para calificar la elección de diputados y senadores, manteniéndose su competencia solamente en lo tocante a la elección presidencial. Por lo tanto, los fallos de la sala de Segunda Instancia tienen un carácter definitivo e inatacable.

En la actualidad, el TEPJF es un órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, encargado de resolver controversias en materia electoral y proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos, es decir, de impartir justicia en el ámbito electoral¹⁴. El Tribunal Electoral resuelve las impugnaciones a las elecciones de: Presidente de la República, gobernadores, jefe de Gobierno del Distrito Federal, diputados federales y senadores electos por el principio de mayoría relativa y representación proporcional. El Tribunal también es responsable, de efectuar el cómputo final de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, calificar la legalidad de la elección presidencial y declarar al presidente electo.

También conoce, y en su caso recibe, las controversias a los actos o resoluciones de los órganos centrales del Instituto Federal Electoral. Su labor es diferente a la que realiza dicho Instituto, el cual planea y desarrolla las elecciones, tanto federales como locales, y cumple una función administrativa. Por ejemplo, si se niega el registro a un aspirante a candidato, éste puede acudir al Tribunal para solicitar su intervención, con la finalidad de conseguir dicho registro. De igual manera, si se demuestran causales de nulidad de votación en una o varias casillas electorales, se solicita al Tribunal que proceda a ordenar su anulación.

El IFE encuentra su fundamento constitucional en el artículo 41 fracción V, en donde se aclara que será un órgano independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesionalidad en su desempeño; contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia. Con las reformas de los años 1994 y 1996, pasa a ser un organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. Asimismo, el IFE se regirá por los siguientes principios: la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad¹⁵.

¹³ Vid. MARTÍNEZ GIL, J. P., y RUVALCABA, G. D., “Ley general del sistema de medios...,” *op.cit.*, pág. 160.

¹⁴ Vid. <http://www.trife.gob.mx/acercate/quienes-somos-y-que-hacemos>. [Con acceso el 12-XI-2013].

¹⁵ Vid. GOMEZ VARELA, C. V., y BRAHMS GÓMEZ, J. L., “La autoridad administrativa electoral...,” *op.cit.*, pág. 101. Cuando aclaran: “Los cinco primeros fueron elevados a nivel constitucional como parte del párrafo séptimo del art. 41, merced al decreto del 4 de abril de 1990, que entre otras cosas dispuso: “La certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo

Además es importante mencionar que el IFE ha contribuido al desarrollo democrático del país, al garantizar el ejercicio del derecho al sufragio, promoviendo la participación ciudadana y otros valores de la democracia mediante la capacitación electoral y la educación cívica, también garantiza el acceso de los partidos políticos al financiamiento público y a los medios de comunicación, vigila la democracia interna de los partidos políticos, garantiza la participación de las mujeres en la vida democrática del país, vela por la equidad y la civilidad en la contienda política, contribuye a integrar una representación nacional y legal y también legítimamente democrática, aporta su esfuerzo para mantener la estabilidad política de la nación. En los últimos años ha sido pieza clave para la transición y la consolidación democrática en México, ha incorporado la justicia alternativa en la solución de controversias entre miembros de su personal, es una comunidad de personas al servicio del pueblo de México que rigen su convivencia por un código de ética inspirado en principios y valores democráticos, y es una institución con reconocimiento internacional y comprometida con la promoción de la democracia a nivel mundial¹⁶. La mayoría de estos fines encuentran su fundamento en el artículo 105 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Con la reforma electoral de 1996 el IFE se reforma de manera sustancial en su estructura¹⁷. Se deja de lado la participación del ejecutivo en este organismo autónomo, asimismo los partidos políticos pasan a ser miembros del Instituto¹⁸. Por otra parte, se le encomiendan las siguientes tareas: elaboración, actualización y depuración permanente del padrón y las listas de electores, atención a los derechos y prerrogativas de los partidos y agrupaciones políticas,

serán principios rectores en el ejercicio de esta función estatal”, la de organizar y realizar las elecciones federales. El principio de independencia se agregaría a dicha enunciación, mediante decreto de 15 de abril de 1994 [...]”.

¹⁶ ELIZONDO GASPERÍN, M^a. M., “La contribución del IFE en el desarrollo democrático de México- 13 tesis”, *SUFragio: Revista Especializada en Derecho Electoral*, Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, núm. 8, mayo-diciembre, 2012, págs. 13-19.

¹⁷El nuevo artículo 41 de la Constitución estableció que la organización de las elecciones es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. También se eliminaron las figuras de Director y de Secretario General del IFE y se crearon la Presidencia del Consejo General y la Secretaría Ejecutiva. Asimismo, se crearon las comisiones permanentes a cargo de consejeros electorales, lo que permitió que el Consejo General contara con mecanismos para supervisar las actividades de la rama ejecutiva del IFE.

¹⁸*Cfr.* GÓMEZ VARELA, C., y DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, R., “Bases constitucionales del Derecho Electoral mexicano, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 57.

el diseño e impresión de los materiales electorales, la preparación de la jornada electoral, así como, la capacitación de los ciudadanos encargados de recibir la votación y realizar el recuento en cada mesa, el cómputo de los resultados de la declaración y proclamación en las elecciones de diputados y senadores, el cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, también se encarga de la Regulación de la observación electoral, de las encuestas y de los sondeos de opinión con fines electorales, y la Formulación y ejecución de programas de educación cívica¹⁹.

Para la realización de sus actividades, el Instituto Federal Electoral cuenta con una sede central ubicada en el Distrito Federal, 32 delegaciones (una en cada entidad federativa) y 300 subdelegaciones (una en cada distrito electoral en que se divide el país). El personal que labora en ellas se divide en dos cuerpos de funcionarios, integrados en un Servicio Profesional Electoral y una rama administrativa y cuenta con la siguiente estructura orgánica: órganos directivos, órganos técnicos-ejecutivos y órganos de vigilancia²⁰.

Los integrantes del Consejo General que tienen derecho a voz y voto son: el consejero presidente quien durará en su cargo seis años y podrá reelegirse una sola vez y ocho consejeros electorales (durarán en sus cargos 9 años, su designación será escalonada y no podrán reelegirse). Cabe aclarar que, los consejeros electorales son elegidos por el voto de las 2/3 partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, entre las propuestas formuladas por los grupos parlamentarios, previa realización de una amplia consulta a la sociedad. En cambio, los integrantes con voz pero sin voto son: los consejeros del Poder Legislativo (Uno por cada fracción parlamentaria representada en el Congreso de la Unión), los representantes de los partidos políticos nacionales (Uno por cada partido que cuente con reconocimiento legal), y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral (Nombrado por las 2/3 partes del Consejo General a propuesta del Consejero Presidente). Durante la reforma electoral de 1996 el IFE pasa a formar parte del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), dándose las siguientes modificaciones:

- Incorporación del Tribunal Electoral al poder judicial de la Federación.
- Fortalecimiento del sistema de medios de impugnación, para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales.
- Es el tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación quien realiza el cómputo, califica la elección a presidente de la República y hace la declaración de presidente electo.

¹⁹ Vid. GARCÍA BARTOLO, M. S., “Las reformas electorales...,” *op.cit.*, pág. 85.

²⁰ Vid. http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Acerca_del_IFE/. [Con acceso el 3-III-2013].

- Se fortalece la estructura orgánica del Tribunal Electoral, con la creación de la Sala Superior, integrada por siete magistrados electorales y Salas Regionales en las cinco circunscripciones plurinominales en que se divide el país, con tres magistrados cada uno, desapareciendo, en consecuencia, la Sala Central y de la Segunda Instancia.
- Se reconoce al Tribunal Electoral como la Máxima autoridad jurisdiccional en la materia y como órgano especializado del Poder judicial de la Federación.
- Ratificación de la competencia del Tribunal Electoral para resolver en forma definitiva e inatacable, las impugnaciones que se presenten en materia electoral federal, así como resolver los conflictos laborales entre el Instituto Federal Electoral, sus servidores, y entre el Tribunal Electoral y quienes le prestan sus servicios²¹.

Otro de los aspectos importantes en esta reforma se da en lo relativo a la elección de los magistrados electorales de la Sala Superior y Regionales, en donde se faculta a la Suprema Corte de Justicia para proponer la terna ante la Cámara de Senadores, pues anteriormente, era el Poder Ejecutivo quien tenía tal facultad, presentando su propuesta a la Cámara de Diputados. También, se concede a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer las acciones de inconstitucionalidad entre una norma de carácter general y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia electoral. Cabe mencionar, tal y como aclara la doctrina, que con la reforma electoral de 1996 se establecieron las bases para impulsar otros derechos en materia electoral, tales como, la equidad de género en las candidaturas a cargos de elección popular y el derecho de voto de los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero²².

Retomando el caso italiano, el Tribunal Constitucional de este país está constituido por 15 jueces nombrados de la siguiente manera: un tercio por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión conjunta y el último tercio por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa como lo señala la Constitución en su artículo 135, mientras que el 134 indica que este Tribunal Constitucional será quién juzgue las controversias en materia de legitimidad constitucional de las leyes y demás actos, del Estado y de las Regiones; los conflictos de atribución entre poderes del Estado, entre Estado y Regiones y entre Regiones; las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 90 constitucional. El control de la legitimidad constitucional de las leyes puede ser introducido en vía principal,

²¹ Vid. MARTÍNEZ GIL, P., y MACÍAS H, P., “Autoridades electorales jurisdiccionales...,” *op.cit.* pág. 152.

²² Cfr. *Ibidem* nota anterior. Pág. 133.

por sujetos específicamente legitimados estado, regiones y provincias autónomas²³ o también en vía incidental, por parte de un juez que, en el curso de un proceso, considere que la ley a aplicar al caso concreto en examen, sea de dudosa constitucionalidad. En esta última hipótesis la cuestión de constitucionalidad debe ser relevante, para la decisión del proceso y no debe ser manifiestamente infundada²⁴.

Retomando el tema judicial mexicano; la legislación fluye en tres sentidos; el primero es regular la ciudadanía política, electorado activo, el segundo regular el sistema electoral, este es el mecanismo a través del cuál los votos electorales se transforman en escaños parlamentarios, el tercero es toda la legislación que gira alrededor del sistema electoral, seguimiento de las campañas electorales, su financiamiento, el régimen de inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria. Todo aquello que su finalidad principal sea garantizar la legalidad e igualdad en la competencia electoral, e impedir el conflicto de intereses entre los cargos parlamentarios. Como se había señalado anteriormente el Sistema electoral es el mecanismo para transformar el voto ciudadano en escaños parlamentarios. Se encuentra compuesto de 3 partes:

1. El tipo de elección que corresponde. Puede ser categórica u ordinal; la primera es una elección seca, como en el colegio uninominal, donde se vota por un solo candidato. En el segundo caso se expresa un orden de preferencia, como en el voto transferible²⁵.
2. La dimensión del colegio, se toma en cuenta en la asignación de escaños en base a los votos²⁶ Existe el colegio uninominal en el cual resulta electo un solo candidato y el colegio plurinominal en donde son electos dos o más candidatos. Es necesario mencionar, que en el colegio uninominal solo los partido grandes harán posible el acceso al parlamento, porque los escaños a repartir son de tres a cinco; mientras que en el segundo caso, se elevan los escaños a repartir y por lo tanto hasta los partidos pequeños tendrán la posibilidad de obtener algún escaño.
3. La fórmula electoral, que es el mecanismo a través del que se procede, sobre la base de votos expresados, a la repartición de escaños que han

²³ Ley constitucional N. 87/1953 de 11 de Marzo; artículos 37-42

²⁴ Ley constitucional N. 1/1948, de 9 de Feb, art.1; ley constitucional N. 87/1953, del 11 de marzo, arts. 23-30.

²⁵ Este voto se encuentra vigente en Irlanda, para el cuál el votante el voto principal para un determinado candidato y un voto auxiliar para otro candidato; si el primer candidato tiene el numero de votos necesarios para ser electo, se otorga el voto al segundo candidato expresado en la boleta.

²⁶ Denominado también circunscripción electoral.

participado en la competición electoral. Tomando en cuenta la fórmula electoral, los sistemas electorales se distinguen en mayoritarios y proporcionales.

Con la aprobación del pacto por México celebrado a principios del año 2013 se ha puesto la mirada en ciertos aspectos en materia electoral²⁷. Los cuales se dividen en estos grandes temas:

1. Acuerdos para la Gobernabilidad Democrática, ello con el fin de impulsar reformas que hagan más funcional al régimen político para darle gobernabilidad al país, ampliando y mejorando su sistema democrático.
2. Gobiernos de coalición, lo cual tiene como objetivo otorgarle al presidente la facultad constitucional de optar entre gobernar con minoría política o gobernar a través de una coalición legislativa y de gobierno, para conformar una mayoría estable que ratifique lo siguiente:
 - Un programa de gobierno o que garantice su ejecución integral o los puntos coincidentes que hayan acordado las fuerzas políticas coaligadas;
 - Una agenda legislativa que se convierta en preferente por la fuerza mayoritaria de la coalición legislativa y en soporte del programa de gobierno; y
 - Un gabinete de coalición ejecutor del programa de gobierno.

Los puntos anteriores tienen como fin evitar lo que sucedió en el gobierno del Presidente Felipe Calderón, quién a lo largo de su mandato tuvo problemas con el Poder Legislativo al momento de aprobar las reformas por él presentadas²⁸. Otro de los puntos importantes establecidos en el Pacto por México es el relativo a los partidos políticos y elecciones (punto 5.2), en donde se pretende impulsar las siguientes acciones:

1. Aprobar una ley general de partidos políticos para dar un marco jurídico estable y claro a la actuación de los mismos tanto en tiempos electorales como en no electorales;
2. Impulsar una Reforma electoral que atienda los siguientes temas:
 - Reducción y mayor transparencia del gasto de los partidos;

²⁷ Vid. <http://pactopormexico.org/acuerdos/#gobernabilidad-democratica> [Con acceso el 29-III-2013].

²⁸ Vid. HERNÁNDEZ NORZAGARAY, E., “Elecciones legislativas mexicanas...” *op.cit.*, págs. 172 y siguientes.

- Disminución en el monto de los topes de campaña;
- Incorporación a las causales de nulidad de una elección lo siguiente: a) el rebase de los topes de campaña; b) la utilización de recursos al margen de las normas que establezca el órgano electoral; y c) la compra (cobertura informativa en cualquiera de sus modalidades periodísticas, con la racionalización del uso de los anuncios publicitarios;
- Revisión de los tiempos oficiales de radio y televisión para impulsar una cultura de debate político y una racionalización del uso de los anuncios publicitarios;
- Fortalecer la legislación para evitar el uso de esquemas financieros y los recursos de origen ilícito con el propósito de inducir y coaccionar el voto;
- Crear una autoridad electoral de carácter nacional y una legislación única, que se encargue tanto de las elecciones federales, como de las estatales y municipales.

Aplaudimos este tipo de medidas, que sin duda alguna fortalecerán al sistema electoral mexicano. Sin embargo, es necesario también mencionar, que se dejan de lado aspectos importantes entre los que encontramos: las candidaturas independientes²⁹ y la regulación de las campañas electorales en Internet. Ambos temas deben ser tratados en futuras reformas electorales en México.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como podemos observar en el presente ensayo, se expusieron dos formas de gobierno paralelas que jamás encontrarán un punto de unión por tratarse de un gobierno presidencialista y parlamentarista respectivamente, recae en las relaciones existentes entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo y se desarrolla en democracia, ya que existe el principio de separación de poderes. El sistema parlamentarista, como el presidencialista, pueden estructurarse en forma de Monarquías constitucionales, o Repúblicas, ya que el criterio de clasificación de esas formas de organización del gobierno del Estado, también, es diferente.

Italia con su forma de gobierno parlamentarista, a nuestro juicio se encuentra en una constante lucha electoral, más complicada que la emprendida

²⁹ Vid. GONZÁLEZ OROPEZA, M., “Candidaturas independientes”, *SUFRAGIO: Revista Especializada en Derecho Electoral*, Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, núm. 4, diciembre 2009-mayo 2010, págs. 43-58.

en México donde existe una forma de votación directa; por lo cual es mucho más sencillo aplicar los principios rectores en un proceso electoral, certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- DI PIETRO, Antonio (2001). *Intrevista su tangentopoli*, Editore Laterza, Italia.
- ELIZONDO GASPERÍN, Ma. (2012). “La contribución del IFE en el desarrollo democrático de México- 13 tesis”, *SUFragIO: Revista Especializada en Derecho Electoral*, Publicación del TEPJ del Estado de Jalisco, Núm. 8, Dic. 2011-May. 2012, págs. 13-19.
- GARCÍA BARTOLO, M. (2011). “Las reformas electorales a nivel federal en México”, *el cotidiano, Redalyc*, núm. 166, marzo-abril, págs. 79-91.
- GOMEZ VARELA, C. V., y BRAHMS GÓMEZ, J. L. (2010). “La autoridad administrativa electoral federal (IFE)”, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, págs. 93-122.
- GÓMEZ VARELA, C., y DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, R. (2010). “Bases constitucionales del Derecho Electoral mexicano, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, págs. 47-66.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M. (2010). “Candidaturas independientes”, *SUFragIO: Revista Especializada en Derecho Electoral*, Publicación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, núm. 4, diciembre 2009-mayo 2010, págs. 43-58.
- HERNÁNDEZ NORZAGARAY, E. (2013), “Elecciones legislativas mexicanas y el escenario de las presidenciales de 2012”, en ALCÁNTARA SÁEZ, M., y TAGINA, M. L., (Coords.): *Elecciones y política en América Latina 2009-2011*, Miguel Ángel Porrúa, México, D.F. págs. 163-195.
- MARTÍNEZ GIL, J. P., y RUVALCABA GARCÍA, G. D. (2010). “Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral (LGSMIME)”, en CORONA NAKAMURA, L. A., y MIRANDA CAMARENA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, págs. 151-173.
- MARTÍNEZ, P., y MACÍAS, P. (2010). “Autoridades electorales jurisdiccionales en México (TEPJF)”, en CORONA, L. A. y MIRANDA, A., (Comps.): *Derecho electoral, mexicano. Una visión local: Jalisco*, Marcial Pons, Madrid, págs. 123-147.
- SILVESTRI G. (2001); *Comissione di inchesta su “tangentopoli” considerazioni ingenuae di costituzionalista*; Italia.
- SOSA OLÁN, H., “Cambio político en México: reformas electorales y sus impactos más profundos”, en FAJURI, S. E.; MARTÍNEZ, GABRIEL y MYERS GALLARDO,

ALFONSO., (Coords.): *Democracia y Elecciones*, Ratio Legis, Salamanca, Instituto Prisciliano Sánchez, 2013, Págs. 89-108.

Otras Fuentes consultadas:

IFE: Instituto Federal Electoral.

LFOPE: Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales.

Redalyc: Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

TEPJF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

TRICOEL: Tribunal de lo Contencioso Electoral