

RedJurídica Tomo 3 *José Cruz Guzmán Díaz*
Lorena Martínez Martínez
Margarita Cantero Ramírez
Marco Antonio Santana Campas
Coordinadores



Intersecciones del Derecho México-Colombia

de
amaya
ediciones

La colección **RedJurídica** se nutre de aportaciones de los docentes y estudiantes de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur, se pretende que los textos contribuyan en la difusión del conocimiento generado y el fortalecimiento de las disciplinas jurídicas, para su realización se trabaja permanente con el acompañamiento de asesores disciplinares y metodológicos.

Nuestra propuesta es que autores difundan el conocimiento generado y se fortalezca su desarrollo profesional y personal. Con la colección nos aventuramos a una nueva perspectiva de trabajo que esté disponible para cualquier tema relacionado con las líneas de generación y aplicación del conocimiento.

En los distintos tomos abordaremos aspectos metodológicos del quehacer escolar y el análisis académico de las distintas áreas del Derecho. Cada tomo conjuga el trabajo de los estudiosos de la disciplina jurídica y de los profesionistas en formación tanto en sus áreas de interés como en la de convertirse en autores de divulgación de sus propios trabajos de investigación. Apostamos a las sinergias con perspectiva que tiene el posgrado, con visión científica y socio jurídica.

Las obras que el lector verá son para que realice la crítica y análisis que permitan generar una convicción propia, esperamos lograr aportar en la formación y desempeño del campo de las ciencias jurídicas y las demás disciplina que convergen.

Dr. José Cruz GUZMÁN DÍAZ.
Coordinador



Publicamos para saber más

RedJurídica Tomo 3

**Intersecciones del Derecho
México-Colombia**

*José Cruz Guzmán Díaz
Lorena Martínez Martínez
Margarita Cantero Ramírez
Marco Antonio Santana Campas*
Coordinadores



Comité editorial

- Dr. José Cruz Guzmán Díaz: *Derecho penal y Mecanismos alternativos de solución de conflictos*
- Dr. Roberto Mendoza Cárdenas: *Derecho civil, función pública y fedatario público*
- Dra. Lorena Martínez Martínez: *Derecho penal y Sistema penitenciario*
- Mtro. José Antonio Peña: *Medicina y Ciencias forenses*
- Mtro. Ramiro Abarca Urquiza: *Sustentabilidad y Medio ambiente*
- Dra. Evangelina Elizabeth Lozano Montes de Oca: *Derecho civil y Derechos humanos*
- Dr. José de Jesús Covarrubias Dueñas: *Derecho construccional, electoral e impartición de justicia*
- Dr. Marco Antonio Santana Campas: *Psicología, Metodología de la investigación y experiencia en publicaciones de alto nivel. Miembro del SNI.*
- Mtra. Margarita Cantero Ramírez: *Negocios internacionales, Metodología de la investigación y experiencia en publicaciones de alto nivel, doctorante en ciencias sociales*
- Mtro. Francisco Castellón Amaya: *Sociología de la educación, formador de docentes en educación por competencias, jefe editor de Amaya ediciones con más de 38 años de experiencia en el ramo*

Comité científico evaluador y dictaminador

- Dr. Carlos Alberto Macedonio Hernández, *Universidad Autónoma de Yucatán.*
- Mtra. Angélica Chávez Gutiérrez, *Universidad Nacional Autónoma de México.*
- Dr. Gonzalo Salerno, *Universidad Nacional de Catamarca Argentina.*
- Dra. Marisa Martínez Moscoso, *Centro de Estudios de Género U de G.*
- Mtro. Julio Cesar Ponce Quitzamán, *Universidad Nacional Autónoma de México.*
- Dra. Tatiana Vanessa González Rivera, *Universidad Nacional Autónoma de México.*
- Arletys Varela Mayor, *Universidad de Matanzas Cuba.*
- Mtra. Andrea Mayerly León Solano, *Universidad Libre de Colombia.*
- Dra. María Rosas Palacios, *Instituto Electoral y de Participación Ciudadano de Jalisco.*
- Dra. Iris María Méndez Trujillo, *Universidad de Matanzas Cuba.*
- Dra. Grecia Sánchez Rodríguez, *Universidad Autónoma de Sinaloa.*
- Mtro. Mario Juárez Escobar, *Universidad Evangélica del Salvador.*
- Dra. María Teresa Guzmán Robledo, *Universidad de Guadalajara, CuCSH.*
- Mtro. Wilfredo Abraham Alaniz Pérez, *Universidad de Guadalajara. CuSur*
- Dra. María Auxiliadora Rivas Serrano, *Universidad Evangélica del Salvador.*
- Dr. Ramón Gerardo Naveja Padilla, *Universidad de Guadalajara CuValles.*

ISBN de la colección: 978-607-8408-48-1

ISBN Tomo 3: 978-607-8408-63-4

ISBN digital Tomo 3: 978-607-8408-64-1

Enero de 2021

Diseño e impresión:

Amaya ediciones S de RL de CV

Enrique Díaz de León 514-2 Guadalajara,

Jalisco. México

www.amayaediciones.mx

informes@amayaediciones.mx

Índice

- **Presentación**
- **Prólogo**
- ***Teoría de juegos en la elección de procedimientos sucesorios. El caso del Sur de Jalisco***
Rocío Carranza Sandoval, Enrique Arámbula Maravilla y Margarita Cantero Ramírez
- ***Teoría de la imprevisión e incumplimiento de contratos civiles, en tiempo de pandemia. Jalisco 2020***
Rubén Lorenzo Valladares Dávalos, José de Jesús Covarrubias Dueñas y Blanca Estela Paredes Hernández
- ***Derecho laboral de las personas con discapacidad, una perspectiva desde los programas inclusivos de México***
Mónica Amelia Cervantes González y Francisco Javier Camacho Murillo
- ***Participación ciudadana no institucionalizada: movimientos sociales juveniles, comparativa entre México y Colombia***
Karla Guadalupe Pizano Flores, Xóchitl Margarita García Aguilar y Katia Marcela Palencia Sánchez
- ***Análisis de la propuesta de reforma para reducir los tiempos de campaña electoral en Jalisco***
Ariel Martín Villalvazo Preciado y José Luis Jiménez Díaz
- ***Pertinencia para implementación de la metodología de estudio iterativo de casos en posgrado en Derecho***
Celia Anayeli Gálvez Robles, José Cruz Guzmán Díaz y Ma. Eugenia Nieto Caraveo
- ***Proactividad legislativa del presidente de la República de Colombia***
Ema Yuselsy Molina Roys y Martha María Charris Balcázar

- ***El Estado Constitucional colombiano y el activismo de la Corte Constitucional: una mirada desde los derechos sociales, económicos y culturales***
Katerine Hernández Tirado y Daniela María Orozco Poveda
- ***Las nuevas sociedades en el marco de las zonas más afectadas por el conflicto armado (ZOMAC) e incentivos tributarios como herramienta de construcción de paz en Colombia***
Maura Milena Madera Martínez y Berónica Narváez Mercado
- ***Desarrollo constitucional y conceptual del poder constituyente y el poder público en Colombia***
Yissell Orozco Jiménez y Katia Palencia Sánchez
- ***Incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos dentro del Caso Giovanni López. Perspectivas jurídica-sociológicas***
Luis Antonio Corona Nakamura y Francisco Javier Campos Orozco
- ***Responsabilidad de las asociaciones público privadas en Colombia, en el marco de la ley 1508 de 2012***
Berónica Narvaez Mercado, Abraham Junior Dovale Sajona y Nancy Miranda Ibáñez
- **Anexo**
Rúbrica de evaluación pares ciegos

Esta obra se subsidio con recursos del programa PROINPEP, asignados a la Maestria en Derecho de la Maestria en Derecho de la Universidad de Guadalajara del Centro Universitario del Sur en 2020.



Presentación

El tercer tomo de la colección **RedJurídica**, es el resultado del trabajo realizado por estudiantes y docentes de la Maestría en Derecho de Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur, y cuyas aportaciones pretenden contribuir en la generación del conocimiento y el fortalecimiento de las ciencias jurídicas.

Su elaboración contó con la participación de docentes y estudiantes de México y Colombia, cuyos trabajos fueron revisados por expertos nacionales e internacionales quienes realizaron observaciones y comentarios utilizando la rubrica de pares ciegos, pasaron por un proceso de revisión disciplinar y metodológica por parte del comité editorial interno del programa; en la última de revisión se hizo uso de herramientas anti plagio en la que se buscó estar por debajo de los porcentajes de coincidencias que actualmente se permiten, situación que abonó a fortalecer la autenticidad de las propuestas.

En esta edición se incorporan las colocaciones del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Guadalajara en su sede Tonalá, y se integraron propuestas de la Coordinación de Posgrados del Corporativo

Universitario CECAR de Colombia con quienes se tienen lazos de colaboración muy estrechos.

Como se ha comentado en las ediciones anteriores, en esta obra el lector podrá realizar una crítica y análisis que le permitan generar convicción propia a partir de posturas y posicionamientos de los autores, las cuales pueden ser opiniones que se sustentan en la libertad de expresión objetiva y responsable, siendo algunas opiniones expresadas a título personal pero con esa convicción de ética y profesionalismo que caracteriza a nuestra comunidad universitaria, que busca el beneficio y la mejora de nuestro entorno social y jurídico.

A nombre del Comité editorial, los autores, evaluadores y revisores, deseamos que nuestra colaboración y aportación sea de su agrado.

Dr. José Cruz GUZMÁN DÍAZ
Coordinador de la Maestría en Derecho
Universidad de Guadalajara
CuSur

Prólogo

En mi calidad de Coordinador General de la Red Interdisciplinaria Iberoamericana de Investigadores e Investigadoras. Nodo Socio Jurídico, es un honor prologar el Tercer Tomo de la Colección Red Jurídica, titulado: “Intersecciones del Derecho México-Colombia”. La Red que represento está compuesta por 9 universidades latinoamericanas: Universidad del Valle de México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Universidad Americana (Nicaragua), Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad de Cuenca (Ecuador), Universidad San Martín de Porres (Perú), Universidad Nacional de Pilar (Paraguay), Universidad de Concepción del Uruguay (Argentina) y Universidad de Guadalajara.

La Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur al extender la invitación para prologar esta fortalece los lazos entre nuestra comunidad académica, especialmente para hacer eco de la misma espiritualidad que ha unido el trabajo colaborativo de las diversas instituciones de educación superior que hoy están representadas en la Red. Ahora bien, una de las vocaciones de la academia es generar y difundir un nuevo conocimiento que, invita a la discusión y expansión de un pensamiento crítico en las diferentes temáticas que albergan las ciencias jurídicas. Esta obra es un claro ejemplo de esta vocación académica materializada por los (as) autores (as) da cada uno de sus capítulos.

La obra expone, en un primer instante, la *Teoría de juegos en la elección de procedimientos sucesorios. El caso del Sur de Jalisco*. Enfrentó con mucha propiedad y rigor científico la problemática científica, concretamente la aplicación de la norma, así mismo se vislumbra una solución mediante la adopción de estrategias y medios para encaminar la toma de decisiones de la población, de esta manera considerar una mayor eficiencia de la normatividad jurídica en los aspectos sucesorios del Sur del Estado de Jalisco apoyado de las herramientas que proporciona el Análisis Económico del Derecho.

Por otra parte, se encuentra el abordaje de la *Teoría de la imprevisión e incumplimiento de contratos civiles, en tiempo de pandemia. Jalisco 2020*. Un tema tradicional en el Derecho de contratos pero que se tornó problemático a partir de la crisis sanitaria mundial y la afectación económica que repercutió en las relaciones obligaciones fundadas en el contrato. Los autores expresaron con toda claridad el alcance de esta teoría, además de anotar el objetivo de su trabajo, evidenciar las herramientas jurídicas para el restablecimiento del equilibrio contractual evitando los abusos económicos.

El Derecho laboral de las personas con discapacidad, una perspectiva desde los programas inclusivos de México, temática que hace parte de la presente obra, donde se demostró un profundo análisis de las normas inclusivas desde una perspectiva proteccionista de los derechos humanos para proponer nuevas estrategias o políticas que aporten a una verdadera inclusión laboral de las personas con discapacidad física.

Como se anotó al inicio de este prólogo, la obra es un encuentro entre la academia latinoamericana, particularmente aborda trabajos en el ámbito mexicano y colombiano, por ello, se acogió el estudio de la *Participación ciudadana no institucionalizada: movimientos sociales juveniles, comparativa entre México y Colombia*. Un ejercicio de Derecho comparado que buscó evidenciar el rol de estos movimientos en ambos países y su vinculación con la participación ciudadana en pro de generar cambios sociales. Por otra parte, se observa un *Análisis de la propuesta de reforma para reducir los tiempos de campaña electoral en Jalisco*, lo cual ha generado una discusión en el seno de la comunidad política del Estado por considerar que atenta contra las expresiones políticas tradicionales.

Los programas académicos no han quedado fuera de las discusiones que se presentan en esta obra, por ello se abordó la *Pertinencia para implemen-*

tación de la metodología de estudio iterativo de casos en posgrado en Derecho, propuesta que persiguió demostrar los beneficios de esta metodología para fortalecer la educación de las ciencias jurídicas.

Ahora bien, se analizó la *Proactividad legislativa del presidente de la República de Colombia*, para comprobar que las decisiones tomadas son acordes a diferentes parámetros que permiten colocarlas a la vanguardia de diversas exigencias. A la par de lo expresado en precedencia es menester resaltar el trabajo titulado: *El Estado Constitucional colombiano y el activismo de la Corte Constitucional: una mirada desde los derechos sociales, económicos y culturales*. La Corte Constitucional, guardiana de la Constitución Política de Colombia ha generado tendencias modernas en materia de protección de Derecho de Derechos Humanos, así como álgidas discusiones, sin embargo, se ha destacado por la protección a los DESC de forma activa.

Las nuevas sociedades en el marco de las zonas más afectadas por el conflicto armado (ZOMAC) e incentivos tributarios como herramienta de construcción de paz en Colombia, el *Desarrollo constitucional y conceptual del poder constituyente y el poder público en Colombia. Perspectivas jurídica-sociológicas* y la *Responsabilidad de las asociaciones público privadas en Colombia, en el marco de la ley 1508 de 2012*, son investigaciones que se centran en la violación de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano pero que a la vez exponen con rigurosidad el impacto en el ámbito internacional.

Como se observa, es una obra con calidad y rigor científico, sobre todo por la diversidad de sus investigaciones desde la óptica socio jurídica que recoge discusiones pertinentes y actuales en los ordenamientos jurídicos mexicanos y colombianos, sin embargo, su lectura permitirá nuevas discusiones en la región latinoamericana dada la similitud que poseen nuestros sistemas jurídicos y las circunstancias que aquejan a nuestros países. La obra evoca un claro compromiso con la académica iberoamericana derivado del talentoso trabajo de los (as) docentes y estudiantes que han contribuido con sus investigaciones.

Dr. Eduardo CALDERÓN MARENCO

Coordinador General

Red Interdisciplinaria Iberoamericana

de Investigadores e Investigadoras. Nodo Socio Jurídico



Teoría de juegos en la elección de procedimientos sucesorios. El caso del Sur de Jalisco

Rocío Carranza Sandoval¹
Enrique Arámbula Maravilla²
Margarita Cantero Ramírez³

RESUMEN. En esta publicación se advierte la utilidad de la Teoría de juegos y la importancia de su implementación en el ámbito jurídico, mediante una exploración empírica en la región sur del estado de Jalisco, al considerar las implicaciones socioculturales en la decisión del tipo de proceso, procedimiento o juicio en diferentes disciplinas jurídicas, mediante el cual podrá transmitir derechos patrimoniales, pretendiendo en el presente microestudio validar la consistencia teórico-práctica de la Teoría de juegos, bajo las condiciones específicas del estudio de caso planteado.

Palabras clave: Patrimonio, bienes, sucesiones, Teoría de juegos y elección.

ABSTRACT. This paper pretends to demonstrate the usefulness of the “game theory” and its importance in the legal field through an empiric analysis in the Jalisco South Area. Considering socio-cultural implications when decision making the type of process, not only trial or administrative procedures, but also within different law branches with the purpose of inheritance transmission. This study

- 1 Egresada de la Maestra en Derecho sede Centro Universitario del Sur, asesora jurídica en la Secretaría Administrativa del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, rocio.carranza@cusur.udg.mx, ORCID 0000-0002-1051-6583
- 2 Doctor en Derecho, profesor de tiempo completo, asesor y docente de la maestría en Derecho en la sede Centro Universitario del Sur, tercer visitador de la Defensoría de los Derechos Universitarios en la Universidad de Guadalajara, enrique.arambula@redudg.udg.mx, ORCID 0000-0002-1963-4201
- 3 Doctorante en Ciencias Sociales, docente y asesora en la Maestría en Derecho del Centro Universitario del Sur, margarita.cantero@academicos.udg.mx, ORCID 0000-0001-8515-7864

states to validate the consistency of the “game theory” under specific circumstances of the case study.

Introducción

Para contextualizar y abordar el presente tema es importante partir de conceptos básicos, ello para comprender las consecuencias jurídicas, sociales, económicas y culturales que subyacen en torno a las opciones para suceder el patrimonio *mortis causa*. La cual para Gutiérrez y González es el régimen jurídico sustantivo y procesal, por medio del cual se regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones patrimoniales pecuniarios de una persona llamada causante a otra u otras llamadas causahabientes, así como la declaración o el cumplimiento de deberes manifestados, para después de la muerte del causante (SCJN, Sucesiones, 2017).

Para Baqueiro y Buenrostro (2006) el testamento es la base de la sucesión testamentaria, el cual consiste en: “un acto jurídico en virtud del cual una persona expresa libremente su voluntad para que disponga de sus bienes después de la muerte, y surta efectos al momento de dejar de existir” (p. 12), y expresamente lo define como “el acto jurídico, unilateral, personalísimo, libre y solemne, por el cual una persona capaz dispone de todos, o parte, de sus bienes y derechos, que no terminan con su muerte, y cumplen o declara deberes para cuando fallezca” (SCJN, Sucesión Testamentaria, 2017, p. 12). El Testamento debe hacerse en forma correcta, cumpliendo con las formalidades que la legislación establece para generar una absoluta certeza de sus disposiciones, pero que para efectos de esta investigación, sólo se estudiaron las decisiones relacionadas a la patrimonial y valorables pecuniariamente.

Planteamiento del problema

El principal problema, *prima facie*, es advertir si existe una correlación entre la Teoría de los juegos con el Derecho, ello para poder identificar como una persona antes de morir, determina qué procedimiento sucesorio seguirán sus causahabientes cuando fallezca. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2017), el fallecimiento de una persona, hace necesario establecer su sustitución en la titularidad de sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, a efecto de que dicha sustitución se lleve a cabo.

Como se ha escrito con antelación, la legislación contempla dos posibilidades, la primera es que el autor de la sucesión en vida, determine quienes habrán de ocupar su lugar en las relaciones jurídico-patrimoniales o bien, que ante la falta de pronunciamiento, sea la ley la que determine lo conducente. Ello se puede constatar en el artículo 1281 del Código Civil Federal (Cámara de Diputados 2020), dentro del sistema jurídico mexicano, el cual define que la herencia “es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”, lo mismo en su correlativo artículo 2652 del Código Civil del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020).

Así mismo, en el artículo 1282 del Código Civil Federal se manifiesta que la herencia es testamentaria cuando se determina por la voluntad del testador y cuando es especificada por disposición legal es una herencia legítima, lo cual se reitera en la legislación sustantiva de la entidad jalisciense antes referida en el artículo 2653. Conforme el precepto 1283 del mismo Código Civil Federal, cuando el testador sólo dispone de parte de sus bienes, la parte de que no disponga se regulará como sucesión legítima (Cámara de Diputados, 2020).

Lo anterior no obra regulado en el Código Civil del estado de Jalisco, pero se interpreta de los demás dispositivos su aplicabilidad conforme al “Derecho común” para las demás disciplinas jurídicas dentro de sus respectivos ámbitos de gobierno. Es decir, que el patrimonio tiene un atributo de universalidad, ello ha influenciado que también el procedimiento sucesorio *mortis causa* y la herencia sean procedimiento universales. Sin embargo, tal concepción se ha visto confrontada por la existencia de otras opciones específicas de suceder el patrimonio por *mortis causa*, a saber (ver Tabla 1).

La sustitución de la titularidad, siempre debe ajustarse a las formalidades legales, a fin de que se garantice seguridad jurídica, ya que está en juego el destino su patrimonio, siendo el testamento uno de los instrumentos que el orden jurídico ofrece al particular para expresar la manifestación de su voluntad, satisfacer sus sentimientos de afecto, gratitud y caridad y lo que es más importante, evitar conflictos entre la familia por motivo de la distribución de sus bienes (SCJN, 2017).

Revistas especializadas en el ámbito de la economía y los negocios como Forbes México y El Economista incluyen artículos o blogs dedi-

Tabla 1. Dispositivos jurídicos y denominaciones relacionadas con el juicio sucesorio testamentario

Denominación	Dispositivos jurídicos que la menciona
La conocida por el <i>argot</i> notarial como cláusula testamentaria en los contratos de compra-venta, contratos o actos traslativos de dominio de bienes inmuebles.	Artículo 2665-BIS del Código Civil del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020)
Beneficiarios de cuentas bancarias (depósitos bancarios de dinero y en préstamos y créditos)	Artículo 56 en correlación con el artículo 46, fracciones I y II, de la Ley de Instituciones de Crédito (Cámara de Diputados, 2020)
Beneficiarios de seguros	Artículo 174 y 184 de la Ley sobre el Contrato de Seguro (Cámara de Diputados, 2013)
Lista de sucesión de derechos agrarios, parcelarios o sobre tierras de uso común en ejidos o comunidades ejidales	Artículo 15, fracción II, 18 de la Ley Agraria (Cámara de Diputados, 2018) y 9o., fracción IV, 77 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional (Cámara de Diputados, 2012)
Herederos de acciones en diversas sociedades mercantiles	Artículos 32, 67, 128-III, 230 y 24, fracción VI, de la Ley de Sociedades Mercantiles (Cámara de Diputados, 2018)

Fuente: elaboración propia.

cados a la importancia del testamento, lo cual se transfiere en general a cualquier forma de transmitir un derecho, obligación o bienes muebles o inmuebles, en forma posterior a la muerte, en dicho tenor, advierten lo problemático y complejo que puede resultar un procedimiento de sucesorio intestamentario en lo jurídico, emocional (conflictos familiares) y en sus efectos contributivos en el ámbito del Derecho fiscal, ya que además de ser más tardado, impide no poder disponer ni transferir a terceros los bienes del que *cujus*.

De acuerdo con los datos de la Secretaría de Gobernación, sólo 4.8 millones de avisos de testamento son registrados en el país, lo que significa

menos de cuatro por ciento de la población. La falta de testamento tiene como consecuencia que los bienes puedan estar en riesgo, ya que ante la falta de una exteriorización de voluntad expresa del testador para disponer de su patrimonio, un juez será el encargado de definir a los legítimos herederos de conformidad la legislación aplicable.

A lo anterior se suma que, cada entidad federativa tiene su normatividad específica, lo que genera inversión de tiempo, dinero, problemas entre los miembros de la familia o la posibilidad de que otras personas puedan pensar que tienen derechos sobre los bienes (hermanos, padres, parejas anteriores, hijos fuera del matrimonio), entre otras situaciones que van surgiendo durante el procedimiento legal, de ahí estriba la importancia de tener un testamento, con el fin de brindar certeza jurídica en el cumplimiento de la manifestación de la voluntad, de que el destino del patrimonio del de *cujus* quede en manos de quien él decidió cuando estuvo con vida (Lanzagorta, 2016).

Este trabajo trata de demostrar la importancia y utilidad de analizar e incluir la teoría de los juegos frente a los fenómenos jurídicos, desde una perspectiva y abstracción económica y matemática, y cómo se puede aplicar en las diversas disciplinas del Derecho. La Teoría de los juegos es el estudio de los comportamientos estratégicos de las personas (jugadores en general), que pretenden actuar o intentan solucionar un conflicto, donde los resultados o el acuerdo depende de las reglas o normas establecidas en el juego, para tomar una decisión particular (Sierralta-Ríos, 2013). Entre los precursores más destacados de esta teoría se encuentran los matemáticos y economistas Antoine Augustin Cournot, Émile Borel, John von Neumann, Oskar Morgenstern y John Forbes Nash (Blaise y Van Steenkiste, 2016).

Esta disciplina estudia las consecuencias de la interacción estratégica entre agentes racionales (jugadores) que persiguen objetivos propios dentro de un marco (también llamado juego, en su acepción como encrucijada), definido convencionalmente como parte de la información, en el que se definen los sujetos, las reglas, el tiempo, el lugar, las sanciones y objetivos. Estas interacciones o movimientos comprenden la negociación, la competición, la solidaridad, el suministro de un bien o de un servicio, *inter alia*, es decir, todas las acciones posibles que lleven a un resultado. El juego se salda con una ganancia (*payoffs*) o pago, positiva o negativa, que percibe cada individuo que ha participado en el mismo. Que en diversos casos,

puede representar el desastre o la ruina para el que pierde (Blaise y Van Steenkiste, 2016).

El Derecho tiene su principal influencia en la conducta humana, para identificar si hay las condiciones idóneas para generar un juego, se manifiesta que hay consecuencias positivas (otorgamiento de un premio, considerando la Teoría de las obligaciones el derecho de dar, hacer o no hacer), o negativa (la imposición de una sanción o de una obligación de dar, hacer o no hacer), para quienes actúen de una determinada manera, las normas jurídicas brindan la información para conocer la existencia de incentivos o desincentivos, dependiendo de que realicen o no determinadas actividades.

Se considera factible la aplicación de la teoría de juegos a la ciencia jurídica, ya que esta última muestra escenarios en los que las personas actúan de manera racional, eficiente y estratégica (respecto a los comportamientos de otras personas) para tomar decisiones mediante tácticas y estrategias extrajurídicas de juego, e incluso adelantar o permitir determinadas acciones legales, ante la necesidad de obtener un beneficio.

Lo anterior aplicado al Derecho sucesorio, implicaría que existieran comportamientos entre los jugadores, el testador y sus causahabientes, previos a la *mortis causa*, cuyas consecuencias consistirá en la transferencia total, parcial o nula del patrimonio, confrontando la versión socio-jurídica de que el principal fin del Derecho sucesorio es dar seguridad económica a la familia, a la sociedad en su conjunto, mediante la transmisión del patrimonio y cumplimiento de sus obligaciones, protegiendo a las personas antes, durante y después de su existencia (SCJN, 2017).

Objetivo

Identificar y en su caso, explorar la correlación entre la teoría de juegos y la forma en que las personas físicas deciden antes de morir qué procedimiento sucesorio seguirán sus causahabientes.

Pregunta(s) de investigación

¿Cómo una persona física antes de morir determina qué procedimiento sucesorio seguirá su causahabiente sucesorio?

Justificación

México está entre los últimos lugares de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de cultura

testamentaria. De acuerdo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en 2012, la población total de México ascendió a los 120.8 millones de habitantes, de los cuales en ese mismo año solamente 234,133 mexicanos registraron su testamento, según cifras de la Secretaría de Gobernación (SEGOB), esto quiere decir que, de acuerdo con el registro, sólo uno de cada 500 mexicanos tiene un testamento (Forbes México, 2014).

El Colegio Nacional del Notariado, en el 2014, a través de su entonces Presidente Javier Pérez Almaraz revela que el Distrito Federal y el Estado de México son las entidades con mayor cultura testamentaria en el país, ya que en 2013 concentraron 36% de los testamentos otorgados, seguidos con 13% por Jalisco, Nuevo León 8%, Veracruz 6% y con 4% Sinaloa y Aguascalientes. Las entidades con menor cultura testamentaria en México son San Luis Potosí, Durango, Tlaxcala, Tabasco, Quintana Roo y Coahuila (Forbes México, 2014). De lo anterior, considerando que el objetivo de la Teoría de Juegos es demostrar que los individuos, las empresas e incluso los países son interdependientes, y que a todos les interesa encontrar un equilibrio que permita que sus interacciones sean beneficiosas para todas las partes.

Metodología

Se realizó un estudio cualitativo de tipo descriptivo de análisis teórico bibliográfico respecto de la Teoría de juegos, para verificar su consistencia y validez en las aproximaciones en ejercicios teórico-prácticos, situados en un contexto histórico, geográfico, político, económico y cultural del estudio del caso de la región sur del estado de Jalisco, tomando como municipios conformadores: Amacueca, Atemajac de Brizuela, Atoyac, Zapotlán el Grande, Gómez Farías, Sayula, Tapalpa, Techaluta de Montenegro, Teocuitatlán de Corona, Tolimán, Tonila, Tuxpan, San Gabriel, Zacoalco de Torres, Zapotiltic, Zapotitlán de Vadillo, ello a la luz del artículo 32 de la Ley del Notariado del estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020), considerando la estrecha relación entre el Derecho sucesorio y el Testamento, la universalidad del patrimonio y de las sucesiones al que vendrían a complementar las demás opciones particulares sucesorias que han sido mencionadas con antelación.

Este método permitió estudiar la situación particular de la vida cotidiana que es el acudir a hacer el testamento y otras formas de suceder el

patrimonio *post mortem*, para complementar la información se realizaron 12 entrevistas semi estructuradas de manera personal en julio y agosto de 2020 a cuatro Notarios (De Zapotlán el Grande, Sayula, Gómez Farías y Tuxpan), el Director del Registro Público de la Propiedad con sede en Ciudad Guzmán (que comprende 23 municipios de la Zona Sur y Sureste de la Zona de Jalisco), un Ex Juez Civil del Décimo Cuarto Partido Judicial (actualmente Juez en funciones en otro Distrito judicial), el Corredor Público 83 de la Plaza del Estado de Jalisco (con domicilio en Zapotlán el Grande), el Presidente del Comisariado del Ejido de Tepec (en Amacueca, Jalisco) y el Ex-presidente del Comisariado del Ejido de Zapotlán el Grande, un Gerente de un Grupo Financiero en Zapotlán el Grande y un Agente de Seguros cuya cobertura comprende diversos municipios de la región sur de Jalisco, en virtud de la explicación que se muestra en la Tabla 2.

Además se realizó una revisión de literatura a partir de las bases de datos Jstor, Redalyc y Ebsco usando los descriptores: Teoría de juegos, Derecho civil, Derecho familiar y Derecho sucesorio utilizando los operadores booleanos AND y “entre comillas”, los documentos a analizar se eligieron considerando fueron publicados en el periodo de 2010 a 2020, contuviera los descriptores en el título y/o resumen y estuvieran relacionados con el tema de interés. Estas técnicas permitieron poner en diálogo elementos teóricos y empíricos desde una perspectiva interdisciplinaria para realizar un análisis interpretativo de los datos recolectados para obtener descripciones densas que permiten utilizar los datos para ilustrar, desafiar o defender presupuestos teóricos (Amador, 2012; George y Bennett, 2005; Jiménez y Comet, 2016).

Resultados

Respecto del Testamento Público: Según información de los Notarios Públicos y el Juez consultado existe el prejuicio de los testadores (jugador) que van a morir en cuanto realicen su Testamento, lo que desincentiva la proporción de la ganancia y el temor de una pérdida mayor: la vida, en correlación con el prejuicio de que sólo elaboran su testamento los enfermos graves. Sin embargo, el Juez consultado refiere que debería informarse la población de que con mejores cuidados se puede aumentar la esperanza de vida, lo cual no está relacionado a si se hace o no un testamento y de igual forma la población saber que la pérdida de la vida puede

Tabla 2. Justificación del perfil de los expertos entrevistados

Perfil del experto entrevistado	Justificación/Marco normativo
Notario(a) Público	Es un profesional del Derecho, con capacidad de formalizar y dar fe para constar actos como son los Testamentos (públicos) y dar autenticidad y seguridad jurídica, depositarios de disposiciones testamentarias (incluyendo la lista de sucesión o testamento agrario) y de acciones mercantiles, consecuencia de actos jurídicos otorgados por él, quien se cerciora de la identidad del Testador, revoca testamentos a rogación del Testador, e informa cuando se radica un procedimiento sucesorio, requiere a las autoridades que tuvieran información concernientes a las diferentes opciones para suceder <i>mortis causa</i> , se encarga de desarrollar las diferentes etapas de los procedimientos sucesorios, protocoliza la sentencia de un juicio sucesorio, e informa a las autoridades fiscales respectiva, conforme a los artículos 3o., 38, fracción III, 39, fracción III, 42, 67, fracción IV, 87, 89, fracción I, 92, 105, 115 de la Ley del Notariado del estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020) y 934, 935, 935-BIS, 935-TER, 936, 937, 941, 947 y 951 del Código de Procedimiento Civiles del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020) y 9o., fracciones III, IV y V, 77 y 78 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional (Cámara de Diputados, 2012)
Director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio	Considerando la competencia del Registro Público de la Propiedad y de Comercio que proporciona el servicio registral para preservar la seguridad jurídica de los bienes inmuebles, registro de las actas de la Sociedades Mercantiles, que incluye los Testamentos Ológrafos, y diversas etapas de intestados como en testamentarias, además de informar a las autoridades jurisdiccionales y cuando los procesos sucesorios estén radicadas en Notarías Públicas, conforme a los artículos 2o., 5o., fracción VIII, 53, 54, 55, 55 BIS, de la Ley del Registro Público de la Propiedad del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020), 92 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020), 935 BIS, 943, 946 del Código de Procedimiento Civiles del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020).

- Juez Civil Conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020), en sus artículos 5o., 101, fracciones III, inciso c), V, 103, fracción I, 105, fracción I, los jueces del fuero común (primera instancia) ejercen jurisdicción en los asuntos familiares que conocer de los juicios sucesorios. Ello considerando que es Juez competente aquel en cuyo territorio radique el juicio sucesorio, además de encargarse de los juicios testamentarios e intestamentarios y de requerir información a las autoridades que tuvieran información concernientes a las diferentes opciones para suceder *mortis causa*. Así como en los artículos 161, fracción VI, 817 Bis, 836, 837, 938, 940, 942, 944, 949 y demás aplicables del Código de Procedimiento Civiles del estado de Jalisco (Congreso del Estado de Jalisco, 2020), y el artículo 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Cámara de Diputados, 2018)
- Corredor Público Son auxiliares del comercio y fedatarios públicos de los actos en las Sociedades Mercantiles, cuidando la seguridad jurídica en un área específica principalmente, haciendo constar la emisión de obligaciones y otros títulos valor, como las acciones y los Estatutos sociales de las referidas personas jurídicas (morales), orientando a las partes que los contraten, en atención a los artículos 3o., fracción I, 5o., 6o., fracción V, VI, 15, fracción IV, 19 fracciones VII, VIII, de la Ley Federal de Correduría Pública (Cámara de Diputados, 2012), para las sociedades continúen con los herederos de los socios, su registro, la liquidación de la parte social del socio difunto o de la sociedad en general, según corresponda, e informar a las autoridades agrarias en operaciones de sociedades mercantiles que adquieran o transmitan la propiedad de tierras agrícolas, ganaderas o forestales, como se establece en los artículos 32, 67, 128, fracción III, 129, 131, 230, 246, fracción VI, de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Cámara de Diputados, 2018) y 9o., primer párrafo, fracciones III, IV, V y segundo párrafo del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional (Cámara de Diputados, 2012)
- Presidente del Comisariado Ejidal En virtud de llevar a cabo las Asambleas y recibir la información que le proporciona el Registro Agrario Nacional y sus Delegaciones, además de asesorar a través del Comisariado los diversos Ejidatarios y poseionarios la elaboración de la Lista de Sucesores o Testamento Agrario y conocer su procedimiento y la experiencia en otros Tribunales Agrarios, tal y como se preceptúa en los artículos 15, fracciones I, II, 18, 19, 20 BIS, de la Ley Agraria (Cámara de Diputados 2018), 9, primer párrafo, fracciones III, IV, V, 77, 78, 79 y 80 del Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional (Cámara de Diputados 2012).

Gerente de un Grupo Financiero	Considerando que las instituciones de créditos le piden al titular de las operaciones de depósitos bancarios de dineros, y de la aceptación de los préstamos y créditos que designen beneficiarios, como se indica en los artículos 46, fracciones I y II, 56 de la Ley de Instituciones de Crédito (Cámara de Diputados 2020), aunado a que dichas instituciones a través de su personal directivo, tienen que brindar atención e información al público por exigencia de la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, conforme los artículos 1o., 2o., fracciones I, IV, 11, XV, de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (Cámara de Diputados, 2018)
Agente de Seguros	Es autorizado por la Empresa de Seguros, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) y por ministerio de ley, para asesorar al proponente del seguro, mediante el intercambio de la propuestas y aceptación de las mismas entre las partes del contrato de seguro, como reunir los requisitos como contestar los cuestionarios y demás documentación, primas y exámenes médicos, exigidos por la empresa para que pueda formalizarse el contrato de seguro, entre ellos el nombramiento de los beneficiarios, revocarlos y la modificación de las condiciones de la póliza, en favor o en perjuicio del asegurado. Considerando que la información que brinde no puede ser falsa o brindar un mal servicio, de lo contrario su autorización puede ser revocado por la CNSF, sin soslayar la responsabilidad de corresponde a las Instituciones de Seguros por los daños y perjuicios que lleguen a ocasionar a los asegurados, contratantes o beneficiarios, conforme se establece en los artículos 1o, 2o, 7o., 8o., 14, 15, 16, 19, 21, fracción III, 29, 37, 81, fracción I, 167, 170, del 174 al 190, del 196 al 198 de la Ley sobre el Contrato de Seguro (Cámara de Diputados, 2013), 13, 27, fracción I, 91, 93, 94, 96, fracción III, 104, 118, fracción XXIII y 208 de la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas (Cámara de Diputados, 2018)

Fuente: elaboración propia.

darse por un caso fortuito o de fuerza mayor en cualquier momento sin importar la edad.

Del mismo modo, señalan los Notarios Públicos que parte de la población tiene la creencia que con el testamento se transfieren todos los bienes, derechos y obligaciones en forma irrevocable, generado en el Testador (jugador), la idea de que su decisión corresponde un juego suma-cero o competitivo, en el que él termina perdiendo en vida. Algunas causas de dichos prejuicios son el atraso cultural, la poca educación y el bajo nivel económico, así como el factor anecdótico sociocultural pesimista de casos no afortunados, lo que ocasiona que sea un juego con información imperfecta. Sin embargo, los Testadores que acuden ante los Notarios Públicos

(meta-jugadores) tienen una ligera noción de las implicaciones del Testamento (un marco preliminar del juego), lo cual coincide el Juez consultado, en el sentido de que la ignorancia afecta que diversos estratos de la población no elaboren su testamento. Además, también influye lo cultural, el grado educativo y la cantidad de bienes que se tienen, ya que por lo general en poblaciones pequeñas el patrimonio personal no es numeroso (relatividad de la ganancia), en caso contrario, la información tiene que ser integral y más acuciosa.

También los Notarios Públicos identifican un cambio de mentalidad de la población de la región sur del Estado de Jalisco, al ser una región económicamente activa, con un índice cultural medio alto, un anhelo por la superación profesional y con un bajo índice de analfabetismo, a lo que añaden el fácil acceso a las redes de información, una mayor conciencia sobre el futuro en pro de la estabilidad económica de la familia y del patrimonio.

En tales condiciones, aún cuando el testamento es revocable (juegos repetitivos), al realizarlo sólo por enfermedad grave o por razón de la edad avanzada (más de sesenta años), se transforma el juego en estático (un turno) en aparente perjuicio del jugador (con efectos competitivos o de suma cero), a menos que ello lo justifique con los demás jugadores, ante la incertidumbre de la ganancia que les podría corresponder y que tal circunstancia ocasiona que siempre estuvieran colaborativos con el Testador hasta su fallecimiento.

Aunque ello se podría equiparar en años previos si el Testador con un juego de información perfecta (información completa) proporcionada por el Notario Público respectivo, al tener conocimiento que el testamento se realiza personalmente y sin testigos, sin coacción de ningún tipo (por los otros jugadores, por ejemplo familiares o por circunstancias emocionales, conflictos), sin tener que rendir cuentas de su contenido y pudiéndose resguardar en secrecía, revirtiendo el juego con efectos competitivos o de suma cero en favor de él, de lo cual no es óbice manifestar los efectos del Testamento Público Abierto y el Cerrado y el privado:

- En el Testamento Público Abierto, debido a que el contenido puede ser revisado en diversas ocasiones por el Testador y por ende puede ser revocado, genera que el juego sea repetitivo;
- En el Testamento Público Cerrado, el documento queda cerrado incluso para el Testador, y aunque jurídicamente puede ser revo-

- cado, en el ideario sociocultural ya no puede modificarlo, transformando el juego en estático (definitivo); y,
- En el Testamento Privado, además de caer en desuso por la incertidumbre jurídica que produce en la sociedad, a consecuencia de elaborarse en condiciones extremas como son en lecho de muerte, ya no se puede revisar el contenido por el testador y los testigos se vuelven pieza clave para demostrar su validez, con el doble rol en ocasiones de ser los herederos y legatarios (jugadores) también.

Se advierte el fenómeno de que entre más educación y nivel socioeconómico la edad para elaborar un testamento disminuye (entre 35 y 40 años), quizás al pretender construir un juego colaborativo, en donde existan las reglas claras y los efectos, y se pretenda que los demás jugadores generen un juego de ganar-ganar, en el que no existan pérdidas, ineficiencias y desgastes innecesarios (generando el equilibrio de Nash) en pro de conservar la unidad del patrimonio de familia y con ello no perder posición económico-social.

El no elaborar Testamento afecta a otros meta-jugadores como son la sociedad y el gobierno, por lo que los expertos consultados proponen que se confiera a la población más información al respecto, por las Universidades, en las Escuelas Preparatorias, Facultades y Escuelas de Derecho, por las Abogadas y los Abogados, los Notarios Públicos y el Colegio de Notarios, y el gobierno, ello para que se tenga certeza de las reglas del juego (juego con información perfecta) y que también jueguen en forma preventiva para solucionar conflictos, lo cual refuerza la necesidad de que conozcan la Teoría de juegos al emplear los medios alternos de solución de conflictos.

Se propone que el Testador realice un adecuado diseño de sus estrategias, para lo cual tendrá que realizar una debida planeación prospectiva e incluso contingencial preventiva, ya que diversas personas deciden otorgar su testamento en circunstancias extremas en las que están o estuvieron en riesgo su salud (enfermedad, intervención quirúrgica o accidente), están saliendo de un conflicto litigioso, gravamen o derecho en el que estaba involucrado algún bien inmueble, lo que a la postre les limite el número de jugadas.

No hacer un testamento implica una responsabilidad (ante los meta-jugadores: sociedad, estado, y los demás jugadores: los herederos, lega-

tarios, acreedores), pero hacer un testamento también (con el propio jugador hacía con los demás jugadores), por lo que se identifica que se crea una falsa paradoja, que aunque ello ocasione efectos ineficientes del gobierno al tenerse que recurrir a juicios sucesorios intestamentarios (meta-jugador: gobierno) y aunque éste pretenda incentivar mediante estrategias como disminuir el precio del Testamento y presentarlo como un costo de oportunidad (mes del testamento, en el que es más económico para el Testador y cuya tramitación es más rápida respecto del intestado y de otras opciones sucesorias, en favor de otros jugadores), en lo cual colaboran los Notarios Públicos y el propio aparato jurisdiccional (el Juez consultado considera que la difusión es muy buena, con una oportunidad para que los Notarios Públicos informen las reglas del juego en el caso de los testamentos), todo lo anterior no conmueve al Testador (jugador), aunque sí le informa preliminarmente de las reglas del juego con el apoyo de los medios de comunicación.

No se soslaya el prejuicio social que existía de que hacer un Testamento era muy costoso y que eso inhibe su no realización, a menos que otros jugadores realicen jugadas efectivas (estímulo-sanción de autoría de los posibles herederos) para lograr obtener la ganancia (que los hereden), sabiendo que todos los jugadores en un ambiente de precariedad económica, sus conductas podrán radicalizarse hasta llegar a la violencia, en un juego en el que todos pierden.

En opinión del juzgador consultado, aún cuando existen en los procedimientos sucesorios testamentarios dificultades, en los procedimientos intestamentarios producen desintegración familiar, desunión. Sin ser óbice de que algunos Notarios Públicos están en favor del Testamento Público Abierto, al considerarlo más práctico, eficaz y económico procesalmente hablando (juego eficaz para la obtención de la ganancia) que el Testamento cerrado, el ológrafo y el privado para su trámite y ejecución, ya que requiere “forzosamente la intervención judicial que declare la validez del documento, recibir la información de los testigos que intervienen en el acto, entre otras condiciones.

Para evitarse lo anterior y prevenir conflictos, el Testador cuando tiene un nivel socioeconómico alto, reparte sus diversos bienes o peculio en legados; Sin embargo, cuando sólo tiene un bien inmueble, éste se hereda en partes alícuotas iguales, para que en la mente del Testador lo puedan

rentar o vender, pero el problema se complica cuando dicho bien no tiene cómoda división y los jugadores no llegan a acuerdos, generando precisamente el conflicto que se pretendía evitar.

Respecto de la conductas de los otros jugadores que no son el Testador, este último puede emplear el Testamento como instrumento de recompensa o ganancia para los posibles herederos, principalmente en el caso de los hijos que han sido buenos con éste, generando un equilibrio si todos sus posibles herederos se portan bien, pero generando en un ambiente competitivo entre los otros posibles herederos, principalmente hermanos, los cuales reciben la sanción o castigo de no ser nombrados por la ingratitude de no estar pendiente del Testados (sus padres) y por no portarse bien.

Dicho patrón de generar un juego competitivo entre los descendientes también se ocasiona cuando se decidía heredar a los hijos y no a las hijas, transfiriendo a esta jugadora a otro juego, argumentando que el patrimonio de ellas tenía que proporcionar el esposo. No obstante, ha existido un cambio progresivo cultural, pero también al proporcionarle más información de las reglas del juego por parte de los Notarios Públicos, las expectativas del Testador de recibir los cuidados y atenciones por parte de sus descendientes, generando que también las incluya como herederas, equilibrando la balanza y haciéndose más homogénea la disposición sucesoria.

En experiencia del juzgador consultado, en la prácticas el Testador y a la postre sus herederos (jugadores) en un juicio testamentario, consideran que pueden disponer de un 100% de un bien o de un patrimonio del primero (error en el monto de la ganancia), pero se olvida de que el de *cujus* estaba casado por sociedad legal, correspondiéndole el 50% a la persona cónyuge, y así otros errores en el juego respecto a la ganancia.

Una percepción superficial podría también hacer creer que el Testador al no nombrar a algún jugador como algún heredero o legatario, fue con el fin de etiquetarlo como perdedor del juego hacía con él y los demás jugadores, cuando profundizando en los casos concretos, es que dicho jugador previamente ya había ganado, es decir, que recibió lo que socioculturalmente e incorrectamente es denominado herencia en vida. Lo anterior, en opinión del Juez consultado no manifiesta en forma sintéticas las estrategias que, según su experiencia, el Testador (jugador) emplea para determinar cómo transferir y distribuir su herencia con los demás jugadores su herencia, a saber:

- Emocional, ello en favor de los familiares;
- Agradecimiento, principalmente a personas de las que recibió un apoyo; y,
- Conciencia, para resarcir un daño causado a alguien.

Respecto del Testamento ológrafo: Los Notarios Públicos (meta-jugadores) consideran que el testamento ológrafo no tiene mucha difusión en la población y por ello la ignorancia sobre el mismo (marco del juego), pese al incentivo de juego de que es más económico, aunque también reconoce que otros meta-jugadores, como el gobierno estatal y municipal hacen campañas para difundirlo, dentro de estos esfuerzo el propio Director del Registro Público de la Propiedad y de Comercio, quienes se involucran con el Testador (jugador), para ayudarlo a redactar el documento, ya que conforme la advertencia que hacen los Notarios Públicos, ante una falta de formalidad puede quedar invalidado y lo tardada de su tramitación por parte de los herederos.

En opinión del experto en Derecho registral, las personas no conocen el testamento ológrafo, y si lo conocen no confían en sus efectos, por el factor cultural de que los Testamentos los tiene que hacer un Notario Público, en cambio en este instrumento se deja fuera a dicho meta-jugador, transfiriendo su rol al Registro Público de la Propiedad y de Comercio. Otro aspecto a considerar, no sólo en la región en estudio, sino también en todo el país, es la cultura jurídica de la reacción en vez de la prevención (generando el dilema del prisionero).

Por lo que a pesar de los incentivos de que es un trámite más sencillo (diez minutos) respecto a los Testamento Público Abierto y Cerrado (con el incentivo de que en el Ológrafo el Testador al elaborar dos tantos puede equiparar lo beneficios del Público Abierto de estar revisando el Testamento y *a posteriori* poderlo revocar -juego dinámico- a diferencia del Público Cerrado con juego estático), en el que se pueden especificar herederos y legatarios, y con dos testigos (sin soslayar que estos pueden filtrar la información para convertir el juego en competitivo entre el Testador y sus herederos), ello no incentiva a que existan jugadores que elaboren su testamento y lo que se identifica es que con un mayor grado superior de instrucción se acude más a la asesoría, atención y elaboración del Testamento, que cuando se tiene un nivel

socioeconómico bajo.

Por lo que principalmente, para beneficiar a personas de bajos recursos, los litigantes deberían de orientarlos sobre esta opción, sin soslayar que muchos de ellos la desconocen, difusión a la que se sumen en general en favor de los Testamentos, los juzgadores, Notarios Públicos y autoridades, legisladores (meta-jugadores que informen las reglas del juego), éstos últimos como parte del gobierno del estado hacia los municipios, mediante una política de estado eficaz (juego con información perfecta) análoga a la de los Testamentos Públicos (como sucede con el mes del testamento), previniendonos de que a falta del Testamento o de no plasmar claramente la voluntad del Testador, deviene la sucesión legítima, que a consecuencia de su excesiva prolongación, produce la depreciación de la recompensa. Ya que si bien existen conflictos en los juicios sucesorios testamentarios, estos son mayores en los intestamentarios.

Específicamente dentro de la difusión y asesoría que brinda el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, se instruye sobre el contenido en un formato base, además de que pueda especificar claramente el nombre de los futuros causahabientes, así como el registro de los bienes inmuebles (determinación de la ganancia), problema que se suscita principalmente en comunidades rurales, ello para evitar que por esa razón sea nulificado por los otros jugadores (causahabientes).

Con los testamentos en general, el Testador que tiene una mayor cantidad de bienes tienen una mayor certeza del destino de éstos (controla la ganancia del juego), pretendiendo configurar un juego de ganar-ganar en favor de todos los jugadores, persiguiendo cierta paz y tranquilidad y evadiendo el conflicto. Aunque existe el supuesto de que también se elaboran los testamento no sólo para prevenir, sino también para solucionar un conflicto, verbigracia ante la presión de uno de los jugadores para vender un bien.

Es importante considerar el estado emocional de una persona que se encuentra en su lecho de muerte (juego estático), respecto del que goza de salud plena (juego dinámico). Del mismo modo, en el caso del adulto mayor cuya edad productiva está por concluir o ya concluyó, y por ende ya constituyó su patrimonio a diferencia del joven que se encuentra en plena edad productiva pero que quizás no cuenta con un patrimonio consolidado para ofrecer una ganancia a sus futuros herederos (jugadores).

Respecto de los beneficiarios en las cuentas bancarias: En la apertura de una cuenta bancaria, según la información del directivo de una institución bancaria, se les brinda a los cuentahabientes, la información completa (perfecta), para que pueda reunir los requerimientos documentales y nombrar a los beneficiarios (causahabientes, jugadores). Sin embargo, los propios cuentahabientes entre más edad auto boicotean el proceso al no reunir la documentación necesaria, no sujetándose a las reglas del juego (por ejemplo las actas de beneficiarios), razón por la que en ocasiones después la tienen que adjuntar los gerentes en la modificación de la cuenta bancaria.

Los cuentahabientes tiene la libertad de designar beneficiario (jugadores), son la única restricción de designar la parte alícuota porcentual que les corresponde (fijación de la ganancia), con la sugerencia de la institución bancaria de que designen mayores de edad, ya que designar menores se tendría que especificar a su representante legal.

Es un procedimiento muy rápido, que no contiene las mismas formalidades de otras opciones sucesorias particulares, por lo que se viene a sustituir al meta-jugador el Notario Público por la institución bancaria por ministerio de ley, cuya entrega de los efectivos pecuniarios (ganancia) dura un tiempo aproximado de treinta días, aún cuando se utilizan biometrías y verificación de huellas dactilares, demostrando su eficiencia. Incluso cuando no se designaron beneficiarios, ni hay testamento, el departamento o área jurídica de la institución bancaria tramita un juicio intestamentario para poder cumplir con el referido otorgamiento. Se identifica que el fin del cuentahabiente es obtener los beneficios de tener su dinero en el Banco, lo triste en ocasiones es identificar que el principal interés de los beneficiarios es más económico (perseguir la ganancia) que el duelo emocional.

Respecto de la cláusula testamentaria: El gobierno (meta-jugador), para facilitar el juego de las sucesiones civiles, ha traspolado la figura de la lista sucesoria del Derecho agrario a través de la cláusula testamentaria en las compraventas de bienes inmuebles y demás instrumentos de transmisión patrimonial de este tipo de bienes. Dicha figura también es conocida como el testamento simplificado, pero que a diferencia del testamento, desincentiva al Testador (jugador), respecto de la lista de beneficiarios (otros jugadores), ya que se restringe (sólo cónyuge, descendientes y ascendientes), lo

que no le permite ampliar un juego colaborativo para obtener una mayor ganancia. Sin embargo, considerando el arquetipo cultural proteccionista, por lo general dicho bien lo dejan a los descendientes, para evitar un conflicto al fallecer los progenitores que propicie un juego competitivo en un procedimiento testamentario.

Respecto de los seguros: En la propia esencia y definición del contrato de seguro existe la requisito *sine quan non* de nombrar beneficiarios, pero que a diferencia de otras opciones de transmisión de derechos *causa mortis*, la compañía aseguradora que va a expedir la póliza, participa como otro jugador, ya que recibe los pagos del asegurado y precalifica a los prospectos de beneficiarios. Para lo cual se identifican tres opciones de jugadores en los seguros de vida y uno para los seguros para garantía de un pago, a saber respectivamente:

- Parentesco de primeros grados, es decir familiares directos, que es lo más común;
- Parentescos más lejanos, es decir de grados más indirecto; por ejemplo sobrinos e incluso ahijados, verificando la compañía de seguros si existe un interés familiar o moral;
- Por amistad, por ejemplos amigos, compadres, amigas, comadres, es menos frecuente, pero se actualiza el supuesto cuando el asegurado es una persona que efectivamente se encuentra sólo y para ello la compañía de seguros reserva la expedición de la póliza previa investigación; y,
- Cuando se contrata un seguro para la adquisición de una casa, un automóvil o renta de equipo, previo consentimiento de la compañía aseguradora los beneficiarios son agencias, bancos o financieras. Es menester señalar que este tipo de servicios financieros al ser parte del paquete del crédito para la adquisición de una casa, un automóvil o renta de equipo, por lo general no son rechazados por el asegurado.

La anterior precalificación tiene su sustento, al considerar que la compañía aseguradora, mediante los estudios actuariales identificará los factores de riesgo. Además de que en caso de la pérdida de vida del asegurado, ésta otorgará un suma pecuniaria en favor de los beneficiarios o incluso acreedores en los seguros por garantía, que al estar de por medio en este

riesgo la edad del asegurado (jugador), entre más edad del mismo, la prima (ganancia de la Compañía Aseguradora) se incrementará.

Para que el asegurado pueda conocer las reglas del juego en su apoyo existen los Agentes de Seguros (meta-jugadores) o las propias compañías aseguradoras a través de su personal, que en ocasiones se encuentran en las instituciones bancarias, que integran el mismo grupo financiero. En los seguros de vida, si existe dos o más beneficiarios, éstos se definen en la carátula del seguro de manera porcentual, ya sea en forma igualitaria o diferenciada.

Respecto de la lista sucesoria o Testamento Agrario: Según una autoridad en un ejido consultado, para propiciar un juego con información completa, existe además de la regulación de la materia agraria, también la Asamblea en el Ejido y las autoridades del Registro Agrario Nacional, las cuales brindan información clara a los Ejidatarios. Precizando el otro entrevistado, que existen Asambleas de Ejidatarios que se reúnen cada mes, en las que se les asesora y en donde se les pueden atender en este trámite en el Registro Agrario Nacional, aclarándose las dudas superficiales. Posteriormente se les invita a recibir la asesoría completa en la oficinas del Comisariado Ejidal y con el apoyo de asesores jurídicos, que apoyan a los Ejidatarios en forma gratuita y de una manera coloquial

El número causahabientes (posibles jugadores) conforme a la normativa agraria es limitado, (tres), que por lo general son familiares de los primeros grados consanguíneos y filiales (esposa e hijos e incluso a falta de ellos la pareja con al que lleve vida marital, concubinato), que en caso de conflicto con ellos y con el Testador, el juego se convierte en competitivo, entrando por decisión del Testador familiares de grados de parentesco más lejano.

Se mantiene la esencia de juego competitivo al ordenarse dichos posibles causahabientes en un orden de prelación, en el que el primero recibe el derecho agrario en cuestión en su totalidad (certeza de la cuantificación de la ganancia), generando el beneficio de suma cero en perjuicio de los demás, y en caso de que cuando se actualice el fallecimiento del Testador, dicho causahabiente haya fallecido previamente le corresponderá al segundo y lo mismo para el caso del tercero. Sólo si no hay la lista sucesoria le corresponderá a la persona que sea cónyuge.

Lo anterior, confiere la oportunidad al causahabiente para que ingrese a otro juego más ámplio, en el cual para su reconocimiento antes sólo

bastaba con el de la Asamblea del Ejido, pero ahora es necesaria la intervención del Registro Agrario Nacional, este último como meta-jugador. Es decir, cuando un Ejidatario muere, y su sucesor, ya sea sin litigio o por juicio ante los tribunales agrarios, se le entrega la carta sucesoria, que al presentarse dicho documento a la Asamblea se corrobora que la misma se la haya expedido el Registro Agrario Nacional, ya que han existido casos en los que han pretendido defraudarlos. (jugadores falsos)

Para ello, la lista de sucesores se entrega en sobre cerrado a las autoridades del Registro Agrario Nacional, por parte del Ejidatario (jugador), por lo que los sucesores nombrados no conocen la prelación y las estrategias de Ejidatario, las cuales se encuentra en un juego dinámico, ya que éste puede revocar la lista. Las anteriores reglas, entre otras, la difusión, asesoría y acompañamiento generan que casi la totalidad de los Ejidatarios tengan su respectiva lista de sucesión, o de sucesores, independientemente del nivel socioeconómico, cultural-educativo.

Sin embargo, considerando que en uno de los ejidos de las autoridades consultadas, 50 por ciento son adultos mayores, que tienen cierto desconocimiento de la normativa agraria (juego incompleto), al pretender repartir su parcela en partes iguales en sus sucesores y recibir una negativa, convierte dicha parcela (ganancia del juego), en propiedad privada, cambiando el régimen del juego de la opción sucesoria al Derecho civil e incluso Derecho urbano y municipal, para que mediante testamento pueda suceder dicho patrimonio en partes iguales, pero en ese proceso el Ejidatario va perdiendo derechos ejidales.

En ocasiones hay ejidatarios (jugador) que designan sucesores más por lo emocional, es decir, en favor por quien los cuida, pero éstos últimos jugadores no siempre tienen amor a la tierra, entonces transfieren sus derechos de dos o tres generaciones y salen de las reglas del juego en perjuicio del Ejido, convirtiendo su derecho agrario parcelario en pequeña propiedad.

Herederos de acciones en diversas sociedades mercantiles: Al dilucidar lo que manifiesta el Corredor Público, existe un asunto cultural que genera un juego con información incompleta, ya que aún cuando en la idiosincrasia mexicana existe la identificación internacional del culto a la muerte en un día del año específico, se evidencia un temor a la muerte que desincentiva la cultura de la prevención, en el caso de las acciones en sociedades mercantiles, el marco del juego no sólo depende de lo previsto

en las leyes, sino que también intervienen los jugadores de otro marco, es decir los Socios, con el doble papel de uno de ellos como causante *a posteriori* de la sucesión, en el que se acuerda un juego colaborativo para prevenir conflictos, bajo el *principio pacta sunt servanda*, en el que se establecen supuestos hipotéticos, los cuales incluso podrían no actualizarse (generando con ello un juego imperfecto), como son que se designen a los beneficiarios de las partes sociales o se les confieren las acciones que integran el capital social, lo que evita que los herederos de uno de los socios, por efectos de los concerniente procedimiento sucesorio testamentario o intestamentario llegue a ser socio, mediante la identificada en el *argot* comparativo como la “cláusula beneficiosa”.

En la asesoría y atención para esta opción sucesoria, intervienen los Notarios Públicos (mediante las Escrituras) y los Corredores Públicos (mediante pólizas), identificados como meta-jugadores, mediante la formalización del acta constitutiva que contiene los Estatutos Sociales y por ende la cláusula beneficiosa. Sin soslayar que en el caso de los Notarios, cuando el Testador es titular de sociedades mercantiles que tienen decenas o centenares de obreros, créditos y activos circulantes, entonces la asesoría es más integral, incluso se les sugiere el fideicomiso testamentario.

Explica el Corredor Público que cuando se tiene mucho patrimonio se reparte el mismo en legados en favor de los hijos, los padres, los hermanos, pero cuando no, tradicionalmente se opta por dejarse a todos partes iguales (decisión salomónica), pretendiendo un aparente juego colaborativo. Sin embargo, en Derecho societario, no todos los prospectos a causahabientes tienen los atributos y el talento, lo que afectaría a la sociedad, ya que si se tiene por el número de capital y de acciones de considerable participación, éste se merma en efectos de espiral descendente (disminuyendo la ganancia) en perjuicio de los causahabientes (jugadores). Por lo anterior, se determina por los socios la forma de designar algún beneficiario, para transmitirle las acciones, incluso se establece la forma en que se pagarán o su reconocimiento como socio.

Las empresas familiares (95 al 98% del país) para prevenir conflictos, mediante un juego colaborativo, se ponen de acuerdo y concertan un “Protocolo de Familia”, en el que una de sus decisiones para regular el juego es constituir un fideicomiso para repartir entre todos los jugadores las utilidades de la Empresa (la ganancia del juego), pero entre ellos o incluso en

Tabla 3. Tipología de juegos. Catálogo de estrategias para los jugadores

Estáticos	Dinámicos
Información completa (perfecta)	Información Incompleta (imperfecta)
Suma cero o estrictamente competitivos	De suma distinta de cero
Con decisiones simultáneas	De decisiones secuenciales
Cooperativos	No cooperativos
De dos jugadores	De "n" jugadores
Estáticos (un turno)	Repetitivos (varios turnos)
De turnos determinados	Infinito

Fuente: Blaise, J. y Van Steenkiste, I. (2016), elaboración propia.

forma externa, designan al Director de la misma, en función no familiar sino de acuerdo a su profesionalismo y competencias (conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, experiencia). Además, se logró identificar el tipo de juego que se suscita en las diferentes estrategias de los jugadores descritas por expertos entrevistados, dentro del catálogo contenido en la Tabla 3.

Conclusiones

De los hallazgos de la presente investigación se encuentran elementos transversales decisorios comunes de los jugadores que toman en consideración para determinar dentro de las diversas opciones, la que será determinante para transferir su patrimonio *post mortem*, a saber:

- Existen complicaciones socio-jurídicas y culturales que no han sido solucionadas con la promulgación de la norma *per se*, y que ello ha traído consecuencias económicas, a la sociedad. Sin embargo, en el caso de la región sur de Jalisco, México, la existencia de información sobre la toma de decisiones de la población, su análisis a la luz de la Teoría de juegos, podrían ser alicientes para ir perfilando estrategias idóneas y medios de solución asequible y real para solucionar en forma prácticas diversos problemas.

- Se comprobó la utilidad de la Teoría de juegos en el ámbito jurídico en sus diferentes disciplinas aplicadas al Derecho sucesorio, así como la universalidad del patrimonio en las sucesiones generales y opciones específicas de suceder, minando en la práctica el sustento teórico de la universalidad sucesoria.

- Se demostró que el factor emocional y consanguíneo toman un papel importante a la hora de decidir y no siempre se toman decisiones razonables, lo que puede generar un riesgo o merma del patrimonio, consolidación y acrecentamiento.

- No había información concisa y clara de las reglas del juego del Derechos sucesorio en las diferentes disciplinas jurídicas, excepto cuando hay intereses de terceros (Derecho agrario, Derecho corporativo, Derecho bancario, y de seguros), haciendo evidente la falta de una política pública sólida en los diferentes ámbitos de gobierno.

- Se demuestra la falta de previsión con consecuencias directas de carencia de seguridad jurídica en el patrimonio.

- Las personas que van a elegir la opción sucesoria, al esperar al último momento por la edad, o porque están mal de salud o por un siniestro extraordinario, pierden la oportunidad de generar estrategias para ir adecuando su última voluntad, convirtiendo el evento en un juego definitivo.

- Una disposición testamentaria puede ser utilizada para premiar, castigar o por remordimiento de la conciencia, pero hay opciones cerradas y específicas, con poco margen de elección y que son impuestas, tanto en la porción de la ganancia como en los jugadores.

- La incertidumbre de los demás jugadores propicia que tengan juegos competitivos en vez de juegos cooperativos.

- Es necesario brindar mayor información a la población, para crear una mayor cultura con el fin de que la sociedad conozca todos los juegos que existen en las diferentes disciplinas.

- El no jugar de forma eficiente genera conflictos familiares y económicos, por lo que se debe buscar al beneficiario que tenga mejores competencias, ello para preservar o acrecentar su patrimonio.

- La falta de cultura genera la falsa creencia de que están transmitiendo su patrimonio sin tomarse en cuenta que es modificable en cualquier momento .

- Todas las opciones se pueden complementar entre sí, y se puede con-

centrar en los diferentes tipos de testamento.

- Actualmente sigue existiendo ese miedo a morir, lo que tiene una estrecha relación con la educación.

- La idea debe de ir encaminada a generar juegos dinámicos con consecuencias de ganar ganar.

Por lo anterior, se podrían realizar más investigaciones en este sentido que a futuro pudiera constituir una línea generadora y aplicadora de conocimiento.

Considerando la utilidad de la Teoría de los juegos y su aplicación en el Derecho sucesorio, se podría incluso utilizar con un halo de productividad, para generar estudios respecto a la eficiencia de las normas jurídicas, como una perspectiva, dimensión o un ángulo diferente, al evaluar si éstas lograr los resultados propuestos, para que se pueden diseñar en forma anticipada reformas, políticas públicas, a modo de estrategia para poder actuar pública (coordinación) y privadamente (concertación) ante determinada situación.

Producto de investigaciones socio jurídicas apoyadas con el análisis económico del Derecho y la Teoría de juegos sobre esta temática, a la postre con mayor información se podría diseñar un modelo econométrico que reuniera las diferentes categorías analíticas (variables), su correlación y ponderación respectiva, que lograda su validación podría aplicarse en beneficios para la sociedad de la región sur de Jalisco; y,

Agradecimientos.

A las personas que participaron en las entrevistas, así como a la Coordinación de la Maestría en Derecho del Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, por su apoyo en las diversas gestiones para el desarrollo de la presente investigación, y una mención especial y dedicación del producto de esta investigación a la Abogada Sughey Carranza Sandoval, quien en vida se caracterizó por su humanismo, fraternidad y profesionalismo en favor de su familia y la región sur de Jalisco.

Dedicatoria

De forma muy especial a mi Hermana Yurisma Sughey Carranza Sandoval, quien siempre será la mayor fuente de inspiración para lograr crecimiento en mi vida profesional, te llevo en mi corazón, en mi mente y en mi alma todos los días de mi vida, y aunque ya no estás aquí sé que desde el cielo estarás orgullosa por este logro.

El modelo econométrico mencionado en el inciso anterior, podría replicarse a otras regiones del estado de Jalisco y en el ámbito nacional e internacional.

Limitantes

Se determinó el ámbito territorial de la Región Sur de Jalisco ante la imposibilidad de ampliarlo a toda la entidad federativa, por razón de la limitante actual de recursos financieros, tiempo y personal para hacerlo extensivo.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Amador, L. E. (2012). *Serie de Derecho económico: casos de estudio de aplicación del análisis económico del Derecho*. Recuperado de https://books.google.com.mx/books?id=FFMrrer-XKf_UC&pg=PA18&dq=teor%C3%ADa+de+juegos+derecho&hl=es19&sa=X&ved=2ahUKEwihpvjX5uLqAhWVQc0KHatTBvA4ChDoATAEegQIARAC#v=onepage&q=teor%C3%ADa%20de%20juegos%20derecho&f=false
- Berosca, I., Arango, L. y Jiménez, A. (2018). *Consideraciones técnicas y metodológicas de la Teoría de juegos en condición de equilibrio*. *Tlatemoani, Revista Académica de Investigación*, 9(28), 123-138. Recuperado de <https://www.eumed.net/rev/tlatemoani/28/tlatemoani28.pdf>
- Blaise, J. y Van Steenkiste, I. (2016). *La Teoría de juegos. El arte del pensamiento estratégico*. Recuperado de <http://librodeschargar.governo.a2hosted.com/B01E47UO7I-teoria-juegos-pensamiento-estrategico-Marketing-ebook.pdf/>
- Cámara de Diputados. (2012). *Ley Federal de Correduría Pública*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/105.pdf
- Cámara de Diputados. (2012). *Reglamento Interior del Registro Agrario Nacional*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n350.pdf
- Cámara de Diputados. (2013). *Ley sobre el Contrato de Seguro*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/211.pdf
- Cámara de Diputados. (2018). *Ley Agraria*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/13_250618.pdf

- Cámara de Diputados. (2018). *Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISF_220618.pdf
- Cámara de Diputados. (2018). *Ley de Sociedades Mercantiles*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/144_140618.pdf
- Cámara de Diputados. (2018). *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/64_090318.pdf
- Cámara de Diputados. (2020). *Código Civil Federal*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_270320.pdf
- Cámara de Diputados. (2020). *Ley de Instituciones de Crédito*. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México. Recuperado de www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_270320.pdf
- Castellanos, E. (2003). *Reenóo, unidad de la sucesión y armonía internacionales de soluciones en el Derecho sucesorio*. Law Internacional: Revista Colombiana de Derechos Internacional, núm 2, Diciembre. Pontificia Universidad Javeriana. Colombia. Recuperado de www.redalyc.org/pdf/824/82400206.pdf
- Cerdá, E., Pérez J. y Jimeno, J. L. (2004). *Teoría de juegos*. Madrid: Pearson Educación.
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Código Civil del estado de Jalisco*. Congreso del Estado de Jalisco. México. Recuperado de <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Codigos>
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Código de Procedimiento Civiles del Estado de Jalisco*. Congreso del Estado de Jalisco. México. Recuperado de <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Codigos>
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Ley del Notariado del estado de Jalisco*. Congreso del Estado de Jalisco. México. Recuperado de <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes>
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Ley del Registro Público de la Propiedad del Estado de Jalisco*. Congreso del Estado de Jalisco. México. Recuperado de <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes>
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Jalisco*. Congreso del Estado de Jalisco. México. Recuperado de <https://congresoweb.congresoajal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes>
- Universidad Nacional Autónoma de México. (2020). *Teoría de juegos. Introducción*. Facultad de Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. Recuperado de www.economia.unam.mx/profesores/blopez/juegos-Introducci%C3%B3n.pdf
- Forbes México. (1 de septiembre de 2014). Sólo uno de cada 500 mexicanos tiene testamento. *Forbes de México*. Recuperado de www.forbes.com.mx/solo-uno-de-cada-500-mexicanos-tiene-testamento/

- Forbes. (12 de septiembre de 2018). *En México, sólo 1 de cada 20 adultos cuentan con un testamento*. Recuperado de www.forbes.com.mx/en-mexico-solo-1-de-cada-20-adultos-cuentan-con-un-testamento
- George, A. L. y Bennett, A. (2005). *Case studies and theory development in the social sciences*. London, England: MIT Press.
- Gobierno de México. (2020). ¿Por qué es importante elaborar un testamento? *Portal del Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores*. Recuperado de www.gob.mx/inapam/es/articulos/por-que-es-importante-elaborar-un-testamento?idiom=es
- Gómez, D., Almaraz, I. y Banda, H. (2013). Teoría de juegos aplicada a las pensiones en México. *Red Internacional de Investigadores en Competitividad*, 7(1), 2240-2258. Recuperado de <https://www.riico.net/index.php/riico/article/view/402>
- Gutiérrez, F. (2015). *Introducción a la Teoría de juegos y los contratos*. *Eafit*, 6(2), 1-12. Recuperado de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/3472>
- Hendrix, S. (9 de octubre de 2013). ABC de la importancia del testamento. *Forbes México*. Recuperado de www.forbes.com.mx/abc-de-la-importancia-del-testamento/
- Herrera, J. (2014). *El Patrimonio*. Colegio de Notarios del Distrito Federal. México. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/16/pr/pr5.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2015). *Intercenso de población y vivienda 2015*. México. Recuperado de <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/ccpv/2005/default.html>
- Jiménez, V. E. y Comet, C. (2016). *Los estudios de caso como enfoque metodológico*. *Academo, Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades*, 3(2), 1-11. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5757749>
- Lanzagorta, J. (5 de septiembre de 2016). El testamento y la cultura de previsión en México (I). *El economista*. Recuperado de <https://www.economista.com.mx/finanzaspersonales/El-testamento-y-la-cultura-de-prevision-en-Mexico-I-20160905-0067.html>
- Martínez, H. D. y López, M. F. (2010). *Teoría de juegos y Derecho: una investigación acerca de la aplicación e importancia que se le ha dado a la Teoría de juegos en el Derecho colombiano* (Monografía). Universidad EAFIT, Medellín.
- Pérez, J. y Fol, R. (2019). *Herencias, donaciones, cesión de derechos y otras figuras jurídicas. Tratamiento legal y planeación financiera y fiscal*. México: Tax Editores Unidos.
- Real Academia Española. (2020). *Patrimonio*. Recuperado de <https://dle.rae.es/patrimonio>.
- Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. (2006). *Derecho civil: introducción y personas*. México: Oxford University Press.
- Secretaría de Gobernación. (2020). *Mes del testamento*. Blog de la Secretaría de Gobernación. México. Recuperado de www.gob.mx/testamento/articulos/septiembre-mes-del-testamento-122213

- Serrano, E. D. (2006). *Familia y Teoría de juegos*. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 4(2), 3-25. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-715X2006000200006
- Sierralta-Ríos, A. (1998). *Breve introducción a la Teoría de los juegos y su aplicación en el Derecho*. *Themis, Revista de Derecho*, 38, 277-288. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10352>
- Sierralta-Ríos, A. (2010). *Breves liminares sobre Derecho y Teoría de los juegos*. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 6(6), 359-385. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7176>
- Vázquez, M. (4 de septiembre de 2018). Buscan ampliar la cultura testamentaria en México. *Real Estate Market Lifestyle*. Recuperado de <https://realestatemarket.com.mx/noticias/mercado-inmobiliario/vivienda/23630-buscan-ampliar-cultura-testamentaria-en-mexico>



Teoría de la imprevisión e incumplimiento de contratos civiles, en tiempo de pandemia. Jalisco 2020

Rubén Lorenzo Valladares Dávalos¹
José de Jesús Covarrubias Dueñas²
Blanca Estela Paredes Hernández³

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es dar a conocer el derecho, de la teoría de la imprevisión en los contratos, también conocido como lesión sobrevenida o cláusula *Rebus Sic Stantibus*; como la facultad que puede ejercer un deudor sobre un acreedor por hechos extraordinarios e impredecibles que alteraron las condiciones iniciales que originaron la celebración de un contrato de cumplimiento diferido y oneroso para buscar, en primer término, la celebración de un acuerdo entre las partes que equilibre las obligaciones que nacieron del contrato inicial, y así no propiciar que se ventilen estos asuntos en la vía judicial.

Tal Principio busca sensibilizar a los acreedores para que tengan consideración y solidaridad con sus deudores que actuaron de buena fe en tiempos de recesión económica, ya que dejaron de cumplir su obligación con motivo de un evento extraordinario, tomando como ejemplo la actual pandemia de *Covid 19*.

1 Abogado; Maestro en Derecho egresado de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario del Sur, litigante.

2 Profesor de tiempo completo, asesor y docente de la Universidad de Guadalajara en la red universitaria y la Maestría en Derecho en la sede Centro Universitario del Sur, investigador del SNI y Magistrado en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco, México.

3 Abogada; Doctora en Derecho, docente y asesora de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario del Sur y auxiliar en el Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Jalisco.

Utilizando la *Nomología como metodología científica transdisciplinaria*, se efectúan los análisis conceptuales, históricos, doctrinales, constitucionales, legales y de casos, para así emitir los criterios jurídicos respectivos en este trabajo; se hará una breve reseña histórica de sus orígenes, un análisis conceptual de la figura jurídica de la imprevisión en contraposición a la *Pacta Sunt Servanda*, se planteará la diferencia que tiene con el caso fortuito o de fuerza mayor, además de su campo de aplicación en el Estado de Jalisco, de conformidad a su Código Civil vigente, de las normas constitucionales, internacionales además de los principios generales del derecho, para que por medio de esta publicación, el lector pueda entender esta figura jurídica, al quedar definidos sus elementos dogmáticos como conceptuales para su debida interpretación que permitan el ejercicio de este derecho.

Palabras clave. Imprevisión, extraordinario, equilibrio, equidad, buena fe.

ABSTRACT. The objective of this work is to present the law, of the theory of the lack of vision in contracts, also known as a supervening injury or Rebus Sic Stantibus clause; as a right that a debtor can exercise over a creditor, due to extraordinary and unpredictable events, which altered the initial conditions that led to the execution of a deferred and onerous performance contract, in order to first seek to enter into an agreement between the parties to balancing the obligations that arose from the initial contract, so as not to allow these matters to be aired in the judicial process, so that it seeks to sensitize creditors, so that they can have consideration and solidarity in times of economic pandemic with their debtors who acted in good faith, since they failed to fulfill their obligation, on the occasion and after the extraordinary event such as the Covid 19 pandemic; Throughout this work, a brief historical review of its origins will be made, a conceptual analysis of the legal figure of unforeseenness as opposed to the *Sunt Servanda Pact*, the difference that it has with the fortuitous or force greater, in addition to its field of application in the State of Jalisco, in accordance with its current Civil Code, of the constitutional and international norms, in addition to the general principles of law. So that through this publication, the reader can understand this right, as its dogmatic elements are defined as conceptual, for its proper interpretation that allows the exercise of this right.

Key words. Unpredictable, extraordinary, balance, fairness, good faith.

Introducción

Los primeros antecedentes de esta figura jurídica se remontan al derecho romano y canónico; cuyo objetivo siempre fue que cuando por un hecho extraordinario e impredecible (pandemias, guerras, devaluaciones) que acontecen después de celebrado un contrato oneroso y de cumplimiento a plazo, el acreedor fuera solidario con el deudor, ya que por hechos ajenos a las partes, cambiaron radicalmente las condiciones iniciales que originaron

la firma de un contrato celebrado de buena fe, para contraer obligaciones recíprocas entre las partes, donde una de ellas es afectada después de acontecido el hecho superviniente; hechos que eran imposibles de prever, ya que la figura jurídica no acepta, que pueda mediar el dolo o la mala fe de alguna de las partes, ya que el que ejerce este derecho debe hacerlo de manera legítima, al haber dado cumplimiento a su obligación, antes del hecho impredecible. Este principio *Rebus Sic Stantibus* se contrapone al principio *Pacta Sunt Servanda*, que ordena que los contratos se deben cumplir irrestrictamente como ley, como se pactaron originalmente. Este derecho y este tema que se aborda en el presente trabajo, cobra gran actualidad por lo que se está viviendo en el contexto de la desestabilización económica, derivada por la declaración de contingencia epidémica emitida el 30 de Marzo del 2020, por el Gobierno Federal y el Gobierno del Estado de Jalisco, apegándose a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, que ha originado el incumplimiento de contratos de cumplimiento a plazo y onerosos, como es el arrendamiento y el préstamo de dinero, por lo que se busca contextualizar este trabajo en el ámbito nacional, en especial en el Código Civil del Estado de Jalisco, apoyando y fundando el ejercicio de este derecho, en las disposiciones constitucionales, internacionales y principios generales del derecho, como es el que nadie está obligado a lo imposible y nadie puede enriquecerse a costa de otro. Este derecho ha sido ejercitado a través de la historia de la humanidad en épocas de crisis política y económica, como un instrumento legal para buscar la justicia, aplicando los principios legales a la equidad, evitar la explotación del hombre por el hombre, la usura desmedida, para buscar un equilibrio del derecho, para que no se aplique de manera arbitraria, que los contratos se deben cumplir como ley, tomando en cuenta que existe una causa generadora, que justifica el que no se cumpla una obligación, después de originado un hecho extraordinario o superviniente.

Objetivo

En tiempos de pandemia sabemos que además de los efectos a la salud pública, son los efectos colaterales de índole económico, que se están padeciendo a escala global, los que han provocado el cierre de negocios y empresas que no fueron considerados como actividades esenciales, como se desprende de la declaración de emergencia emitida por el Gobierno

Federal, que se replicó en nuestro estado (Jalisco), aunado a que fue de las primeras entidades federativas en ordenar el cierre de negocio, es por ello que quien contrató una obligación a plazo, con el pago de una prestación económica, (crédito, rentas o incluso el pago de impuestos), no les fue posible después del hecho extraordinario, continuar pagando de manera puntual como lo venían haciendo con antelación, aunado a que en muchos de los casos tuvieron que cerrar sus negocios y por lo tanto dejar sin trabajo a sus empleados, o bien el que adquirió un préstamo ya no le fue posible seguir haciendo sus pagos. Esta publicación abona, para que la sociedad en general y no solo a los operadores del derecho, como son abogados, funcionarios públicos y docentes, conozcan este derecho para que pueda ser considerado en los planes de estudio de las universidades, en el supuesto de que acontezca un hecho extraordinario e impredecible en el futuro, como la epidemia que actualmente vivimos, alguna devaluación, inflación, huelga, paro o bloqueo de vías de comunicación, que produzcan una crisis económica que complique el cumplimiento de la obligación suscrita.

Metodología

Por medio del método cualitativo, haciendo un análisis documental, de leyes, doctrina, publicaciones y revistas, para hacer un estudio conceptual y dogmático de la figura jurídica de la teoría de la imprevisión contractual, en el contexto actual de nuestras leyes locales, nacionales, internacionales, además de los principios generales como fuente del derecho.

Agregar un poco más sobre la dogmática del derecho como metodología de investigación en ciencias jurídicas

Antecedentes históricos

Se tienen antecedentes desde el Derecho Romano, Canónico y otros, de acuerdo con Jimenez (2009), señala que algunos juristas al largo de la historia, han pretendido descubrir el origen de la Imprevisión en el Derecho Romano quirritario, donde han sido insistentes por deducir de párrafos del Digesto y de las Instituciones de Justiniano su antecedente más remoto. Por otra parte, otros, se remontan a los posglosadores de los siglos XIV a XVI, y puntualizan y le dan importancia a los textos de Alciatus, Bartolo y Baldo de Ubaldis, donde ellos afirman que ellos fueron los precursores, en

afirmar la existencia de una cláusula *rebus sic stantibus*, implícita en todo contrato.

La doctrina, tomo como base de su origen en el Derecho canónico y medieval para hablar de la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual fue posteriormente recogida por el iusnaturalismo y considerada como una excepción al principio *pacta sunt servanda*. En efecto, el Derecho canónico consideraba nocivo para el obligado pagar onerosamente el contrato o recibir un daño, es decir, la existencia de una marcada desproporción entre la cuantía a pagar, frente a la contraprestación recibida. (Garfias, 1998)

Existen distintas posturas entre los doctrinarios respecto del origen de la Teoría de la Imprevisión. Algunos sostienen que parte del Derecho romano a través de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*; otros afirman que ya existía en algunos textos de Cicerón (*De Officiis*, *De los Deberes*); algunos más remontan su origen a un pasaje de la obra de Séneca *De Beneficiis* y por último, hay quienes encuentran la Teoría de la Imprevisión en un pasaje de Neratius en el *Digesto* (*rebus sic stantibus loquimur*).

En este orden de ideas, Cicerón plantea que todo abogado que ha dado su palabra por una causa, no está obligado a mantener la promesa, en caso de enfermedad o bien de algún otro imprevisto y, en este mismo sentido, Séneca señala que todo lo que cambia da la libertad al obligado de consultar y por lo tanto desligarse de la palabra dada.

En la Edad Media, se encuentran manifestaciones de otros pensadores como Santo Tomás de Aquino y Bartolomeo Di Brescia; el primero sostuvo que el hombre que no hace lo que prometió es excusable si han cambiado las circunstancias de las personas y de los negocios o lo prometido es notoriamente ilícito; Bartolomeo Di Brescia, por su parte, estableció el principio de lo que aparece de nuevo, necesita de un nuevo auxilio. (Ramírez, 1998).

En el Derecho Romano, se contempló en los párrafos del *digesto* y de las *Instituciones de Justiniano*, en contraposición del principio del *pacta sunt servanda*, que ordena que lo pactado se debe cumplir, en donde las partes en un acuerdo de voluntades o contrato, deben sin justificación alguna cumplir, por la voluntad expresada, ya que lo estipulado es ley entre las partes, pero se encuentra una excepción en la cláusula *rebus sic stantibus*, que significa estando así las cosas (Castillo, 2003).

Dicha fórmula fue utilizada como una abreviatura de la regla, *contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*,

que significa “los contratos estipulados para actos sucesivos de resultados sobre un período futuro en el tiempo deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias continúen siendo las mismas, o se mantengan”. La cláusula *rebus sic stantibus* (estando así las cosas, o conservando la situación de las cosas) implica que los términos de un tratado público mantienen su vigencia, en la medida en que no varíen las circunstancias de hecho bajo las cuales se negoció el acuerdo. Si dichas circunstancias de hecho cambian hay lugar a que cualquiera de las partes demande la revisión. La teoría descansaba en el principio de la buena fe contractual, la cual busca evitar que el contrato se transforme en fuente de lucro exagerado para uno de los contratantes y en una pérdida desmesurada para la otra.

El origen histórico de la figura la predicaban la mayoría de los autores en el Derecho Romano honorario, el cual adoptó el principio de la *bonae fidei* como un correctivo a la ritualidad y rigidez del sistema quirritario. El principio fue aplicado exclusivamente a los contratos, y buscaba corregir las injusticias que el régimen de los contratos *stricti juris* generaba. Para éste tipo de contrato el contenido de las prestaciones u obligaciones, quedaba fijado de manera precisa e irrevocable a merced a las solemnidades que acompañaban el contrato. Sin embargo, esa rigidez absoluta que ofrecía certeza jurídica, en muchas ocasiones no correspondía con los dictados de la equidad y la voluntad real de las partes. Esto llevó a que los jurisconsultos mediante el derecho honorario, crearan un nuevo tipo de contratos, denominados *bonae fidei* cuya interpretación no se fundaba en las formas o solemnidades del contrato sino en el querer y voluntad de los intervinientes en la relación negocial, estos negocios no estaban sometidos a ley del contrato sino a las normas de la equidad.

Es por ello por lo que los Canonistas, fueron iniciadores de la Teoría de la Imprevisión, durante los siglos XII al XIV, entre los que se destacó Graciano, Santo Tomás de Aquino y Juan de Andrea, ellos condenaban el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro como algo contrario a la moral cristiana (Matorrel, 1951).

Los canonistas ordenaban, que la promesa emitida solo obligaba, siempre y cuando nada haya cambiado, es decir, siempre y cuando las circunstancias originales que existieran al momento de la celebración del negocio se mantuvieran a lo largo de su ejecución. Se trataba de algo más moralista y no jurídico, que se concebía y nacía de la equi-

dad, que desarrollaba el mandato que prohibía la usura a expensas del otro. La regla deducida era propia del Derecho natural y no del Derecho positivo.

La escolástica, que es eminentemente ius-naturalista, de la cual Santo Tomás de Aquino es su más insigne representante junto a San Agustín, basaba su sistema filosófico en el clasicismo aristotélico que unía al dogmatismo propuesto por Santo Tomás la aplicación de un juicio racional, expositivo y lógico de los fenómenos observados, que propugnaba por una proyección científica general sustentada en la orientación del dogma católico de la moral cristiana basada en la ayuda mutua y la igualdad de los hombres frente a los ojos de Dios, que pugnaba radicalmente con el positivismo que excluía o negaba lo divino o trascendente para refugiarse en lo sensitivo o experimental. Los Canonistas, consideraban que estaba implícito en todo contrato una cláusula según la cual las partes consentían subordinar el mantenimiento de sus obligaciones a la persistencia de las condiciones de hecho existentes el día del contrato: la cláusula *rebus sic stantibus* (Planiol, 1936).

Abordamos a continuación los antecedentes históricos, particularizando el caso de Francia, donde en su revolución, la base de su derecho contractual se fundamentó en la preponderancia de la autonomía de la voluntad determinaron que autores como Domat y Pothier, no mencionaran la teoría en ninguno de sus tratados, pero igualmente el Código de Napoleón, que se sustentó en las formulaciones teóricas de los autores citados, desconoció por completo la figura y privilegió el principio general de la fuerza del contrato por ser ley para las partes.

La jurisprudencia y la doctrina francesas sostuvieron que, el contrato tenía fuerza de ley entre los contratantes, los vinculaba irremediablemente y no existía medio alguno para alterar lo que la voluntad recíproca había fijado. Esto explica por qué en la tradición romano-germánica y en los países de aplicación de Derecho con influencia francesa como lo es México, la introducción de la figura ha sido complicada y de difícil comprensión. El jurista Colombiano, López Vargas, afirma que la libertades contractuales están restringidas, a la solidaridad de la sociedad, con relación al dogma liberal económico de la Revolución Francesa, con la individualidad legal y el principio de la autonomía de la voluntad, que fueron los principios, con los cuales se erigieron esos códigos (Vargas, 1967).

Desde la Primera Guerra Mundial, por la necesidad de resolver situaciones originadas derivadas del conflicto armado, aplicando el principio de equidad se produjo un descontento por lo que contemplaba el Código Civil Napoleónico, que eran soluciones, motivaron que la tesis de la autonomía de la voluntad y la preponderancia del principio *pacta sunt servanda*, pasara a un punto de revisión y se iniciara por su remplazo por el contrario que es la teoría de la imprevisión, que solo era contemplado en la historia. Inicialmente, la doctrina y la jurisprudencia, contemplaron la indemnización de daños y perjuicios, no procede cuando el deudor pruebe que el incumplimiento se funda en una causa extraordinaria que no le puede ser imputada o que le resulte imposible el cumplimiento a consecuencia de fuerza mayor o caso fortuito.

En Francia, a pesar de que en el código civil napoleónico, donde se aplicaba de manera irrestricta el principio *pacta sunt servanda*, fue por medio de la resolución de asuntos de índole administrativo, que resultó más flexible, para aplicar la teoría de la imprevisión, donde el estado era parte en la celebración de los contratos. Un ejemplo de lo anterior, fue el pronunciamiento del Consejo de Estado francés respecto a la Compañía de Gas de Bourdeaux. Este asunto se originó, por los siguientes hechos:

- En 1904 la Compañía de Gas de Bourdeaux y el municipio de Bourdeaux celebraron un contrato, por medio del cual la Compañía de Gas se comprometía a prestar el servicio de alumbrado público que era a gas, con un precio prefijado, determinado por las partes tomando en cuenta el precio promedio del carbón. El gas utilizado para el alumbrado se extraía de la combustión del carbón que era su materia prima. El precio de la tonelada de carbón antes de 1914, fluctuaba entre 20 a 22 francos, e históricamente nunca había superado estos topes.

- Al declararse la Primera Guerra Mundial, los alemanes ocuparon la cuenca carbonífera francesa, lo que determinó que Francia se viera imposibilitada de contar para sus necesidades con este carbón y tuviera que importarlo. El carbón importado tenía un precio excesivamente alto, llegando a límites de 174 francos tonelada, esto por cuanto los fletes se incrementaron en razón de la guerra. El régimen general de contratación administrativa preveía un margen en la fluctuación del precio del carbón, en contratos de prestación de servicios en donde esta materia prima fuera esencial, caso del suministro de alumbrado público. Sin embargo, los lími-

tes fijados en dicha reglamentación no llegaban siquiera a la mitad del precio que la tonelada de carbón tuvo en el periodo más álgido de la guerra.

- La Compañía de Gas de Bordeaux se encontró con una situación insostenible frente al contrato de suministro de alumbrado público, pues los precios pactados en el contrato como contraprestación por el suministro, no compensaban las enormes pérdidas que la compra del carbón estaba generando. Fundamentado en estos hechos, la Compañía de Gas de Bordeaux demandó ante la justicia contenciosa administrativa, Consejo de la prefectura de Girondá, al Municipio de Bordeaux, buscando se revisara el contrato y se establecieran nuevos precios, acordes con la situación del mercado del carbón. El Municipio de Bordeaux se opuso a las pretensiones de la Compañía de Gas de Bordeaux y sostuvo que en el caso en estudio se debería aplicar estricta y literalmente el artículo 1134 del Código Civil francés, relativo a la obligatoriedad de las cláusulas del contrato para las partes.

- El Consejo de prefectura de Girondá resolvió la litis mediante Sentencia de 30 de julio de 1915, por medio de la cual aceptó las excepciones formuladas por el Municipio de Bordeaux y por ende negó las pretensiones del actor. Recurrido el fallo en apelación fue resuelto por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 30 de marzo de 1916, en el cual se revocó la decisión tomada por el Juzgador de primera instancia y se ordenó al Municipio de Bordeaux que amigablemente y de común acuerdo con la Compañía de Gas de Bordeaux procedieran a revisar los términos del contrato, incluyendo una indemnización a favor de la demandante y a cargo de la demandada con ocasión de las pérdidas generadas hasta esa fecha en razón del cumplimiento excesivamente oneroso del contrato. Dejó sentado el Consejo de Estado que de no lograrse un acuerdo entre las partes, se remitiría el expediente al Consejo de la Prefectura de Girondá, para que este procediera imparcialmente a fijar las nuevas condiciones (Gil, 2009).

- De acuerdo a El Consejo de Estado Francés, como base y fundamentación en la resolución dictada, señalo que cuando suceden hechos que trastornan la economía de lo contratado entre las partes, estos dejan en imposibilidad de que se cumpla con la obligación en las condiciones inicialmente pactadas, ya que es prioritario hacer frente a esa circunstancia nueva que las partes no pudieron contemplar inicialmente, por lo que es preciso enfrentarla mientras ella subsista; las necesidades del servicio

público lo exigen, por lo que la autoridad exigiría del concesionario que continuara prestando el servicio como se contrató, pero lo apoyaría indemnizándolo o reduciéndole la carga de sus obligaciones, soportando el exceso de esas cargas en cuanto ellas, sean mayores al máximo de de las variaciones económicas que pudieron preverse cuando se celebró el contrato (Consejo del Estado Frances, 1939).

Análisis conceptual de la figura jurídica de la imprevisión en contraposición a la *Pacta Sunt Servanda*

Para poder comprender la diferencia entre ambas figuras jurídicas, debemos partir de la base de conceptualizar que es un contrato, que es un pacto o acuerdo, entre dos o más partes para la creación de derechos y obligaciones, transmitiéndose la obligación de una manera verbal o escrita. Los elementos para la existencia del contrato son dos: el consentimiento, es decir la expresión de la libre voluntad sin vicios, que no medie dolo, error, lesión, fuerza o miedo, y que el objeto que sea legal.

Por lo tanto, el principio *pacta sunt servanda*, como la cláusula *rebus sic stantibus*, nacen de un contrato; la primera busca el cumplimiento irrestricto del contrato desde su pacto inicial y la Imprevisión busca la revisión del contrato para su cumplimiento, cuando suceden hechos extraordinarios o impredecibles, después de celebrado el contrato. Es decir, el primer principio desde el momento mismo de la celebración del contrato y la teoría de la imprevisión, nace después del pacto entre las partes.

Como es de todos conocido, el poder que representa a los intereses económicos de los grandes empresarios, como es el caso de los bancos, ha provocado que se privilegie a favor de ellos el principio *pacta sunt servanda*, ya que buscan a toda costa siempre ganar y cobrar el último centavo, cuando existe un incumplimiento de contrato de cumplimiento diferido, que conlleve un beneficio económico, incluso haciendo efectivas garantías como las hipotecarias o trabar embargos en los bienes de los deudores, aun así que exista un hecho extraordinario, que justifique el no pago de la obligación. Es por ello que nuestros Máximos Tribunales Federales, fallaron en contra de la teoría de la Imprevisión en una Jurisprudencia que reza de la siguiente manera: “Contratos. Los legalmente celebrados deben ser fielmente cumplidos, no obstante que sobrevengan acontecimientos futuros imprevisibles que pudieran alterar el cumplimiento de la obligación,

de acuerdo a las condiciones que privaban al concertarse aquélla”. Favoreciendo el principio *Pacta Sunt Servanda*, sin embargo, como continuaremos abordando en este artículo, tienen todavía los justiciables o ciudadanos afectados otras opciones legales para controvertir lo anterior, por medio de los preceptos constitucionales y normas internacionales.

Las bases por las cuales se basa la teoría de la imprevisión o clausula *rebus sic stantibus*, es cuando acontece un hecho después de celebrado el contrato de cumplimiento diferido y oneroso como es un crédito o un arrendamiento, que lo convierte extraordinario o impredecible, que es el caso de la pandemia del *Covid 19*, misma que se desencadenó en este año 2020, donde todos los giros no indispensables tuvieron que cerrar por la declaratoria de emergencia emitida por los gobiernos federal y estatales, afectando que pudieran operar normalmente, como es el caso de restaurantes dejaron de pagar la renta del local donde tenían instalado su negocio, asimismo, posteriormente han reducido sus ventas a niveles mínimos; otro ejemplo fue la crisis económica a finales del año de 1994, donde se devaluó la moneda mexicana frente al dólar, subiendo el monto de los pagos en que se pactaron con esa moneda extranjera e incluso el incremento de las tasas de interés variable que se determinaban con instrumentos financieros que establecían los pagos a plazo, todas estas variables económicas afectaron las condiciones inicialmente pactadas entre las partes; otros ejemplos que acontecieron en fechas recientes en este año 2019, fueron los efectos por el desabasto de gasolina, debido al combate al robo de combustible que emprendió el gobierno de la República Mexicana, que a propósito es muy loable; además de la crisis por el paro del magisterio en el Estado de Michoacán, que obstruyó las vías del tren, por lo que se vio afectado el funcionamiento del Puerto de Lázaro Cárdenas de esa entidad; otro caso fue la huelga de los trabajadores de la maquiladora, en Matamoros, Tamaulipas; estos ejemplos de hechos recientes, provocaron un problema económico importante, ya que no llegó el suministro de productos y materia prima a negocios y fabricas para la elaboración de productos, y que afectó a todo aquel que forma parte de la cadena productiva, y por ese motivo se desencadenaron problemas de tipo económico e incumplimiento de obligaciones.

Los hechos extraordinarios o impredecibles, causan un impacto negativo y rotundo para el cumplimiento de obligaciones a plazo que es

imposible prever al momento de contratar, es por ello que los acreedores en estas circunstancias deben ser más humanos y solidarizarse a favor de sus deudores, para que continúen operando y no cierren las fuentes de trabajo. Para que en primera instancia se busque el cumplimiento de la obligación de manera equitativa y que la parte que se ve afectada por un hecho extraordinario, siempre que sea de buena fe y sin que medie dolo la aplicación de la teoría de la imprevisión, , busque la reducción de la prestación ya sea por medio de la celebración de un convenio o la intervención judicial, en el caso de que una de las partes se vea beneficiada por el evento extraordinario y le cause una excesiva onerosidad; en el Código Civil del Estado de Jalisco (2020).

Efectos jurídicos distintos de la teoría de la imprevisión, con el caso fortuito o de fuerza mayor

Es muy importante, el resaltar que se confunden los efectos jurídicos de un hecho extraordinario o impredecible, con un evento de fuerza mayor o caso fortuito, que en términos generales es lo mismo, ya que nacen de eventos que no pueden haber sido previstos por las partes al momento de contratar. Ya que un evento de fuerza mayor o caso fortuito imposibilita el cumplimiento del contrato, así como acontece a la fecha de esta publicación con la pandemia del *Covid 19*, que es un excluyente de responsabilidad.

Es importante señalar que la obligación en la teoría de la imprevisión se plantea de difícil cumplimiento, pero su finalidad sería preferentemente que continúe su vigencia por medio de la celebración de un convenio; siendo más específicos y para mejor entendimiento, uno lo dificulta, como es la teoría de la imprevisión o *Rebus Sic Stantibus* y otro lo imposibilita como es la fuerza mayor ó caso fortuito.

En el caso de un hecho fortuito o de fuerza mayor, la parte afectada en un contrato puede excluirse de la responsabilidad y con ello tener una justificación para el cumplimiento de la obligación, que impide de manera rotunda el cumplimiento de una obligación, ya que por acontecimientos de la naturaleza o incluso por parte de las personas, justifican el no cumplimiento de una obligación, como sería un terremoto o un huracán, donde se destruye por completo el bien inmueble y la maquinaria de una empresa, es por ello que debe comprenderse la diferencia de los efectos jurídicos respecto a la Teoría de la Imprevisión; para tal efecto el Doctrinista Bejarano

González (1984), conceptualiza la teoría de la imprevisión, “que es un hecho que es un evento al margen a la vehemencia del moroso, impredecible o aceptablemente inexcusable, del que no puede resistirse, que le impide dar cumplimiento de manera definitiva, a la obligación que asumió, que le impone un retraso en el cumplimiento, y que causas daños a la otra parte que es el acreedor”. Puede lo anterior ser derivado, por hechos de la naturaleza, como son ciclones, heladas, terremotos, erupción de volcanes, entre otros; también se puede dar, por causas originadas por responsabilidad del ser humano, como son las guerras, huelgas, bloqueos comerciales, o bien, por las devaluaciones, por el llamado “hechos del príncipe”, por decisiones del gobierno que impiden el cumplimiento de una obligación. menciona Bejarano Gonzalez (1984), que “el caso fortuito, o fuerza mayor, exime de la responsabilidad al deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho extraño o externo, que no puede resistir”.

Un ejemplo de lo anterior, es lo que dispone el artículo 2012, del Código Civil del Estado de Jalisco (2019), donde se otorga el beneficio al arrendatario, que por un caso fortuito o fuerza mayor, no pueda usar o gozar el bien dado en arrendamiento por más de un mes después del evento, pueda solicitar la rescisión del contrato de manera anticipada sin responsabilidad, es decir, es un excluyente de la responsabilidad de la obligación contractual; en un contrato de cumplimiento diferido, a diferencia de la Imprevisión, que busca el cumplimiento con la revisión del contrato, para el equilibrio de las prestaciones, que se tornaron por el hecho impredecible después de celebrado el contrato, excesivas onerosas para una de las partes que es el beneficiado y el otro perjudicado, donde su carga de obligación se convirtió en desproporcionada a la pactada inicialmente. Esto nos lleva a considerar, que la teoría de la imprevisión también está considerada, en los contratos de arrendamiento, en el Código Civil del Estado de Jalisco (2019), ya que este tipo de actos jurídicos, son onerosos y de cumplimiento diferido.

Campo de aplicación en el Estado de Jalisco, de conformidad a su Código Civil vigente, de las normas constitucionales, internacionales, además de los principios generales del derecho

Este trabajo se contextualiza en el Código Civil del Estado de Jalisco (2020), para su la aplicación de la teoría de la imprevisión, Sin embargo, pretende

descubrir al lector, que es este derecho humano, que puede trascender y aplicarse en todas las materias legales, donde este de por medio el cumplimiento de obligaciones a plazo y con el carácter de onerosas, aún así a lo se haya pronunciado la Suprema corte de Justicia de la Nación, donde se privilegia en nuestro ordenamiento legal mexicano, que se aplique el principio *pacta sunt servanda* por encima de la cláusula *rebus sic stantibus*, como ya se mencionó en anteriores líneas.

Es importante destacar que este derecho, aplica a contratos cuya obligación es de cumplimiento diferido o también conocido de tracto sucesivo y que haya de por medio un interés económico; a diferencia de los contratos de cumplimiento instantáneo, por citar un ejemplo el pago de contado o en una exhibición de un bien inmueble, caso contrario donde se aplica esta figura jurídica, como lo es en el contrato de arrendamiento, donde se pacta el pago de rentas mensuales, incluso en donde haya de por medio el pago de una obligación a plazo, además en contratos aleatorios como es el contrato de seguro, o en el derecho administrativo en el pago de una obligación al gobierno, siempre que sea justificado por un hecho extraordinario, que provoca el incumplimiento, sin que haya mediado previamente un incumplimiento, dado a que este derecho es en primer término para que pueda continuar vivo el contrato, con la celebración de un acuerdo, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 17 de nuestra carta magna (CPEUM 2020), que contempla los métodos alternos de solución de conflicto, como una opción antes de llegar a las autoridades jurisdiccionales.

Como resultados del presente trabajo de investigación, se analizó la cláusula *rebus sic stantibus*, a partir de su concepto, desarrollo histórico y la *Nomología*, quedando evidente que es menester su actualización a las circunstancias particulares de la actualidad.

En efecto, la teoría de la imprevisión contempla entre otras virtudes, que exista la posibilidad de que las partes dialogen para que puedan de común acuerdo revisar el contrato, para buscar la reducción y equilibrio de la obligación cuando se torna a favor de uno de los contratantes por el hecho impredecible o extraordinario que sucedió después de haberse celebrado el contrato, hechos eventuales que fueron imposible de prever como es caso de la pandemia del *Covid 19*, aclarando que este derecho no es un instrumento que debe ser utilizado de mala fé, ya que al no haber dolo o mala intención para el que quiere utilizar esta figura, o bien que no

haya mora o incumplimiento de la parte afectada por el hecho extraordinario, ya que lo que se busca es humanizar el contrato y que no sea un instrumento de abuso, en favor del que no pretenda el cumplimiento de una obligación nacida lícitamente de la celebración de un acto jurídico. Es por ello que se aplican los principios de equidad, reciprocidad y buena fé, incluso así lo contempla el artículo 3º, del Código Civil del Estado de Jalisco (2020) “en las relaciones sociales, las disposiciones de este código se deberán de entender bajo los principios de reciprocidad y equidad entre los afectados”.

En el Código Civil del Estado de Jalisco (2020), la Teoría de la Imprevisión está contemplada en el artículo 1787, que menciona que:

...el consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los negocios de ejecución a largo plazo o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes, podrá intentarse la acción tendiente a la recuperación de este equilibrio y cuando el demandado no estuviere de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución. (Código Civil del Estado de Jalisco, 2020).

Lo anterior se ve robustecido, en lo contemplado por el artículo 14 de nuestra ley de leyes (CPEUM), que ordena en su último párrafo que “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”. Es decir como fuente del derecho, esos principios pueden ser invocados, como lo son el que *nadie se puede enriquecer a costa de otro, nadie está obligado a lo imposible, así como el de buena fé, equidad e igualdad*. Es por ello que en las legislaciones civiles de las entidades que no sea contemplada la teoría de la imprevisión, puedan fundar e invocar su derecho por medio de dicho ordenamiento constitucional.

El que invoque este derecho, también lo hace apoyándose en el principio *Pro Persona* o también como conocido *Pronominem*, contemplados en la actualidad en los artículos 1 primero y 133 ciento treinta y tres, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM 2020), que no es otra cosa que cuando se apliquen normas relativas a los derechos humanos, se debe elegir la norma o la interpretación más favorable a la persona. Un ejemplo de cómo se aplican los artículos constitucionales antes citados, lo encontramos en el Derecho Internacional, en La Convención de Viena So-

bre el Derecho de los Tratados, que contempla La Teoría de la Imprevisión, en su artículo 62, que menciona que por un cambio de las circunstancias, se modifiquen radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. Convención de Viena (1986).

Hay aspectos para tomar en cuenta para la aplicación de la teoría de la Imprevisión en México y en particular en el Código Civil del Estado de Jalisco (2020):

1.- En que estados está regulada la Imprevisión en sus códigos civiles, con sus singularidades e imperfecciones, como el caso de Jalisco artículo 1787, 1788 y 1795. Subsanando el error legislativo en los códigos civiles aplicando también el artículo 14 constitucional, principios generales de derecho y su analogía con relación al artículo 1 y 133 Constitucionales.

2.- En los estados de la República donde no está regulada la teoría de la imprevisión o *cláusula rebuc sic stantibus*, donde se aplicaría el artículo 14 constitucional (CPEUM), además de los principios generales de derecho y su analogía.

Como se ha mencionado a lo largo de este artículo, la teoría de la imprevisión, en el Código Civil del Estado de Jalisco (2020), se aplica por obligaciones pendientes por cumplir, después de que acontece el hecho extraordinario e impredecible es por ello la justificación y como requisito de quien lo invoca, es no debió haber dejado de cumplir su obligación y por tanto haber estado en mora para tener este derecho, además como es el caso de pandemia del Covid 19, que son hechos extraordinarios, que son notorios para toda la sociedad, por tanto de fama pública por su propia naturaleza es una prueba en los tribunales en el caso que se requiera, por lo que no hay que probar solo lo referente al contrato y la línea de tiempo, ya que la teoría de la imprevisión, su objeto de aplicación se refiere a obligaciones de cumplimiento diferido y onerosas.

Conclusiones

Las instituciones jurídicas deben ser estudiadas de manera permanente, en virtud a que la realidad cambia en forma continua, se transforma y se deben revisar los marcos normativos para visualizar su pertinencia. Para ello contamos una metodología científica transdisciplinaria, que nos permite analizar las instituciones jurídicas de manera integral, como es el caso

actual de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como *Teoría de la Imprevisión*.

En tiempos de pandemia de salud por efecto de la enfermedad llamada *Covid 19* o *Coronavirus*, son lamentables las muertes que ha provocado de miles de mexicanos, que han dejado en luto a sus familias, pero la consecuencia que también durara por mucho tiempo será la económica, que ha provocado el cierre de empresas, la suspensión de la cadena de suministro de las empresas de servicios y de transformación. Es por ello, como ya se relató en esta publicación, el incumplimiento de obligaciones a plazo y onerosas, que por un hecho que es extraordinario y que fue impredecible por todo el mundo, incluyendo a nuestro país y a nuestro estado de Jalisco, ha provocado que sean sujetos de arbitrariedades de sus acreedores, para cobrarles hasta el último peso con sus intereses, para embargarlos o hacer efectivas garantías hipotecarias, dejando a muchas empresas y familias sin su patrimonio que con mucho esfuerzo acuñaron a lo largo de los años. La aplicación irrestricta, del principio *Pacta Sunt Servanda*, que se traduce que lo pactado obliga, que el contrato es ley entre las partes que ordena de manera arbitraria e incluso en ocasiones abusando de ese derecho, pero por encima incluso de ese principio está el derecho humano, cuando exista una desigualdad entre las partes contratantes por un hecho extraordinario o impredecible, bajo la tesitura, de la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.

Por medio del este artículo, se pretende que se difunda y se dé a conocer la Teoría de la Imprevisión a la sociedad en general, como a la comunidad jurídica conformada por abogados litigantes, impartidores de justicia y comunidad académica, con el propósito de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de los contratantes que se ven envueltos en una maremoto económico, del cual no fueron responsables, para evitar el abuso de los grandes capitales.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Bejarano Sánchez, Manuel. (1984). *Obligaciones civiles*. México: Editorial Harla.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. (2020). *Constitución política de los estados unidos Mexicanos*. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf.
- Congreso del Estado de Jalisco. (2020). *Código civil del estado de Jalisco*. Recuperado de <http://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Codigos>.
- Consejo de Estado Francés. Pareja, Carlos II. (1939). *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial El Escolar.
- Fueyo Laneri, Fernando. (2010). *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri. Recuperado de http://fundacionfueyo.udp.cl/wp-content/uploads/2014/09/15_Revista_Fundacion_Fueyo.pdf.
- Galindo Garfias, Ignacio. (1998). *Diccionario jurídico mexicano*. México: Editorial Porrúa.
- Jiménez Gil, William. (2009). *La teoría de la imprevisión ¿regla ó principio?*. *Misión Jurídica Revista de Derecho*, 2, 17-49. Recuperado de https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwib7Kfefp-7gAhULI6wKHxOzA_oQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5167602.pdf&usq=AOvVaw0SVGmJUA-FuyYk5c2wN11AR.
- Morato, N. R. (2006). *La teoría de la imprevisión y su desarrollo internacional*. Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.
- Organización de las Naciones Unidas. (1986). *Convención de Viena*. Recuperado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. (1936). *Tratado teórico y práctico del derecho civil francés*. La Habana: Editorial Cultural.
- Sánchez, M. B. (1984). *Obligaciones civiles*. México: Editorial Harla.
- Soriano, M. B. (1939). *Teoría general de las obligaciones*. México: Porrúa.
- Tapia Ramirez, Javier. (1998). *Teoría de la imprevisión*. Puebla, México: Editorial Universidad Cuauhtémoc.
- Universidad Nacional Autónoma de México. (2005). *Diccionario jurídico mexicano*. México: Porrúa.

Derecho laboral de las personas con discapacidad, una perspectiva desde los programas inclusivos de México

Mónica Amelia Cervantes González¹
Francisco Javier Camacho Murillo²

RESUMEN. En el presente estudio se hace una revisión de los derechos laborales de las personas con discapacidad en México, mediante el análisis de las normas inclusivas vigentes bajo la óptica de la protección a los derechos humanos, además de la aplicación de entrevistas a personas con discapacidad con la finalidad de aportar datos actuales que generen estrategias o políticas que mejoren la inclusión laboral de las personas con discapacidad física en México. En el presente artículo se realiza una revisión de la normatividad nacional y programas sociales referente al tema de inclusión laboral de las personas con discapacidad a partir de una investigación mixta.

Palabras clave: derechos laborales, discapacidad, inclusión.

SUMMARY. In this study, a review of the labor rights of people with disabilities in Mexico is made, through the analysis of the inclusive norms in force from the perspective of the protection of human rights, in addition to the application of interviews to people with disabilities with the purpose of providing current data

1 Abogada, litigante. Egresada de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur. amelia.cervantes@alumnos.udg.mx, ORCID 0000-0003-4071-3074.

2 Abogado. Egresado de la Maestría en Derecho y docente de pregrado y posgrado del Centro Universitario de la Universidad de Guadalajara.

that generate strategies or policies that improve the labor inclusion of people with physical disabilities in Mexico. In this article a review of the national regulations and social programs regarding the issue of labor inclusion of people with disabilities is carried out based on a mixed investigation.

Keywords: labor rights, disability, inclusion.

Introducción

La presente investigación es una contribución a el derecho al trabajo desde la óptica de los derechos humanos inherentes a todo individuo, con ello, se propone como el medio idóneo para alcanzar el bienestar como resultado del esfuerzo personal que tiene una retribución monetaria, con la cual aquellas personas que se encuentren en esta condición, podrán aspirar a contar con una vida digna producto de su esfuerzo.

Este documento se basa en la importancia de proporcionar igualdad de oportunidades laborales a todos los ciudadanos mediante planes inclusivos que recaen en el Estado, quien es el encargado de proveer las condiciones o mecanismos en los que se presenten igualdad de oportunidades laborales para lograr la integración de todos los sectores de la sociedad.

Debido a los abusos a lo largo de la historia a quienes representan la fuerza de trabajo en la sociedad, fue necesario crear algunas normas para garantizar los derechos laborales como fueron: establecer el derecho de permanencia, capacitación, adiestramiento, establecer jornadas laborales, entre otros considerados como derechos humanos laborales, la necesidad de unificar estos criterios llevo a las naciones a reunirse para garantizar la protección de estos derechos. De acuerdo a la declaración universal de los derechos humanos en su artículo 23 se establece que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Dentro de la Constitución Política de México en el artículo 123 se establece que todo ciudadano, debe ser tratado en igualdad de oportunidades laborales, por lo que es necesario considerar planes de inclusión que permitan a las personas con capacidades diferentes ser parte de la planta laboral, recalando que estos planes recaen el órgano rector que es el Estado, quien debe promover y proveer las condiciones o mecanismos para cumplir con el precepto de igual en la sociedad.

Sin esas condiciones de igualdad, las personas con discapacidad física realizan sus actividades cotidianas de manera muy diferente y poco convencional, incluyendo un trabajo, por lo que, de acuerdo con los datos estadísticos, este sector social presenta la mayor tasa de desempleo, generando una gran dependencia de todo tipo, pobreza y aislamiento social.

Por lo anterior, queda establecido que es un problema antiguo y las leyes se han preocuparon por dar solución a su problema con las propuestas de modificaciones de las leyes mexicana (Artículo 123) y tratar de unificar y poner en marcha los criterios que permitan a nuestro país, brindar las garantías y derechos laborales de igualdad para todos los mexicanos y ser considerados de forma igual, sin distinción alguna.

Con ello, se establece que el trabajo, sin importar quien lo desarrolle, debe tener la misma remuneración, para que, con ello, cualquier persona pueda acceder a los mismos satisfactores. Si no se cuentan con las mismas oportunidades, entonces se estará vulnerando los derechos de aquellos que no puedan acceder a las mismas oportunidades laborales.

Por tanto, la ausencia de un trabajo o poseer uno informal que no garantice la calidad de vida del individuo vulnera sus derechos humanos y dignidad colocándolo en desventaja con el resto de la población lo que limita al individuo en su interacción con los demás individuos en sociedad.

Siguiendo esa lógica los derechos humanos son parte importante de los individuos de todas las naciones, por lo que se tiene que garantizar el derecho al trabajo para cualquier individuo, sin importar si posee o no discapacidad física, con el solo objetivo de que los mecanismos que se vayan implementando proporcionen igualdad de oportunidades laborales.

Es por ello, que existe un sinnúmero de propuestas y modificaciones a las leyes de los países que están tratando de lograr la igualdad de condiciones, mismas que se derivan de las convenciones realizadas por la ONU (Anula, 2013) y de esos principios se derivan las modificaciones que han

sido propuestas a través de senadores de la república a los artículos constitucionales referentes al tema laboral.

De la mayoría de las personas con una discapacidad según la Encuesta Nacional sobre la discriminación (Blake, 2011) “Sólo el 19.1% de las personas con discapacidad considera que sus ingresos son suficientes para cubrir sus necesidades básicas, y de cada 100 personas con discapacidad, 95 viven y dependen de su familia”. Esto provoca exclusión, discriminación debido a la desigualdad principalmente en el ámbito laboral

Por ello, existen organismos mundiales y regionales, como son la Organización de las Naciones Unidas (ONU fundada en 1945, México pertenece a ella desde su fundación) en su capítulo de la Organización Mundial de la Salud (OMS fundada en 1947 y se incorpora México desde su fundación), o bien, la Organización Internacional del Trabajo (OIT fundada en 1919 y México se incorpora en 1955), o bien la Organización de los Estados Americanos (OEA fundada en 1948 y México como país fundador). Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás convenios internacionales en los cuales México participa.

Surge para proteger la dignidad y propiciar la igualdad de todo miembro de la familia humana, surgió después de haberse perpetrado actos crueles e inhumanos con ellos se trata de satisfacer la necesidad de crear una norma de protección en el mundo para todo habitante. Es sin duda el principal referente de la lucha contra actos crueles contra el hombre, las naciones miembros se compromete a respetar y hacer valer los derechos de las personas

Reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, preámbulo)

En esta declaración se resaltan los conceptos de libertad, de igualdad de derechos, dignos, dotados de razón y conciencia, se protege la vida y la seguridad de cada individuo. Respetándose la soberanía y autonomía de cada nación, se prohíbe la esclavitud, y toda acción que vulnere los derechos humanos.

Desarrollo metodológico

El enfoque del presente estudio es mixto: cualitativo debido a la comprensión de los datos que se aportan al documento, con el fin de generar un pensamiento interpretativo partiendo del supuesto en el que se estudia la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

El enfoque cualitativo puede concebirse como un conjunto de prácticas interpretativas que hacen al mundo “visible”, lo transforman y lo convierten en una serie de representaciones en forma de observaciones, anotaciones, grabaciones y documentos. Es naturalista (porque estudia los fenómenos y seres vivos en sus contextos o ambientes naturales y en su cotidianidad) e interpretativo (pues intenta encontrar sentido a los fenómenos en función de ellos significados que las personas les otorgan) (Sampieri, 2010 p. 72)

De igual manera es *cuantitativa* porque se basa en datos estadísticos para implementar su comprensión de conceptos y teorías, tomando en consideración las personas, escenarios y grupos mediante las cuales sea posible establecer las variables que intervienen, y con ello, se puedan tener resultado, una mejor aplicación y análisis de los mismos.

Para cumplir con los objetivos que en el inicio de la investigación se consideraron fue necesario la búsqueda y reunión de información, primero tuvo que observarse la problemática del desempleo de las personas con discapacidad y la necesidad de adaptar la normatividad laboral nacional, dicha problemática se fundamenta en la observación de la problemática en la cotidianidad de la población y la observación documental la cual estudia el tema desde varias fuentes como:

La presente investigación documental comenzó con una búsqueda en bases de datos como Redalyc, google académico y Scielo, en primer término para establecer el tema y para filtrar los documentos se anotaron las palabras claves “inclusión laboral”, “discapacidad”, “discriminación”, considerando publicaciones en español, con una antigüedad menor de diez años con el objetivo de la obtención de datos actuales, de las cuales se dieron preferencia a las desarrolladas en México sobre las de otros países por ser un estudio desarrollado en el país, de las publicaciones obtenidas (alrededor de 26,000 publicaciones), después de una revisión general se recuperaron algunos documentos que contribuyeran en el desarrollo del tema.

En la segunda etapa de la revisión documental fue necesario ingresar de forma directa a las organizaciones involucradas con los derechos humanos (OMS), organizaciones del trabajo (OIT), aquellos encargados para la obtención de datos estadísticos (INEGI)

Posteriormente se buscó la normatividad vigente partiendo desde aquellas internaciones a las nacionales y estatales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenios Internacionales sobre inclusión laboral, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley General para la inclusión de personas con discapacidad, Ley Federal del Trabajo que es la principal legislación laboral en México y demás acuerdos y tratados referentes a la inclusión laboral.

Además, esta investigación está basada en el aspecto cualitativo en algunas personas con discapacidad, de las cuales unas, están laborando y otras no. Por otro lado, se tienen que analizar las reglas establecidas por diferentes organismos con el propósito de establecer la razón por la que hasta el momento, no se puedan incorporar una gran cantidad de personas discapacitadas al aparato productivo. Un punto muy importante, son los mecanismos que existen actualmente para su incorporación y el grado de alcance que tienen.

Análisis de contenido

Para clasificar la información fue necesario seleccionar los temas mediante una primera lectura general en donde se ubicaron las principales ideas del tema junto con los datos generales de la obra como título, autor, fecha y demás datos.

Una vez identificados los documentos se realizó una lectura más profunda con la finalidad de respaldar con bases sólidas la investigación documental, clasificando la información mediante fichas de trabajo para lograr una postura objetiva del tema.

Dentro de la investigación documental es necesario el uso de la ética para el manejo adecuado de la información recolectada, así como el sentido ético que el investigador le dé a las ideas de los autores y fuentes que consulte en la investigación.

Los aspectos éticos que son aplicables a la ciencia en general son aplicables a la investigación cualitativa. Por ejemplo, lo que puede decirse de las relaciones de la ciencia con los valores de verdad y justicia se aplica correctamente también a esta modalidad de investigación. (González, 2002 Párr. 24).

El manejo de la información contenidas dentro de los documentos en los que se presentan las teorías e ideas de los diferentes autores y fuen-

tes consultados deberá apoyarse en las reglas de citación consideradas por Asociación Americana de Psicología (APA), mediante el respeto al derecho de autor plasmado en Manuales de ética.

Como parte de la presente investigación, se observó a varias personas (que así lo permitieron) mientras desarrollaban sus funciones diarias. Con ello se trató de establecer el origen de su discapacidad, su proceso de adaptación a vivir a su nueva “normalidad” y descubrir las causas por las cuales no forman parte de la planta laboral. De manera posterior, se acudió a conocer a través de documentales que estudian el tema, la forma en que viven esas personas en otros lugares.

Desgraciadamente, se tiene que decir que a pesar de que la gente conoce los términos “inclusión laboral”, “discapacidad” y “discriminación”, muchos no están interesados en el tema. Por otro lado, es un tema que llegó a nuestro país hasta la segunda década del presente siglo, y por tanto las propuestas para cambiar las leyes que permitieran su inclusión, comienzan en el año 2011.

Resultados

Para establecer la relación que guardan las leyes con las personas con discapacidad física, se procedió a entrevistar a 10 personas que continuamente usan silla de ruedas para desplazarse, con ellos se pudo aplicar una encuesta que consta de 5 preguntas, las cuales son las siguientes:

- 1.- Origen de la discapacidad: congénita o por accidente.
- 2.- Tiempo de la discapacidad: de 0-5, 6-10, 11-15, 16-20, más años
- 3.- Sabes que es la Inclusión? (SI) (NO)
- 4.- Has trabajado en alguna empresa? (SI) (NO)
- 5.- Has buscado en las ofertas de trabajo para personas con discapacidad? (SI) (NO).

De acuerdo con las encuestas que se aplicaron, los datos que se encontraron fueron los siguientes.

En la tabla 1 se muestra que tan solo tres de las personas entrevistadas tienen problemas de nacimiento y el resto por accidente.

Por su parte la pregunta 2 se trata de establecer el tiempo (en años) que han estado relegados a usar una silla de ruedas como medio de des-

Tabla 1. Origen de la discapacidad de los entrevistados

Tipo	Cantidad
Congénito	3
Accidente	7

Elaboración propia.

Tabla 2. Tiempo que han padecido la discapacidad.

Años	Cantidad
0-5	2
6-10	1
11-15	3
16-20	3
Más	1

Elaboración propia.

Tabla 3. Conocimiento de la inclusión.

Sabes qué es	Cantidad
SI	2
NO	8

Elaboración propia.

Tabla 4. Datos de la gente discapacitada que ha trabajado en una empresa.

Has trabajado en una empresa	Cantidad
SI	1
NO	8

Elaboración propia.

plazamiento para ejercer sus funciones vitales, (ver tabla 2).

En la tabla 3, se muestra que la mayoría de los entrevistados desconoce qué es la inclusión y menos las leyes que han surgido al respecto. Se puede apreciar que la mayor parte de las personas con discapacidad no tiene conocimiento de lo que es el término Inclusión, así como también desconocen cuáles son los organismos que se encargan de emitir las leyes correspondientes a que tengan los mismos derechos para desarrollar el mismo trabajo en las mismas condiciones que las personas que no padecen de alguna discapacidad.

De igual manera en la tabla 4 se muestra que muy poca gente de los entrevistados ha laborado en una empresa, solamente diez por ciento (uno) de los encuestados, ha laborado en una empresa, pero en la Zona Metropolitana de Guadalajara, de donde son originarios.

En la tabla 5, se muestra la cantidad de personas que han ido a buscar trabajo para personas con discapacidad en alguna empresa. Desgraciadamente, aunque existen las llamadas ferias del empleo para personas discapacitadas, son pocas las que se acercan a buscar ser contratadas en alguna de ellas.

Además, se tiene que mencionar que las personas con discapacidad mencionaron fuera de la encuesta que: en la región sur del estado de Jalisco, no hay empresas que les puedan ofrecer trabajos

en igualdad de condiciones, así como tampoco conocer las leyes laborales, los tipos de organismos que están abocados a tratar de emitir las leyes y reglamentos a los que pudieran acudir para recibir capacitación sobre sus derechos.

De igual manera, uno de los entrevistados que carece de extremidades inferiores y utiliza silla de ruedas de forma permanente, manifestó que él de manera personal prefiere pedir limosna, ya que “trabaja” en el horario

que más se le ajusta a sus necesidades, y sus “ganancias” superan por mucho el salario que podrían recibir en una empresa en donde tendrían que asistir en un horario regular y con un sueldo muy bajo en comparación con sus ganancias diarias.

La declaración de principios para la igualdad detecta como retroceso en la humanidad la discriminación de cualquier tipo “... observando que la discriminación por su propia naturaleza perjudica las capacidades humanas de manera injusta, creando ciclos de desventaja y negaciones de la libertad que dificultan su desarrollo humano”.

En dicha Declaración se entiende la no discriminación como un derecho subsumido al derecho de igualdad y establece la prohibición a la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad o en base a características asociadas con alguno de estos motivos.

En la 316ª reunión del consejo de administración de la oficina internacional del trabajo (GINEBRA, SUIZA; 16 de noviembre 2012) Se previó la necesidad de adoptar más medidas para aumentar la aplicación efectiva del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas e incrementar la inclusión de las cuestiones relativas a la discapacidad.

Uno de los principales organismos encargados de velar por los derechos laborales de todas las personas es la Organización Internacional del Trabajo (OIT) instaurada en el año de 1919 posterior a la I Guerra Mundial cuyo principal objetivo fue el de velar por la justicia social para mantener la paz de sus estados miembros quienes deben de acatar sus normas no solo en la adecuación de sus normas sino asegurarse de ponerlas en práctica con el fin de que todas las personas cuenten con la libertad de desempeñar un trabajo remunerado respetando la seguridad social para alcanzar la anhelada dignidad humana.

La OIT ha creado diversos mecanismos de control que permiten hacer un seguimiento de las medidas adoptadas para hacer efectivos los convenios y recomendaciones por la ley y en la práctica, tras su aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo y su ratificación por los Estados. (Rodgers, 2009)

Tabla 5. Han buscado en las ofertas de trabajo para discapacitados

Han buscado trabajado	Cantidad
SI	1
NO	8

Elaboración propia.

Los países miembros se encargan de presentar informes sobre la implementación de los convenios o las medidas tomadas acerca de recomendaciones ante la OIT, que incluyen los estándares laborales internacionales.

Dentro de los principales convenios ratificados con México referentes a la inclusión laboral de las personas con discapacidad, se encuentra el C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

Este Convenio fue creado en Ginebra en 1958 basándose en materia de empleo y ocupación en sus artículos considera la inclusión laboral en conjunto con los empleadores particulares y la promulgación de leyes y programas por parte del estado con el objetivo de buscar la inclusión laboral de las personas con discapacidad para llegar a su bienestar y dignidad.

El Convenio define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. (Rodgers, 2009)

De igual forma, establece la obligación de los estados miembros de promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de la no discriminación, derogando las disposiciones legislativas y modificando las disposiciones prácticas que sean incompatibles con dicha política.

De igual manera, en nuestro país existen instituciones, reglamentos y leyes que se han encargado de tratar de que, al discapacitado físico, se le brinde un trabajo en igualdad de condiciones, entre ellas, se pueden ver:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la garantía y la protección de los derechos humanos, prohibiendo toda clase de discriminación motivada por las discapacidades que atente contra la dignidad humana. El trabajo es un derecho humano, mismo que debe ser digno y socialmente útil por lo que el Estado asume la obligación de promover la creación de empleos.

Por lo anterior, el Estado debe intervenir activamente en la promoción del respeto al derecho humano del trabajo y en su caso, restituir dicho derecho en el caso de las personas discapacitadas.

La Ley Federal del Trabajo (1970) señala que el trabajo es un derecho y un deber social, es decir, cualquiera puede acceder a él conforme a la

norma correspondiente, y es una obligación para procurar el desarrollo social. El trabajo exige respeto para las libertades y la dignidad de quien lo presta. La norma específica en materia laboral, señala, que debe propiciarse el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

Así mismo, define como trabajo digno o decente a aquel en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador, sin que exista discriminación por discapacidad. Incluso, la no discriminación de los trabajadores por motivo de discapacidad se garantiza no obstante haya acuerdo entre empleadores y empleados.

El Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad (2014). Es el primer programa de inclusión laboral de personas con algún tipo de discapacidad en el país, el cual plantea un diagnóstico, metas, estrategias e indicadores. Dentro de estas estrategias se ha implementado bolsa de trabajo en el Servicio Nacional de Empleo que cuenta con asistencia y plan de inserción, orientación y vinculación laboral.

Discusión

Mediante la revisión realizada en esta investigación se pretende describir los programas laborales inclusivos en México bajo la óptica de los derechos humanos y el principio pro persona o pro homine que establece el criterio por el cual se debe observar la norma más amplia, o realizar la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos humanos y, a la inversa, la más restringida cuando se pretendan restricciones al ejercicio de los derechos.

El nuevo texto constitucional el artículo 1°. materializó este principio incorporando los derechos humanos que han sido reconocidos en los tratados internacionales y ordenar la aplicación de las normas la protección más amplia.

El máximo órgano jurisdiccional en México ha definido que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la norma fundamental en materia de derechos humanos, por lo que la protección al derecho al trabajo y a la no discriminación, se encuentran perfectamente tutelados.

Los derechos laborales plasmados en el artículo 123 Constitucional, el protocolo de San Salvador (en los artículos 7 y 8) del sistema interamericano de Derechos Humanos, el pacto internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 7 y 8), son en conjunto el principio

que establece que el trabajo es considerado como un medio para lograr independencia del individuo el derecho a un trabajo digno que cada persona posee para alcanzar el bienestar mediante su propio esfuerzo y la retribución monetaria como un derecho humano.

Después de la revisión de la literatura se observó que a pesar de que existen muchos organismos internacionales y nacionales que se preocupan por que los las personas con discapacidad la realidad no refleja la ocupación equitativa de puestos laborales por personas con discapacidad.

Por otro lado, como se puede apreciar, los organismos internacionales desde hace un siglo se han interesado por las condiciones laborales de aquellas personas que son diferentes, y a través del tiempo, se han generado otros organismos de cobertura mundial como es el caso de las Naciones Unidas o de la Organización Mundial de la Salud, la Comisión de Derechos Humanos, que se han pronunciado e involucrado a distintos países para que participen en los distintos programas que tienen como objetivo procurar condiciones laborales en igualdad de condiciones para aquellos que son menos afortunados.

Mientras que, en el ámbito estatal, como se ha mostrado previamente, se han adherido a los convenios existentes, además de que hay una gran cantidad de leyes y reglamentos propios del estado, con los que se pretende brindar las condiciones de trabajo en igualdad de condiciones para aquellas personas que sufren de alguna discapacidad física.

Conclusiones

Los derechos humanos son una garantía personal e intransferible para otorgar protección individual a cada persona, así mismo se ejerce en protección de forma colectiva de los derechos de los trabajadores y aun delimitando más los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Por ello, ha quedado establecido que es obligación del Estado garantizar el respeto a los derechos humanos, asegurándoles acceder a un trabajo digno para todos sus ciudadanos y la protección de estos derechos laborales mediante la implementación de legislación que asegure la accesibilidad e igualdad de oportunidades laborales además a garantizar que no se violen estos derechos humanos, plasmados en la principal norma de México, en la Constitución en sus artículos 5 y 123 a los derechos laborales.

La importancia de poseer un empleo formal le crea estabilidad económica al individuo para que con ello pueda hacer una proyección de vida futura, asegurando todas las garantías laborales que la norma le otorga.

En la no discriminación está inmerso en el derecho humano de igualdad, las discriminaciones laborales de las personas con discapacidad se basan no en distinciones, exclusiones o preferencias que se sustenten en las calificaciones particulares que exija una labor determinada sino en prejuicios sociales de los empleadores. Como resultado de eso se tiene que uno de los problemas recurrentes a los que se enfrenta una persona con discapacidad es el desempleo pues les niega la posibilidad de ser autosuficientes dentro de la sociedad.

Las visiones de la sociedad sobre una participación activa de una persona con discapacidad únicamente se centran en otorgarles servicio médico y asistencial, sin contemplar la inclusión plena en todos los aspectos de la sociedad.

Por otro lado, también se ha podido observar que la normatividad internacional y nacional basan sus objetivos en la igualdad, prohibiendo la discriminación bajo la protección de los derechos fundamentales del hombre. Pero no es suficiente con ello ya que ahora es muy importante un cambio de visión hacia las personas en el que se valoren por sus capacidades y no por sus limitaciones, los esfuerzos en lograr una inclusión se han plasmado en normatividad inclusiva y proteccionista que persigue la meta de proporcionar equidad a todo ser humano en donde se garanticen los derechos humanos plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En lo que respecta al ámbito nacional, desde el máximo órgano rector legislativo y ejecutivo, así como en los ámbitos estatales, existen una gran cantidad de leyes, reglamentos y normatividades que buscan más que beneficiar proteger a las personas con discapacidad, por lo que se puede establecer que el problema no son las leyes, reglamentos, instituciones (al parecer), sino que existe otro factor que no convence a las empresas para que se involucren en ofrecer trabajos a las personas discapacitadas, ya que solo algunas de ellas (sobre todo las transnacionales) tienen como políticas el ser inclusivas y brindar puestos de trabajo para este tipo de personas.

Un factor determinante en el desempleo de las personas con discapacidad son los prejuicios sociales por la creencia de que padecer una

discapacidad es sinónimo de improductividad laboral lo cual debe corregirse con educación hacia los empleadores y capacitación de las personas con discapacidad. La consolidación de los derechos humanos de todos los individuos radica en hacer efectivos los derechos fundamentales de todas las personas mediante la protección de normatividad y programas inclusivos.

Por todo lo anterior, se puede apreciar que no faltan leyes (nacionales o estatales) o tratados (internacionales o nacionales) que protejan a las personas discapacitadas o que propicien su inclusión en la vida laboral, sino que pueda ser que falte instrumentar los mecanismos mediante los cuales se pueda incentivar a los empresarios a que contraten a personas con discapacidad a su planta laboral, lo cual podrá hacerse por medio de la intervención en la mejora de las estrategias de inclusión y sus beneficios sociales que traerá aparejado un aumento acumulativo del producto interno bruto.

Limitaciones

Como impedimento no se han localizado estudios que señalen de manera objetiva el número de casos donde personas con discapacidad hayan sufrido alguna discriminación laboral.

Como alcance de la investigación del estado del arte, se ha basado en investigación documental.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Anula, E. (2013). Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad Grupo DILES, Universidad de Madrid, noviembre 2013. Rescatado de: https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/convenccion_onu_if.pdf
- Blake M., J.F. (2011). Encuesta Nacional para la Discriminación en México. Consejo Nacional para la Prevención de la Discriminación. Rescatado de: http://www.cona-pred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis-2010-RG-Access-002.pdf

- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016) Derecho Humano al trabajo y derechos humanos en el trabajo. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Cartilla-DH-trabajo.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] (1917). Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. México de los Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. Recuperado <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Encuesta Nacional de Empleo y Seguridad Social (2017): ENESS: documento metodológico / Instituto Nacional de Estadística y Geografía. México
- González Ávila, M. (2002). Aspectos éticos de la investigación cualitativa. *Revista Iberoamericana De Educación*, 29, 85-103. <https://doi.org/10.35362/rie290952>
- González M., E. (2009). Ley para la Inclusión y Desarrollo Integral de las Personas con Discapacidad del Estado de Jalisco (2009) Congreso del Estado de Jalisco, Recuperado de <https://info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/leyes/leypar2.pdf>
- Rodgers, G., Lee, Lee, E., Swepston, L. y Van Daele, J. (2009). *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2009. ISBN 978-92-2-321955-0. Rescatado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_104680.pdf
- Sampieri H., R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Sexta edición, México.
- Sandoval, D., J.A., (2015). Ley Estatal para Promover la Igualdad, Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Estado de Jalisco (2015, DICIEMBRE 17) Gobierno del estado de Jalisco, rescatada de http://www.conapred.org.mx/leyes/Ley_Estatal_para_Promover_la_Igualdad_Prevenir_y_Eliminar_la_Discriminacion_en_JaliscoAx.pdf



Participación ciudadana no institucionalizada: movimientos sociales juveniles, comparativa entre México y Colombia

***Karla Guadalupe Pizano Flores*¹**
***Xóchitl Margarita García Aguilar*²**
***Katia Marcela Palencia Sánchez*³**

RESUMEN. Con el paso de los años, la participación ciudadana se ha vuelto fundamental para la toma de decisiones en el ámbito público, los ciudadanos pueden ejercerla a través de los mecanismos de participación ciudadana o con alternativas surgidas desde la sociedad, a éstas se les conoce como participación ciudadana no institucionalizada, los movimientos sociales son ejemplo de ésta. Los jóvenes se caracterizan por expresar sus opiniones ante los cambios emergentes en la sociedad, ya sea de aprobación o inconformidad, logrando generar cambios políticos, económicos, sociales, jurídicos y sociales. Dentro de esta investigación se describe y compara la participación ciudadana no institucionalizada, en la categoría de movimientos sociales juveniles en los países de México y Colombia, investigación llevada a cabo desde un enfoque cualitativo, con la recolección y análisis de datos de diversas fuentes bibliográficas. Los resultados

- 1 Abogada, maestrante de la Universidad de Guadalajara, karla.pizano@alumnos.udg.mx, ORCID ID: 0000-0003-3773-2312.
- 2 Abogada, Doctoranda en Ciencias Políticas y Maestra en Ciencia Política de la Universidad de Guadalajara, docente de nivel medio superior y superior, xochitl.garcia@academico.udg.mx, ORCID ID: 0000-0003-1961-5040.
- 3 Doctoranda en Ciencias Políticas, de la Administración Pública y Relaciones Internacionales de la Universidad y Magister en Gobierno y Administración Pública de la Universidad Complutense. Especialista en Derecho Público y abogada de la Universidad del Norte., katia.palencias@cecar.edu.co, ORCID ID: 0000-0002-8416-7785.

obtenidos fueron siete movimientos sociales encabezados por los jóvenes: *Nos faltan 43*, *#ContraElSilencioMX*, *#NosotrasParamos*, *#QuienDioLaOrden*, *#ComoHombres*, manifestaciones llevadas a cabo mediante el uso de las redes sociales. En conclusión, los movimientos sociales juveniles desde la perspectiva de participación ciudadana no institucionalizada, son una forma de impulsar cambios en la sociedad en los cuales los jóvenes encuentran el espacio idóneo para generarlos.

Palabras clave: Movimiento social, movimiento juvenil, participación ciudadana no institucionalizada, México, Colombia.

ABSTRACT. Over the years, citizen participation has become essential for decision-making in the public sphere, citizens can exercise it through citizen participation mechanisms or with alternatives arising from society, these are known as non-institutionalized citizen participation, social movements are an example of this. Young people are characterized by expressing their opinions within emerging changes in society, whether of approval or disagreement, managing to generate political, economic, social, legal and social changes. Within this research, non-institutionalized citizen participation is described and compared, in the youth social movements category in the countries like Mexico and Colombia, the research was carried out from a qualitative approach, with the collection and analysis of data from various bibliographic sources. The results obtained were seven social movements led by young people: *Nos faltan 43*, *#ContraElSilencioMX*, *#NosotrasParamos*, *#QuienDioLaOrden*, *#ComoHombres*, demonstrations carried out through the use of social networks. In conclusion, youth social movements from the perspective of non-institutionalized citizen participation are a way of promoting changes in society in which young people find the ideal space to generate them.

Key words: social movements, youth movements, non-institutionalized citizen participation, Mexico, Colombia.

Introducción

En todo régimen democrático para el desarrollo de la vida en sociedad resulta esencial contar con el involucramiento de la ciudadanía. Las formas de participación que tienen los ciudadanos para expresar sus inquietudes, opiniones en determinados temas públicos, y de ejercer de manera activa sus derechos son variadas, al contar con distintos tipos de participación: la política, comunitaria, social y ciudadana, esta última puede ser institucionalizada o no institucionalizada (Ziccardi, 1998).

Esta investigación se centra en la participación ciudadana no institucionalizada, en la categoría de movimientos sociales teniendo a los jóvenes como los principales actores en promoverlos a través de manifestaciones en las calles o mediante el uso de las redes sociales de mayor uso. A partir

de la revisión de artículos científicos, ordenamientos jurídicos, doctrina y jurisprudencia se desarrollan los siguientes movimientos sociales: Nos faltan 43, #ContraElSilencioMX, #NosotrasParamos, #QuienDioLaOrden, #ComoHombres donde los jóvenes han sido impulsores para llevarlos a cabo dentro de los países de México y Colombia.

El análisis de estos movimientos sociales proporciona una caracterización de la participación ciudadana no institucionalizada, que llevan a cabo los jóvenes. La comparación y análisis de experiencias que suscitan México y Colombia, países de diversas características suministrará un marco de las diversas características que apoyen entender las causas, los impulsos y los valores que conllevan los movimientos sociales juveniles. De acuerdo a la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1981) “Se define a los jóvenes como aquellas personas de entre 15 y 24 Años”. Es importante mencionar que esta definición se utiliza de acuerdo a datos estadísticos para uso de la organización, dando la oportunidad de que los distintos países establezcan su propia concepción sobre jóvenes, adecuándola así, a su contexto social, características propias del lugar, y demás factores que puedan influir.

Las estadísticas del Informe Mundial de la Juventud del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (UN DESA, 2018): La Juventud y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible “hay 1.200 millones de jóvenes de entre 15 y 24 años, que representan el 16% de la población mundial, se estima que para 2030 la cantidad de jóvenes habrá aumentado en un 7%, llegando a casi 1.300 millones” (p. 4).

La actuación de los jóvenes ante las necesidades emergentes en la sociedad es inmediata; buscando alternativas distintas a las establecidas por las instituciones gubernamentales o aquellas que se desprendan de los ordenamientos jurídicos propios de cada país, debido a la desconfianza y baja credibilidad que las instituciones les representan en su proceder. Dando así, el origen a nuevas expresiones de participación ciudadana no institucionalizada, como es el caso de los movimientos sociales (Instituto de la Juventud, 2006).

Con la práctica de los movimientos sociales se ejercen derechos políticos y libertades fundamentales que todo ciudadano posee y de los que puede hacer uso cuando resulte necesario. La relevancia jurídica de esta investigación, está en el conocimiento y aplicación de aquéllos, los cuales se encuentran contemplados en los ordenamientos legales internacionales y locales y de naturaleza fundamental como derechos políticos y se relacio-

nan con la participación en elecciones la posibilidad de votar o ser votados y participar activamente en los asuntos de orden público.

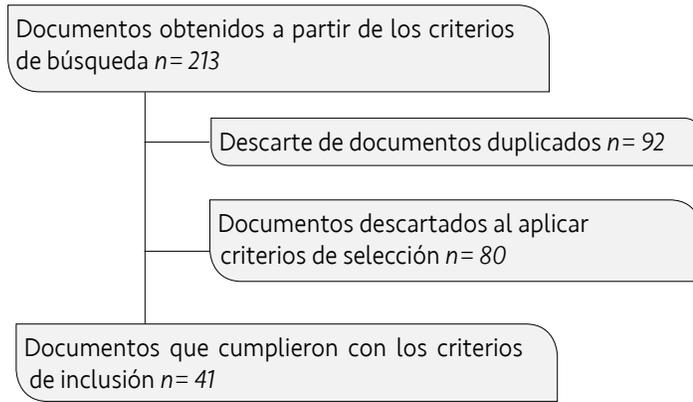
Entre las libertades fundamentales están la de expresión, opinión, asociación y petición, las cuales permiten a los ciudadanos expresar inquietudes, manifestar opiniones y participar de manera individual o colectiva. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Carta Democrática Interamericana, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, son las legislaciones internacionales que contemplan los derechos políticos y libertades fundamentales a las cuales los ciudadanos pueden acceder.

La relevancia social de esta investigación surge con el rol que desarrollan los jóvenes en la sociedad, se caracterizan por ir en la búsqueda de un progreso y crecimiento colectivo, dando el resultado de aportaciones a los ámbitos sociales, políticos, económicos y culturales; por ello este sector de la población se identifica como el principal agente de cambio en las sociedades (Instituto de la Juventud, 2006). Esta investigación tiene como objetivo el describir y comparar la participación ciudadana no institucionalizada, en la categoría de movimientos sociales juveniles en México y Colombia, teniendo la siguiente pregunta de investigación, ¿Cómo es la participación ciudadana no institucionalizada en la categoría de movimientos sociales juveniles en México y Colombia? misma que se responde dentro del contenido de este artículo.

Apartado metodológico

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo; es decir, a partir de la identificación se analiza y describen hechos ocurrientes en la naturaleza, es el caso del tema de investigación de este artículo que a partir del análisis de las diversas fuentes de información se describe cómo los jóvenes logran expresarse y ejercer derechos a través los movimientos sociales, como es una forma de participación ciudadana no institucionalizada

Para llevar a cabo la revisión sistemática se tuvo como fuente de información diversos documentos; para su búsqueda se analizaron investigaciones encontradas en bases de datos como Scielo®, Redalyc®, IEPC®, ONU®, ProQuest®, V|lex®, Colegio de México®, a su vez se complementó con artículos de las siguientes revistas electrónicas, Estudios políticos®, Instituto de la Judicatura Federal®, Colomb®, Intervención Psi-

Figura 1. Diagrama de búsqueda y selección de las fuentes analizadas

Elaboración propia.

cosocial©, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos©, Sociedade e Estado©, Revista turismo y sociedad©, El Poder de la Identidad©, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales©, libros especializados, biblioteca digital de la Universidad de Guadalajara y Universidad Nacional Autónoma de México, además de analizarse ordenamientos jurídicos internacionales y locales, se utilizaron las palabras claves “movimiento social”, “movimiento juvenil” obtenidas del thesaurus de la Unesco, además de “participación ciudadana no institucionalizada”, “México” y “Colombia”.

Para la selección de la información se tomaron en cuenta los documentos que contenían hallazgos referentes al tema, además investigaciones que fueran de los países de México y Colombia sin ser limitativo. También se tomaron en cuenta aportaciones teóricas sobre el tema investigado y la revisión de los documentos de los cuales el 60% fueron con una antigüedad no mayor a 10 años.

Para el análisis de los datos obtenidos se utilizó la ficha de trabajo la cual permite una organización de la recolección de información, detallando la cita textual o directa, paráfrasis, resumen e interpretación y comentarios propios (Robledo, 2006). La ficha de trabajo se elaboró en Microsoft Word® para ello se tomaron en cuenta los siguientes elementos (ver figura 1): título de documento, aporte que realiza a la investigación, resumen,

referencia formato APA sexta edición, año de publicación y comentarios propios.

Esta investigación adoptó los lineamientos éticos planteados por la Guía Nacional para la Integración de Comités de Ética, la cual señala como base la investigación y principios éticos, el respeto de la autonomía, no maledicencia, beneficencia y justicia, del mismo modo los reflejados en las guías y lineamientos nacionales e internacionales.

Resultados

1.- La participación y su tipología

En términos generales la participación se entiende como el ejercicio de involucrarse en el desarrollo de actividades teniendo presente tres aspectos: la pertenencia, cooperación y pertinencia. El primero en el sentido de ser integrante de la actividad que se va a desarrollar; el segundo en el desempeño de un rol en específico de la actividad y el último es influir en la actividad a partir de la acción. Al respecto Ramírez (2013) menciona que la participación “es un concepto usado por prácticamente todas las personas, independientemente del nivel económico, grado de escolaridad, ideología política o preferencia religiosa” (p. 9), entendiéndose que al ser un término amplio es necesario clasificarlo en distintos tipos de participación.

La participación resulta un eje toral en el desarrollo de la vida en sociedad, para ello es fundamental conocer la clasificación de la misma. Dentro de los tipos de participación se contemplan la política, social, comunitaria y ciudadana (Serrano Rodríguez, 2015). Es importante mencionar que dentro de estas clasificaciones de participación los ciudadanos ejercen derechos, obligaciones y libertades fundamentales contemplados en los diversos ordenamientos legales.

Participación política

La participación política es el resultado del involucramiento directo de los individuos en calidad de ciudadanos ante instituciones y organizaciones de un sistema político democrático. Se reconocen cinco dimensiones de ésta, que son votar, campaña política, actividad comunitaria, actividad particular y ejercicios de cargos públicos de dirección política (Delfino y Zubieta, 2010).

Participación social

La participación social de acuerdo con Ramírez (2013) “se da en razón de la pertenencia del individuo a asociaciones u organizaciones para la defensa de los intereses de sus integrantes” (p. 12), es decir, se concibe a partir de la actuación del ciudadano que se adentra en la sociedad civil siendo ésta una entidad privada que tiene como propósito llevar a cabo acciones públicas, en beneficio de quienes la conforman.

La participación social se manifiesta a partir del núcleo de la sociedad civil siendo ésta un factor importante de la democracia, al tener una gran influencia ante el Estado, “El debate sobre el papel de la sociedad civil en la construcción de la democracia debe verse como una lucha simbólica sobre el lugar, los actores y la agenda de la disputa entre proyectos políticos distintos” (Dagnino, Olvera y Panfichi, 2006, p: 21).

Participación comunitaria

Una de las principales características de la participación comunitaria es que los individuos reciben sustento directo del Estado para realizar sus actividades, si bien, éstos toman la iniciativa a partir de asumir su responsabilidad, quieren de ese apoyo para lograrlo, de acuerdo con Ramírez (2013) “la participación comunitaria se lleva a cabo en grupos reducidos que tiene como fin la atención de las necesidades de sus miembros” (p. 12).

Participación ciudadana

La participación ciudadana es “aquella donde la sociedad posee una injerencia directa con el Estado; asimismo, tiene una visión más amplia de lo público” (Serrano Rodríguez, 2015, p. 96). Es decir, va encaminada al uso de instrumentos de democracia directa que el propio Estado crea y pone a disposición del ciudadano para ejercerlos, ejemplo de ellos son el referéndum, la revocación de mandato, el plebiscito, la consulta ciudadana y la iniciativa de ley presentada por los ciudadanos.

La característica principal de esta participación es el vínculo directo que se genera entre los ciudadanos y las instituciones públicas, a partir del actuar de los representantes de las mismas o acciones que den como resultado el origen de políticas públicas en beneficio de las necesidades emergentes de los ciudadanos. Cabe mencionar que la participación ciudadana puede ser institucionalizada debido a que el proceso que se lleva a cabo

para ejercerla se encuentra dentro de un ordenamiento jurídico y puede ser vinculante para el Estado, mientras tanto la participación ciudadana se vuelve no institucionalizada porque el actuar del ciudadano (formal o informal) no se encuentra reglamentado (Pérez, 2019).

2.- Participación ciudadana no institucionalizada

La participación ciudadana no institucionalizada surge a partir del actuar de los ciudadanos de una manera formal o informal, ya sea a través de pequeños grupos o de manera individual, logrando “impulsar cambios que, de manera progresiva llevan a la inclusión de más actores sociales en la formación de las decisiones públicas” (Ramírez, 2013, p. 13). Es importante distinguir que esta participación no es vinculante, ya que no se encuentra dentro de disposiciones jurídicas su proceder, como es el caso de los mecanismos de democracia directa.

Al no ser impulsada desde las instituciones logra tener una mayor incidencia de los ciudadanos, para participar y hacer notar su opinión o exposición de inquietudes sobre los temas de orden público que tendrán un impacto general, Álvarez (2012) menciona “que el abanico de prácticas no institucionalizadas ha sido amplio y ha dado lugar a experiencias numerosas y en muchos casos exitosas, que han tenido como eje la interlocución con las instituciones gubernamentales” (p.15).

Ejemplos de participación ciudadana no institucionalizada

Dentro de la participación ciudadana no institucionalizada se reconocen tres modalidades para ejercerla: el asociacionismo, las acciones colectivas y los movimientos sociales. Se distingue como asociacionismo la integración de los ciudadanos en pequeñas agrupaciones con el propósito de realizar actividades que los beneficien, sin tener la finalidad de obtener un lucro por ello, pueden ser actividades culturales, artísticas o benéficas (Pérez, 2019).

Por otro lado, las acciones colectivas son aquellas en las que los individuos de forma colectiva o a través de un representante previamente nombrado, acuden a la defensa de derechos e intereses ante órganos jurisdiccionales logrando soluciones adecuadas, que tal vez de forma individual no encontrarían (Rosales, 2013). Finalmente, los movimientos sociales son grupos de individuos que, organizados de manera pacífica, sin tener una

constitución formal, defienden intereses o causas para lograr un cambio social.

3.- **Movimientos sociales**

Los movimientos sociales responden a la urgencia de participación del pueblo en las decisiones estatales de forma directa y sin la representación de sus líderes, de modo que puedan pronunciarse en contra de disposiciones que los afecten o para poner de manifiesto nuevas situaciones que les perjudican o son contrarias a sus intereses.

Un elemento distintivo de las luchas de los movimientos sociales es el de llevar a las calles las causas del inconformismo del pueblo con el propósito de captar la atención, mostrar fuerza y unidad capaz de ofrecer resistencia a las medidas contra las que se manifiestan. Es por ello que los movimientos sociales no institucionalizados surgen de la necesidad de hallar nuevas maneras de hacerse escuchar eficazmente cuando los medios institucionalizados no son inmediatos.

Para abordar la participación ciudadana no institucionalizada se debe empezar por el contexto actual en que se desarrollan los movimientos sociales juveniles en México y Colombia, cuya población juvenil; sin distinción de clase social, participa interactuando en las redes sociales, principalmente en Twitter, que resulta ser un espacio democrático dar a conocer sus inconformidades, ideas, críticas y propuestas que, en algunos casos, resultan convirtiéndose movimientos masivos. Un ejemplo de ello es el ocurrido en Chile con el colectivo feminista Las Tesis, cuyo *performance* “Un violador en tu camino” fue difundido por redes sociales motivando que grupos de mujeres se citaran en las principales plazas públicas para ejecutar el canto y coreografía, generando una reacción en cadena que se replicó en países como Colombia y México

Parte de la eficacia de esta estrategia se debe al posicionamiento que alcanzan en redes sociales mediante el uso de *hashtags*¹ que pueden volverse tendencia y los jóvenes, en un primer momento y en su afán de no sentirse excluidos del tema en tendencia, participan aportando a la visibilidad del movimiento, lo cual puede llegar a oídos de jóvenes que genuinamente se identifican con las razones que se exhiben y ven en las redes sociales una forma efectiva de pasar a la acción y lograr resultados significativos.

1 Etiquetas para filtrar información sobre determinado tema precedida por la tecla numeral.

4.- Perspectivas teóricas de los movimientos sociales

Para efectos de este trabajo tomaremos las tres perspectivas teóricas propuestas por Cruz (2019) “las visiones clásicas, la teoría de la movilización de recursos y los nuevos movimientos sociales”. (p. 197), las cuales tienen como propósito poner a consideración los planteamientos de las distintas concepciones desde las que se ha abordado el estudio de los movimientos sociales.

Las visiones clásicas se apoyan en las características de los primeros movimientos sociales que surgieron en Estados Unidos, cuya exteriorización es ampliamente estudiada desde un comportamiento irracional concebidas como “(...) autómatas manejados por la inercia de la masa. En ello se funda la concepción de estos comportamientos como fundamentalmente irracionales y sujetos a un alto grado de *sugestibilidad* externa” (Laraña, 1996, p. 27) refiriéndose a que la visión general de la sociedad en ese momento se apartaba de cualquier intento de toma del poder por la vía no institucional; estos se desarrollaron entre los años cincuenta y sesenta en las confrontaciones sociales y campesinas al sentirse marginadas respecto a las instituciones de poder, posteriormente se derivaron en movimientos obreros y sindicales para exigir mejores condiciones laborales, seguido de más manifestaciones del movimiento feminista, en su principal pretensión de igualdad de derechos, así como la garantía de un espacio en la sociedad en el que sus puntos de vistas sean tomados en cuenta. De esta primera perspectiva se puede resumir que existe una posición insatisfecha que difiere del orden social establecido y que exige ser escuchada, aunque deba imponerse al ordenamiento establecido.

La segunda perspectiva es la teoría de la movilización de recursos la cual tiene su ámbito de aplicación en el transcurso de las décadas finales del siglo XX, como respuesta a métodos que no fueron eficientes en el abordaje de las nuevas ideas que posicionen al movimiento como actor político. En este punto, a los miembros de los movimientos sociales se les reconoce su impacto en lo político y se empieza a entender que los conflictos surgidos entre el poder estatal y las agrupaciones que participan en movilizaciones sociales forman parte de las relaciones de poder.

De la misma manera, resulta más eficiente, en cuanto a la movilización de recursos, la organización de movimientos sociales centralizados y for-

males, tales como los tradicionales que suman con una mayor trayectoria e impacto político por sus aportes en la sociedad, un ejemplo son los movimientos obreros o sindicatos de trabajadores, que aquellos movimientos sociales que tienen tendencia a la descentralización como los movimientos ecologistas o de protección al medio ambiente que se agrupan dependiendo de la región específica que pretenden proteger.

De tal modo, los primeros tienen mayor probabilidad de mantenerse en el tiempo y no desvanecerse (Cohen, 1985). Como se ve, en esta perspectiva cobra importancia la necesidad de idear estrategias para adquirir recursos que sirvan como fuentes de financiación para costear el despliegue logístico que requieren las manifestaciones de activismo. Y, por último, frente a los nuevos movimientos sociales González (2006) expresa que las formas de manifestación típicas se han transformado en otras más inmediatas apoyándose en el uso de los medios de comunicación, afirmando que:

(...) no se trata de acciones encaminadas a la toma del poder estatal, sino especialmente de una resignificación de lo político que supone, entre otras cosas, la construcción de espacios de autonomía que reafirmen la independencia de las formas de sociabilidad por fuera del ámbito del Estado o del control ejercido sobre aquéllas. (p.26)

Es decir, que los ámbitos de protesta y manifestación social deben ser libres de intervención del poder estatal para asegurar que no sea manipulada, ni deformada de su fin auténtico. Estas iniciativas no institucionales favorecen el diálogo abierto y democrático del que ningún sujeto se ve excluido de participar que, por el contrario, se estimula a contribuir con ideas y enfoques distintos, que permitan la integración de criterios para guiar o redireccionar la toma de decisiones.

Sin embargo, las nuevas tendencias en movimientos sociales no son algo sencillo de aplicar en Latinoamérica cuando no se ha contado con la cultura en la que la sociedad se identifique, acepte y legitime por sí mismas las causas sociales, sobre esto De la Garza (2011) sostiene que:

Las consecuencias para avanzar en el estudio de los MS (Movimientos Sociales) en Latinoamérica son la indiferencia o incluso su satanización, pues los esfuerzos de la sociedad y sus actores deben estar encaminados a fortalecer a la transición y no boicotearla a fuerza de demandar lo que el Estado neoliberal no puede dar. No sorprende que incluso en espacios académicos se siga considerando a los MS como patologías sociales, por no mencionar a los medios de comunicación en

donde se refuerza la supuesta irracionalidad de las acciones colectivas con una acuciosa selección de imágenes. (p.133)

Desafortunadamente quienes participan activamente en los nuevos movimientos sociales, por lo menos en Colombia; llevan consigo implícito el estigma de, por decirlo de alguna manera, “alborotadores” y se puede notar que se llevan a cabo dentro de un entorno apático, que hace más difícil alcanzar el objetivo transformador de sociedad, y por lo tanto se consumiría un amplio esfuerzo y algunas generaciones más para cambiar la percepción. Sobre este punto, se pronunció la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, poniendo de presente el estigma y estereotipos a los que son sometidos los manifestantes que ejercen oposición a las políticas del gobierno nacional, para lo que decidió ordenar disculpas públicas a cargo del Ministro de Defensa por el exceso de fuerza policial, además de la elaboración de un reglamento con los procedimientos de contención en las alteraciones de orden público en protestas y manifestaciones y entre otras medidas que la rama ejecutiva se mantenga en una posición neutral durante el desarrollo de las mismas.

5. Tipos de movimientos sociales

Los movimientos sociales son “las acciones colectivas conscientes cuyo impacto, tanto en caso de victoria como de derrota, transforman los valores y las instituciones de la sociedad” (Castells, 2009, p. 25) Han evolucionado a lo largo de los tiempos, desde finales del siglo XVIII cuando pobladores de Europa Occidental y de Norteamérica comenzaron “a dar forma a un nuevo fenómeno político” (Tilly, 2010, p. 21), que marcaría el surgimiento de los movimientos sociales como formas de reivindicación colectiva.

Esta evolución, además de las extensas perspectivas teóricas que emergen sobre el concepto, provocan un cúmulo de tipologías sobre los mismos, estas tratan diferenciar a los movimientos sociales de acuerdo con su temporalidad, su temática, los actores que participan, sus objetivos, etc. Lo más importante de este ejercicio es el análisis de las características de los movimientos sociales para poder comprenderlos y entender su impacto en la sociedad.

La clasificación más sencilla que podemos abordar sobre movimientos sociales es tomando en consideración a los actores que los protagonizan, a partir de esta “podemos tener movimientos obreros, campesinos, estudiantiles, feministas, indígenas, juveniles, de migrantes, etc.” (Ramírez, 2016,

p. 42). Esta tipología identifica a los actores principales del movimiento, que buscan un objetivo común de reivindicación que tiene que ver con su calidad y representan un sector de la sociedad.

Melucci propone una clasificación de los movimientos sociales con base en los objetivos que persiguen y distingue entre: a) los reivindicatorios, que tratan de cambiar las normas y procedimientos de asignación de los recursos; b) los políticos, que pretenden trastocar las relaciones de fuerza por medio de la incidencia en la participación política; y c) los de clase, que buscan cambios en las relaciones de clase y modos de producción (Bobbio et al., 2008).

Alain Touraine realiza una clasificación de los movimientos sociales en: a) culturales, que se basan en la defensa de la identidad, de la autoafirmación, de liberación, de un cambio cultural y de valores; b) históricos, buscan controlar el cambio de una sociedad a otra; c) societales, “afirma la existencia de actores capaces de derribar una dominación social para hacer triunfar, contra sus adversarios, las orientaciones culturales que este, como ellos mismos reivindica” (Touraine, 1999, p. 109)

La tipología utilizada para el análisis de los movimientos sociales será la que los clasifica de acuerdo con la temporalidad de su surgimiento en “Viejos Movimientos sociales” y “Nuevos Movimientos Sociales”. Los primeros son los que “han tenido que ver con líneas de fractura que surgieron simultáneamente al desarrollo del capitalismo y a la formación de un sistema de Estados” (Pastor, 2006, p. 136). Ejemplos de estos tipos de movimientos sociales son los obreros, campesinos, de liberación nacional y anticoloniales.

Los nuevos movimientos sociales, tienen como característica principal la construcción de una identidad colectiva, Boaventura de Sousa Santos (2001) menciona como característica de estos movimientos “que los actores identificaran nuevas formas de opresión más allá de las relaciones de producción: la guerra, la contaminación, el machismo o los racismos” (Martínez, 2009, p. 34). Los movimientos feministas, ecologistas, pacifistas, estudiantiles, son ejemplos de estos movimientos, los cuales no versan sobre una lucha de clases, sino por una mejor calidad de vida, así como una emancipación social y cultural.

Los cambios sociales en los últimos años han replanteado las formas de los movimientos sociales, sobre todo por la incursión de nuevas mane-

ras de comunicación e interacción social, los jóvenes juegan un papel primordial dentro de estos nuevos esquemas de participación, sus demandas fueron parte de los llamados “nuevos movimientos sociales”, y sus luchas de reivindicación siguen vigentes.

6. Movimientos sociales juveniles

Los jóvenes penetran más visiblemente en la esfera política, a partir de los “nuevos movimientos sociales” al ser protagonistas de los movimientos estudiantiles. No obstante, los jóvenes no solo fueron actores de este tipo de movimiento, también fueron y son parte importante de la mayoría de los que se desarrollaron en el siglo XX y XXI, podemos observar su participación en los movimientos ecológicas, feministas y pacifistas, entre otros.

Para comprender a los movimientos sociales juveniles, podemos partir de un concepto que los caracteriza, lo que se denomina identidad generacional. La juventud es parte de una generación, Domínguez (2006) conceptualiza a la generación como “un conjunto histórico – concreto de personas, próximas por la edad y socializadas en un determinado momento de la evolución de la sociedad” (Domínguez, 2006, p. 69); Siguiendo a Domínguez, que cita a Melucci, para conceptualizar la identidad colectiva la establece como “una definición interactiva y compartida, producida por varios individuos que interactúan y que hace referencia a las orientaciones de su acción, así como al ámbito de oportunidades y restricciones en el que tiene lugar la acción” (Domínguez, 2006, p. 69). Luego entonces, los jóvenes son producto del contexto social e histórico donde se desarrollan, sus características las cuales no son homogéneas, en ellos convergen una diversidad de comportamientos, simbolismos y significaciones.

Podemos mencionar varios movimientos sociales juveniles, pero uno de los más emblemáticos porque se desarrolló en muchas partes del mundo, es el de los movimientos sociales del 68, estos estallidos sociales se dieron en las universidad de todo el mundo como en Alemania, Francia, Italia, Canadá, Chile, Brasil y otros países, su lucha era la defensa de la “autonomía, la autoafirmación y la crítica a la sociedad postindustrial”(Tilly, 2010, p. 144). Los sesenta es una década icónica en el mundo, donde los jóvenes se radicalizan a consecuencia de su oposición a las formas tradicionales de concepción del mundo.

En el caso de México el Movimiento Estudiantil del 68 provocó un cambio de paradigma en el sistema político mexicano, fue el “parteaguas en la construcción democrática y de ciudadanía, a partir de las luchas teóricas y prácticas por conformarlas: del movimiento estudiantil a una lenta y no lineal emergencia del ciudadano, de la sociedad civil y una afirmación del anhelo de democratización del sistema” (Misses-Liwerant & Saracho, 2018, p. 43).

Los jóvenes que protagonizaron el movimiento estudiantil fueron producto de los avances y contradicciones del sistema económico y social post-revolucionario, “los estudiantes, la masificación de las universidades, eran la demostración del éxito de la urbanización, de los ciclos previos de escolarización, de los circuitos de ascenso social, eran prueba viviente del éxito modernización de la Revolución” (Woldemberg, 2005, p. 17). Esos jóvenes no pretendían una demanda particular, no eran parte de una movilización corporativa, lo único que demandaban era cambiar las reglas de la política por unas que incluyeran libertad.

Un movimiento estudiantil más reciente se desarrolló en 2011 en Colombia, el llamado “MANE” (Mesa Amplia Nacional Estudiantil), movimiento que luchaba en contra la reforma de la Ley 30 que norma la Educación Superior en Colombia, “se centraba en la atracción de la inversión privada en las universidades públicas y el establecimiento de instituciones de educación superior (IES) con ánimo de lucro” (Cruz, 2012, p. 147). En este movimiento participaron diversos actores, estudiantes de universidades privadas y públicas, profesores, sindicatos diversos, miembros de la clase política y sociedad en general. Se generó una estructura organizativa horizontal en la cual se desarrollaban asambleas para discusión de los temas y toma de decisiones. Todas estas características, aunado a la profundidad de sus demandas provocaron que este movimiento social tuviera éxito y sus demandas fueran consideradas por el gobierno.

En los últimos años los jóvenes, inmersos en la globalización, familiarizados con las tecnologías de la información y con la sociedad en red, tienen múltiples maneras de interacción y organización política. Las formas de movilizarse han cambiado, uno de los movimientos sociales juveniles que ejemplifica a cabalidad cómo las redes sociales pueden impactar en el desarrollo e impulso de los movimientos sociales es el denominado #YoSoy132, un movimiento que se desarrolló en México a inicios del año 2012,

en el marco de la Elección Presidencial, a consecuencia de una protesta de jóvenes en una universidad privada inconformes por las declaraciones de miembros del Partido Revolucionario Institucional, que minimizaron la protesta realizada durante la visita del candidato a la presidencia Enrique Peña Nieto.

Por medio de un video en YouTube, que se viralizó a través del Twitter, lograron visibilizar sus demandas en la sociedad, los iniciadores de este movimiento fueron estudiantes quienes tenían las siguientes características: “eran apartidistas, pacíficos, institucionales y sus demandas se enfocaban hacia la democratización de los medios de comunicación” (Plancarte, 2015, p. 114). El #YoSoy132 no impactó de manera predominante en la elección presidencial, no obstante, sí cumplió su objetivo de subir a la agenda pública diversos temas como la equidad en las elecciones, cambios de los discursos y propuestas de los candidatos en torno a los jóvenes, una dinámica diferente y más plural de la elección.

7.- Movimientos sociales juveniles una visión comparada entre México y Colombia

Una vez que se contextualizó la situación alrededor de los movimientos sociales, se procede al análisis de algunos. Para ello, se dará inicio con los ocurridos en México, entre ellos se puede destacar *Nos faltan 43* haciendo referencia a los 43 estudiantes desaparecidos en Ayotzinapa cuando se dirigían hacia una manifestación hasta que fueron interceptados y trasladados por policías sin dejar rastro aparente de qué ocurrió con ellos. Dicho movimiento generó gran presión para que se investigaran los hechos que encubrieron el asesinato y desaparición de los estudiantes.

Otro movimiento social que tuvo repercusión en internet fue #ContraElSilencioMX en el 2014, con el cual los usuarios de redes sociales se expresaron en contra las propuestas de leyes secundarias del gobierno que respaldaban la Reforma de Telecomunicaciones, pues atentaba contra de la libertad de expresión y censura de contenidos aludiendo seguridad nacional. Dicha situación motivó a que los ciudadanos se pronunciaran en redes sociales, asegurando que sienten más garantías de ser escuchados a través de un hashtag que por sus líderes políticos. Con este movimiento se logró recaudar firmas para presentar una propuesta que represente los intereses de los ciudadanos.

Este año 2020 se hizo muy popular el hashtag #NosotrasParamos con el que se convocó a la participación en el primer paro nacional de mujeres, el cual fue realizado el 9 de marzo y; consistió en ausentarse de los compromisos laborales y académicos durante 24 horas como acto simbólico, para que con la ausencia se valore la presencia femenina en los distintos escenarios sociales, además de protestar en contra de la violencia de género y altas cifras de feminicidios que padecen las mujeres mexicanas y de esta manera construir alrededor de una red de apoyo y estrategia para superar tales situaciones de vulneración de derechos.

En el caso de Colombia a comienzos del 2020 el Movimiento de Víctimas de Crímenes de Estado, (Movice) acaparó la atención luego de pintar un mural con la pregunta “¿Quién dio la orden?” junto con el rostro de cinco generales retirados investigados por los casos de *falsos positivos*². Posteriormente un fallo de tutela ordenó que se retirara el mural y se detuviera la circulación de la imagen que contenía la identidad de los cinco generales en plataformas y medios de comunicación. En respuesta a ello, en redes sociales, principalmente en Twitter, se alentó a poner divulgar la imagen en cuestión con el hashtag #QuienDioLaOrden a lo que muchos usuarios respondieron poniéndola como foto de perfil o de portada, además de que se imprimió la misma imagen en artículos como camisas y tapabocas para ser comercializados por Las Madres Falsos Positivo de Colombia³ con la finalidad de sumarse a la protesta y a la vez recibir un aporte económico que, alivie la falta de ingresos por la pandemia mundial de Covid-19.

Por otro lado, a comienzos de marzo se viralizó en Twitter la etiqueta “#ComoHombres” creada espontáneamente luego de que Ana María Mesa manifestara en tono sarcástico un trino en el que culpaba a los hombres de las reacciones involuntarias de sus cuerpos, como las erecciones, juzgaba la frecuencia con la mantenían relaciones sexuales y en general, los señalaba de violadores y acosadores. En fin, una perspectiva en la que hacía una inversión de roles, para poner a los hombres en los zapatos de las mujeres por los comentarios machistas que reciben constantemente y que han generalizado.

2 Es el nombre que le ha otorgado la prensa a las ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado interno colombiano.

3 Colectivo conformado por 14 mujeres madres de los jóvenes desaparecidos como falsos positivos.

Este ejercicio captó la atención de muchos usuarios que se animaron a participar adaptando para hombres los comentarios históricamente destinados a las mujeres, lo cual tuvo entre sus consecuencias visibilizar lo ridículas y lamentables que se ven las exigencias y expectativas condescendientes y/o transgresoras que se han normalizado y a su vez vulneran la dignidad de las mujeres aplicadas a la población masculina. Producto de esta dinámica Ana María Mesa recopiló los tuits que mejor llevaron a cabo el objetivo en un libro titulado *Como Hombres: El mundo de las mujeres en zapatos masculinos*.

Expuesto lo anterior, se procede a realizar la comparativa entre los movimientos sociales no institucionalizados de México y Colombia. Para ello y luego de estudiar las diferentes perspectivas en conjunto se puede tener una dimensión completa del panorama hacia el cual se pueden dirigir los movimientos sociales. De tal manera, se ha decidido que, para efectos de este trabajo, la perspectiva que se brinda desde los nuevos movimientos sociales es la que más se acerca al contexto en el que se desarrollan los movimientos sociales juveniles no institucionalizados que son objeto de análisis.

En ellos se logra apreciar que la divulgación a través de medios digitales resulta eficaz para generar un impacto que desemboque en el llamado de atención con destino a la sociedad y así exponer situaciones frente a las cuales se pretende hacer un reclamo directo con el propósito de informar acerca de la realidad social, que dadas las circunstancias actuales de una emergencia sanitaria por la pandemia de coronavirus, las redes sociales se convierten en el mecanismo más expedito de poner en conocimiento los acontecimientos diarios.

Del mismo modo, se perciben semejanzas entre los movimientos de *Nos faltan 43*, en el caso de la desaparición de jóvenes en Ayotzinapa, México y *#QuienDioLaOrden*, el cual ilustra los acontecimientos de las ejecuciones extrajudiciales precedidas por militares y puestos de altos mandos dentro de lo político, puesto que en ambos casos se ven implicados miembros de la Fuerza Pública como perpetradores de graves violaciones de los Derechos Humanos y al debido proceso, en el que las víctimas en su mayoría son población juvenil y cuya participación para construir sociedad y destacarse como líderes en su comunidad fue arrebatada desafortunadamente. Estos hechos generan en la sociedad desconfianza hacia las instituciones del Estado e incertidumbre en cuanto a la estabilidad jurídica de

las investigaciones y procesos que se adelantan para llegar la verdad de lo ocurrido.

En cuanto a los movimientos feministas de México como #Nosotras-Paramos, y en el sucedido en Colombia llamado #ComoHombres, han servido para que las mujeres se identifiquen y encuentren apoyo en una comunidad que promueve el trato digno y se encarga de hacer evidentes los comportamientos que afectan la dignidad de las mujeres. A su vez, es lamentable que las mujeres deban exponer situaciones delicadas y dolorosas, pues podría derivarse en actos de revictimización.

En consecuencia, se evidencia una evolución respecto a las estrategias de manifestación trasladándose a las plataformas virtuales que rápidamente se han ido convirtiendo en el nuevo centro en el que convergen los movimientos sociales juveniles de todo el mundo. Y a pesar de que la tendencia va encaminada a desarrollar iniciativas y movimientos sociales desde la virtualidad, se cumple el propósito: “cambiar el mundo sin tomar el poder” (Holloway, 2002) a través de la creación de un anti poder capaz de confrontar el poder estatal, configurándose como meta una sociedad exenta relaciones de poder y cuyo primer paso es oponerse a la sumisión, no convertirse en una extensión de él y de esta forma revelarse contra el *status quo*, siendo la conformación de movimientos sociales una alternativa para alcanzarlo, pues se sienten mejor representados por un hashtag en redes sociales que por las instituciones de sus Estados

En cuanto a los movimientos en favor de la libertad de expresión, en México hay antecedentes populares como el de #ContraElSilencioMX, en cuanto a Colombia aún no se han popularizado iniciativas al respecto en redes sociales, de lo cual se podría inferir que desde el gobierno colombiano no se ha intentado intervenir de manera transcendental con medidas como bloqueos o restricciones al contenido en redes sociales, medios de comunicación y demás plataformas masivas, sobre este tema la Corte se ha pronunciado respecto a los límites de la libertad de expresión de la siguiente manera “(...) (v) las *prohibiciones* de censura, pornografía infantil, instigación pública y directa al genocidio, propaganda de la guerra y apología del odio, la violencia y el delito”. (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-6.971.907, 2019). Aunque en cuanto a la instigación pública se aclara que los funcionarios públicos deben soportar mayores críticas pues hace parte del ejercicio de veeduría de los ciudadanos.

Expresado lo anterior, se entiende que la colectividad es inherente a los movimientos sociales, pues es inconcebible reconocer un movimiento sin el aspecto de pluralidad de sujetos que participan en el ejercicio de la militancia, lo que facilita la construcción de una sociedad participativa y activa en el ejercicio político no profesional. Asimismo, no se debe descartar ni deslegitimar las formas de manifestación colectivas del pueblo, pues surge como consecuencia de la evolución de las interacciones sociales adaptadas a los avances en tecnología, de lo contrario se vería obstruida la dinámica de hacer control público a cargo del constituyente primario.

Discusión

Los apartados que se analizaron en la presente investigación tienen como finalidad el describir los movimientos sociales juveniles que han surgido a través de las redes sociales y han repercutido en la sociedad. Es importante mencionar que los movimientos sociales son considerados una forma de participación ciudadana no institucionalizada. Con la revisión de literatura se logró tener una visión comparada de movimientos sociales emergentes en los países de México y Colombia.

Dentro del análisis jurídico – descriptivo realizado se permitió apreciar que la participación ciudadana no institucionalizada es una alternativa donde los ciudadanos pueden expresar la aprobación o el rechazo ante el actuar de los representantes en las instituciones públicas, ya sea con la creación de leyes, reglamentos, políticas públicas y disposiciones administrativas que repercuten directamente en la sociedad. Con la participación ciudadana no institucionalizada se busca la inclusión de nuevos actores sociales con el propósito de velar por los intereses de los ciudadanos, logrando así satisfacer las necesidades que pueden surgir, dada la característica principal de esta, genera mayor confianza en los ciudadanos, ya que para llevarse a cabo no se requiere de algún procedimiento que se encuentre escrito en un ordenamiento legal y, por lo tanto la intervención de las instituciones es nula (Ramírez, 2013).

Por otro lado, dentro de los resultados se encontró que los movimientos sociales son catalogados como una forma de participación ciudadana no institucionalizada, estos surgen a partir del actuar de los ciudadanos con el fin de tener una protección de intereses o causas por los cuales se lucha generando un cambio social, si bien, una de las características de

los movimientos sociales es que estas luchas convocan a manifestaciones de una forma pacífica, las cuales se realizan en las calles. Con los nuevos movimientos sociales la forma de manifestación se apoya a través del uso de medios de comunicación, incluyendo las redes sociales, derivado de un mayor uso y accesibilidad por parte de los jóvenes, se obtiene como resultado una mayor difusión y respuestas inmediatas ante los problemas que surgen en la sociedad (González, 2006).

Es importante mencionar que la clasificación de los movimientos sociales puede variar de acuerdo a las causas que los generan o los actores que los promueven, distinguiéndose entre ellos los movimientos feministas, ambientales, estudiantiles, trabajadores, comunidad LGBTQ+, entre otros. Los jóvenes se caracterizan por su lucha constante marcando un futuro de toda nación, logrando con su participación activa el derecho a un mayor número de oportunidades justas en cuestiones laborales, educativas, políticas, económicas, culturales y jurídicas, consiguiendo con estas acciones el reconocimiento y garantía de derechos de ellos mismos y de las generaciones siguientes, marcando un parteaguas con los alcances que logran a partir de trabajar desde la colectividad (Domínguez, 2006).

Finalmente, los movimientos sociales juveniles que se analizan dentro de la comparación de los países de México y Colombia tienen similitudes en las causas que los generan, además de ser convocados desde las redes sociales, aprovechando la accesibilidad por el uso de las mismas y de las herramientas que proporcionan, una de ellas son las etiquetas o hashtags que en ocasiones se vuelven *trending topic*⁴ dentro de las redes sociales, logrando una mayor difusión y respuesta inmediata los cuales generan un cambio desde las manifestaciones de inconformidad y propuestas a la solución de los problemas emergentes (Holloway, 2002).

Conclusiones

De acuerdo con lo abordado a lo largo de la investigación, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

La participación es un concepto polisémico y por ende con dificultades para acotarlo, no obstante, es un elemento fundamental para el desarrollo democrático de un país, existen diferentes tipos de participación, como la

⁴ Es el nombre que se da a una de las palabras o frases más repetidas en un momento concreto en una red social.

política, social, comunitaria o ciudadana, todos estos tipos incluyen el elemento de ser parte de la manera en que los ciudadanos ejercen derechos, obligaciones y libertades.

En la participación ciudadana se produce un vínculo entre los ciudadanos y las instituciones públicas, como una manera de impulsar cambios en los contextos más cercanos a su desarrollo. Esta se puede clasificar a su vez en institucionalizada, que es la que está normada por leyes y reglamentos; y la no institucionalizada que es la que se da de manera autónoma y espontánea.

La participación ciudadana no institucionalizada puede desarrollarse de muchas formas una de ellas es por medio de los movimientos sociales, que son las maneras en que los ciudadanos se expresan en torno a una situación que los inconforme, les afecte o les perjudique, a lo largo de los tiempos han existido muchos movimientos sociales, desde los primeros que se desarrollaron en el siglo XVIII con los movimientos obreros, hasta los actuales inmersos en contextos de globalización y por ende impregnados de nuevas formas de actuación.

Los movimientos sociales han tenido en los jóvenes un actor muy importante, que ha estado presente en la mayoría de ellos, sobre todo en los llamados “nuevos movimientos sociales”, estos que surgieron en las sociedades postindustriales y que reivindican nuevas demandas en torno al feminismo, a la ecología, a la multiculturalidad, a los derechos identitarios.

Estas formas de movilización colectivas resultan muy atractivas para la población juvenil debido a que, por un lado, ejercen una labor de liderazgo y estrategia de participación política, y por el otro, buscan desenvolverse en ambientes que les permita desarrollar su potencial crítico en iniciativas y actividades en las que se identifiquen como grupo al servicio de la comunidad para al fin constituirse como agentes de cambio social, en el que para materializar sus objetivos confronta a los entes de poder a escuchar sus peticiones y hacer evidente por los medios que mejor conocen, es decir, las plataformas virtuales, la realidad y problemas que no alcanzan a ser evidentes para todos y que tristemente encuentran su mayor obstáculo en el estigma de rebeldía y desobediencia civil que no hace más que criminalizar el objetivo de los movimientos sociales no institucionalizados quitándoles legitimidad. Por ello, la recomendación es mantener la cautela y un

debate abierto frente a las nuevas tendencias en manifestación política y libertad de expresión, en las que se priorice el respeto y se ofrezcan garantías para quienes se atrevan a hacer reclamos públicos.

Con la llegada de la globalización, las maneras de interactuar y manifestarse cambiaron y facilitaron la comunicación, los movimientos sociales fueron mutando y estableciendo nuevas formas para desarrollarse, sobre todo en los jóvenes que utilizaron las redes sociales como un factor preponderante para su interacción y organización, y sobre todo por el impacto que generan en la opinión pública.

Estos tipos de participación ciudadana no institucionalizada, se han desarrollado con características coincidentes tanto en México como en Colombia, desde los primeros movimientos juveniles que se celebraron alrededor del año de 1968, los cuales fueron impulsados por la activación de movimientos estudiantiles y juveniles en todo el mundo, hasta llegar a los últimos años donde movimientos tienen como punto característico la utilización de medios digitales y redes sociales.

El movimiento #Nosfaltan43, sobre la desaparición de jóvenes estudiantes normalistas de la localidad Ayotzinapa en México, tiene muchas similitudes con el movimiento #QuienDioLaOrden en Colombia, por la incursión de instituciones policiales en las acciones extrajudiciales de violación de derechos humanos, los dos tuvieron un impacto muy importante en la opinión pública, que generó amplia desconfianza en el Estado por no dar certidumbre en el desarrollo de las investigaciones.

En este año desarrollaron movimientos feministas el #NosotrasParamos en México y en Colombia el llamado #ComoHombres, los dos con antecedentes importantes como el #MeToo o el #NiUnaMenos, que provenían de las redes sociales pero que con las movilizaciones del 8 y paro del 9 de marzo fueron visibles fuera de las redes sociales, e impactaron en la opinión pública, en los dos casos las jóvenes fueron actores principales en estos movimientos en los dos países.

Movimientos como el #YoSoy132 o #ContraElSilencioMx en México, tratan también de reivindicar la libertad de expresión en distintas formas, y como en los anteriores utilizaron las redes sociales como principal canal de comunicación, en Colombia en cambio este tipo de movimientos no se han popularizado, quizás porque en México los medios de comunicación a lo largo de la historia, han jugado un papel de medio de control

social, que por medio de los movimientos sociales de los últimos años se ha combatido.

Según lo analizado, los movimientos sociales juveniles como formas de participación ciudadana no institucionalizada tienen características muy similares en Colombia y México. En los dos casos impactan desde la virtualidad con la utilización de las redes sociales como instrumento principal. Se desarrollan en pro de la reivindicación de diversos derechos humanos como la libre expresión, la equidad de género y, las acciones extrajudiciales de las instituciones policíacas o militares. Todos estos movimientos tienen como principales actores a los jóvenes, cambiando las maneras de manifestación con instrumentos propios de la era de la información. México y Colombia comparten escenarios comunes, en los cuales la juventud encuentra formas de expresar sus inconformidades, las cuales no son de índole institucional, sino bajo las vías de la protesta social convertida en movimientos sociales.

Limitantes

Al realizarse solo una investigación documental se limitó la recolección de información a través de participantes que pudieran haber ayudado a obtener un análisis exhaustivo de los resultados, abordándose preguntas sobre quienes han participado en los movimientos sociales que se abordaron.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias

- Álvarez, E. L. (2012). *La participación ciudadana no institucionalizada: los déficits institucionales y la cultura política*. Recuperado de: <https://leerlaciudadblog.files.wordpress.com/2016/05/c3a1lvarez-la-participacion3b3n-ciudadana-no-institucionalizada-los-dc3a9fcits-institucionales-y-la-cultura-polc3adtica.pdf>
- Bobbio, N., Matteucci, N. y Pasquino, G. (2008). *Diccionario de Política*. México: Siglo XXI.
- Castells, M. (2009). *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Volumen II.- El Poder de la Identidad*. México: Siglo XXI.
- Cohen, J. (1985). Estrategia o identidad: paradigmas teóricos nuevos y movimientos socia-

- les contemporáneos. *Cuadernos de Ciencias Sociales. Teoría de los movimientos sociales. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 17*, 3-42.
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (2 de abril de 2019) Sentencia T-6.971.907 [MP Cristina Pardo]
- Cruz, E. (2012). La MANE y el paro nacional universitario de 2011 en Colombia. *Ciencia Política, 7*(14), 140-193. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cien-ciapol/article/view/41520>
- Cruz, G. M. (2019). *Perspectivas teóricas para el abordaje de los movimientos sociales y su incorporación en el campo de la investigación en turismo*. Recuperado de <http://nulan.mdpu.edu.ar/3158/1/cruz-2019.pdf>
- Dagnino, E., Olvera, A. y Panfichi, A. (2006). *La disputa por la construcción democrática en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Delfino, G. y Zubieta, E. (2010). Participación política: concepto y modalidades. *Anuario de Investigaciones, vol. XVII*, 211-220. ISSN: 0329-5885. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=3691/369139946011>
- De la Garza, R. (2011). Las teorías de los movimientos sociales y el enfoque multidimensional. *Estudios Políticos, 9*, 22, 107-138. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/4264/426439543006.pdf>
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (2018). *Informe Mundial de la Juventud sobre “La juventud y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”*. Recuperado de <https://www.un.org/development/desa/youth/wp-content/uploads/sites/21/2018/12/WorldYouthReport-2030Agenda.pdf>
- Domínguez, M. I. (2006). Los movimientos sociales y la acción juvenil: Apuntes para un debate. *Sociedad e Estado, 21*(1), 67-83. doi.org/10.1590/S0102-69922006000100005
- González Gil, A. (2006). Acción colectiva en contextos de violencia prolongada. *Estudios políticos, 29*, 9-60. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/164/16429057002.pdf>
- Holloway, J. (2002). *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy*. Recuperado de https://ilusionismosocial.org/pluginfile.php/601/mod_resource/content/3/cambiar-el-mundo-el-poder-1275850.pdf
- Instituto de la Juventud, (2006). *Jóvenes, derechos y ciudadanía, fundamentación teórica y análisis cualitativo de una nueva frontera de derechos para los jóvenes*. España: Instituto de la Juventud.
- Laraña, E. (1996). *La actualidad de los clásicos y las teorías del comportamiento colectivo*. Recuperado de http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_074_04.pdf
- Martínez, P. (2009). *Cultura Política, emociones y democracia. El movimiento por el 28 de mayo en Guadalajara*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Misses-Liwerant, J. y Saracho, F. (2018). Los 68: Movimientos estudiantiles y sociales en un emergente transnacionalismo y sus olas dentro del sistema – mundo. A manera de editorial. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 63*(234), 13-52, doi:/10.22201/fcpys.2448492xe.2018.234.65866
- Nuel, C. (2014). *#ContraElSilencioMX el rechazo a la censura de Internet Xacata México*. Recuperado de <https://www.xataka.com/legislacion-y-derechos/contraelsilenciomx-el-rechazo-a-la-censura-de-internet>
- Organización de las Naciones Unidas: Asamblea General. (1981) *Año Internacional de la*

- Juventud: Participación, Desarrollo, Paz*, Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/36/28>
- Pastor, J. (2006). Los movimientos sociales. De la crítica de la modernidad a la denuncia de la globalización. *Intervención Psicosocial*, 15(2), 133-147. Recuperado de: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S113205592006000200002&lng=es&tlng=es.
- Pérez, M. E. (2019). La participación ciudadana de los movimientos socioambientales en América Latina. *Revista Colombiana de Sociología*, 42(1), 135-156. Doi:/10.15446/rcs.v42n1.73023
- Plancarte, R. (2015). El #YoSoy132: Las oportunidades, los recursos y su organización. En M. Morales, y L. Fernández, (Ed.), *La Elección Presidencial de México, 2012. Miradas Divergentes*. (p. 111-115). México: Fontamara.
- Ramírez, J. M. (2013). *La participación ciudadana en la democracia*. Recuperado de http://www.iepcjalisco.org.mx/sites/default/files/unidad-editorial/publicaciones/la_participacion_ciudadana_en_la_democracia.pdf
- Ramírez, M. Á. (2016). *Movimientos sociales en México. Apuntes Teóricos y estudios de caso*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Robledo, M. C. (2006). *Técnicas y proceso de investigación científica*. Recuperado de <https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/fichas-de-trabajo.pdf>.
- Rosales, J. J. (2013). Introducción a las acciones colectivas. *Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial*, 11-39. Recuperado de <https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/2014/Acciones%20colectivas%20IJF%202014.pdf>
- Serrano Rodríguez, A. (2015). La participación ciudadana en México. *Estudios políticos (México)*, (34), 93-116, doi://dx.doi.org/10.1016/j.espol.2015.05.001
- Tilly, C. (2009). *Los movimientos sociales, 1768 -2008. Desde los orígenes a Facebook*. España: Crítica.
- Woldenberg, J. (2005). *La mecánica del cambio político en México*. México: Cal y Arena.
- Ziccardi, A. (1998). *Gobernabilidad y participación ciudadana en la ciudad capital*. México: Miguel Ángel Porrúa.

Análisis de la propuesta de reforma para reducir los tiempos de campaña electoral en Jalisco

Ariel Martín Villalvazo Preciado¹
José Luis Jiménez Díaz²

RESUMEN. En el mes de junio del presente año 2020, en sesión extraordinaria se presentó y aprobó ante el Congreso del Estado de Jalisco, el dictamen de reforma electoral que buscaba reformar los artículos 6°, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 37, 73, 74, 75, y 76 de la Constitución Política del Estado de Jalisco en materia electoral y otros artículos más del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, entre las modificaciones, sobresale la propuesta de reducir a 30 días el tiempo de campañas electorales cuando se trate de la elección de presidentes municipales y diputados locales. Dicha reforma, genera una discusión considerable, misma discusión que no se dio en la legislatura en turno para llegar a su aprobación, que fue por la mayoría que se encuentra aliada con el partido que la promovió, dicha reforma representa una modificación total en las formas de llevar a cabo la campaña electoral a la que estaban acostumbrados los partidos políticos y genera condiciones de mayor dificultad para las expresiones políticas nuevas o independientes, al limitarles el tiempo en el que tienen que darse a conocer como personas, proyectos y partidos políticos en los casos que corresponda.

1 Abogado estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur, ariel.villalvazo@alumnos.udg.mx ORCID: 0000-0003-0434-8680.

2 Abogado, litigante, con experiencia en la administración pública municipal, docente de pregrado en el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, jose.jdiaz@academicos.udg.mx ORCID: 000-0001-6518-2448

Palabras clave: Reforma electoral, campañas electorales, partidos políticos, gobierno

ABSTRACT. In the month of June of this year 2020, in an extraordinary session, the opinion of electoral reform that would reform articles 6, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21 was presented and approved before the Jalisco State Congress. , 22, 23, 37, 73, 74, 75, and 76 of the Political Constitution of the State of Jalisco in electoral matters and other articles of the Electoral Code and Citizen Participation of the State of Jalisco, among the modifications, stood out the proposal of reduce to 30 days the time of electoral campaigns when it comes to the election of municipal presidents and local deputies. Said reform generates a considerable discussion, which did not occur in the current legislature due to its approval by the majority that is allied with the party that promoted it, said reform represents a very large modification in the ways of carrying out the electoral campaign to which the political parties were accustomed and generates more difficult conditions for new or independent political expressions, by limiting the time in which they have to make themselves known as persons, projects and political parties in the appropriate cases.

Key words: Electoral reform, electoral campaigns, political parties, government.

Introducción

La bancada del Partido Acción Nacional, promovió en junio del presente año 2020 una iniciativa de decreto para reformar el artículo 13 de la Constitución Política del Estado de Jalisco, así como el Código Electoral del Estado de Jalisco. En ese sentido, uno de los cambios más relevantes es la reducción de los tiempos de campaña que anteriormente era de 60 días a únicamente 30 días, alegando que por la situación de la pandemia de SARS-COV2 COVID-19, era prudente dicha reducción de tiempo. Sin embargo, desde un punto de vista externo y ajeno al partido que la promueve, dicha reforma agrade el derecho de que toda expresión política o independiente, ya existente o de nueva creación salga a las calles a buscar convencer al electorado para obtener su voto.

En un estado como Jalisco, que según el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, cuenta con 125 municipios y una extensión territorial de 78, 588 km en la que se encuentran alojados 20 distritos electorales y 3,570 secciones electorales, el tiempo que se le otorgue a los partidos y candidatos es indispensable para que éstos coordinen una agenda que les permita visitar los municipios para obtener más

sufragios a su favor. Desde un punto de vista objetivo, podemos inferir que los partidos políticos que se encuentran en el poder en cada municipio del estado, han tenido la oportunidad de convencer a los ciudadanos durante su gestión, mientras que pretenden que los participantes de la contienda electoral realicen esta labor en un de por si ya reducido periodo de 30 días. (Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, 2018)

Objetivo

Destacar la opinión de líderes partidistas, ciudadanos y medios periodísticos sobre la reforma en materia electoral de junio de 2020 en el estado de Jalisco y el impacto que ésta genera en nuevas expresiones políticas, candidatos independientes y los partidos ya existentes, específicamente respecto a la reducción del tiempo de las campañas electorales.

Pregunta de investigación

¿Cuál es la opinión de líderes partidistas, ciudadanos y medios periodísticos sobre la reforma en materia electoral de junio de 2020 en el estado de Jalisco y el impacto que ésta genera en nuevas expresiones políticas, candidatos independientes y los partidos ya existentes, específicamente respecto a la reducción del tiempo de las campañas electorales?

Metodología

El presente artículo es una investigación cualitativa realizada bajo el esquema fenomenológico hermenéutico, para el cual se recolectó información documental, tomando como fuentes de información periódicos digitales e impresos, entrevistas realizadas por medios informativos a los actores de la vida política del Estado de Jalisco, también se consultaron decretos publicados en el Periódico Oficial El Estado De Jalisco y legislaciones aplicables al tema como son la Constitución del Estado de Jalisco y el Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco; empleando las palabras clave de la presente investigación y arrojando cerca de 200 mil resultados, mismos que se seleccionaron por la fecha de publicación, es decir a partir de mayo de 2020, fecha en la cual se presentó el decreto de reforma electoral a las legislaciones de Jalisco y considerando que dentro del contenido de cada resultado seleccionado se encontraran opiniones de

diputados o dirigentes de los partidos políticos que promovieron la iniciativa y de quienes mostraron el desacuerdo en los efectos del decreto y legislaciones que contengan aspectos relevantes y orgánicos respecto a la normatividad y legalidad de la procedencia de un decreto que reforme diversos artículos tanto de legislaciones locales como de la Constitución Política del Estado de Jalisco. Obteniendo así para su análisis y bajo estos criterios 18 textos (Notas, entrevistas, artículos y leyes). Llevando a cabo el análisis de información en el cual se tomó en cuenta que cada texto incluyera los aspectos necesarios para la discusión del tema que nos ocupa en materia electoral y nos hiciera llegar a una conclusión crítica, clara y objetiva.

Consideraciones éticas, cuatro principios de Bioética

1.- Autonomía

Es la aptitud del ser humano a opinar y dirigirse por las acciones y decisiones que es libre de tomar. Toda persona merece ser tratado como ser autónomo y, quien carece de ello es objeto de derechos que lo amparen.

2.- Beneficencia

Es la obligación moral de hacer el bien y promover el bienestar.

3.- No maleficencia

Primum non nocere. No ocasionar daño o menoscabo a la sociedad y prevenirlo en la medida de lo posible.

4.- Justicia

Actuar con equidad, otorgando a cada quien lo que le corresponda, tratando de asegurar que quienes tienen necesidades especiales le sean cubiertas para ser considerado igual, gozando de las mismas cargas y derechos del resto de la sociedad.

Resultados

Reducir en Jalisco las precampañas y las campañas electorales a la mitad del tiempo en el próximo proceso electoral, propone la bancada del Partido Acción Nacional (PAN) en el Congreso del Estado (Quadratín, 2020). A pesar de que la propuesta incluye otros ámbitos que cambiarán drásticamente la forma de hacer política en Jalisco, la reducción de tiempos

electorales atrae la atención por ser un tema que causa polémica al generar una gran desigualdad entre los aspirantes a ocupar cargos públicos en el próximo año 2021.

El pleno del Congreso del estado de Jalisco, resolvió a favor en sesión extraordinaria con 32 sufragios a favor y 6 en contra el dictamen que reforma diversos artículos de la Constitución política del Estado de Jalisco y del Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, (Millenio, 2020), evidentemente dicha reforma en materia electoral, dictamen al que se adhieren 14 iniciativas que contienen modificaciones en temas de paridad de género, erradicación de la violencia política hacia las mujeres, condicionamiento de candidatos para anular la participación a quienes cuenten con antecedentes de violencia de género o se encuentren en el padrón de deudores alimenticios y el punto que da origen a la discusión en el presente trabajo: la reducción de tiempo a las campañas electorales para candidatos a diputados locales y presidentes municipales. La propuesta es que a los candidatos se les otorgue un periodo de 30 días para dar a conocer sus candidatos, sus planes de trabajo y sus partidos políticos en los casos que aplique por el registro de nuevas agrupaciones políticas, lo anterior motivado en que se pretende minimizar riesgos sanitarios y contagios de coronavirus provocados por la pandemia de Covid-19 que ha azotado al mundo los últimos meses. Tomando lo anterior desde un punto de vista político, las consecuencias de aprobar esta medida benefician a unos y perjudican a otros y al realizar un balance, caemos en la cuenta de que los beneficiados, son sus compañeros de la coalición con la que ganaron el gobierno del estado de Jalisco.

Debido a la aprobación de la reforma en mención, las opiniones de diputados miembros de las bancadas contrarias a quienes impulsan la iniciativa fueron inmediatas, como la de la Diputada Mariana Fernández del Partido Revolucionario Institucional que votó en contra, alegando que dicha medida se realiza con el propósito de que la oposición no tenga tiempo de presentar propuesta, hacer contraste y crecer, criticó se desechen propuestas que son cerradas y no dan lugar a abrir el diálogo y discusión que demandan. Mencionó también respecto a legislar en cuanto al financiamiento de los partidos, que tal medida invade facultades comprendidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no corresponde a los congresos locales tocar esos puntos (Congreso del Estado de

Jalisco, 2020). Y es que mientras se sigan recibiendo propuestas que invadan facultades de las legislaciones locales y la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los diputados miembros del Congreso del Estado y su mesa directiva no están garantizando un estado de derecho y el respeto a los derechos humanos civiles y políticos de los ciudadanos jaliscienses.

Otro de los legisladores que externó su punto de vista fue el diputado Enrique Velázquez del Partido de la Revolución Democrática, quien denominó como una trampa el reducir los tiempos de campañas electorales para los nuevos partidos y candidatos independientes, dado que los partidos que promueven y respaldan ostentan la mayoría y pretenden dejar fuera a sus contrincantes en los puestos que buscarán los partidos el próximo año 2021 (Congreso del Estado de Jalisco, 2020). Respecto lo mencionado por el diputado Enrique Velázquez, es preciso puntualizar que la propuesta se autorizó por la mayoría que ostenta el partido Movimiento Ciudadano y el Partido Acción Nacional, es decir, la propuesta fue aprobada por quienes recibirán el beneficio de la misma, generando una situación de desigualdad para el resto de partidos y más que ello lejos de la voluntad de sus representados, los diputados legislan para el beneficio propio y de su partido.

La versión de la diputada Mirza Flores Gómez que pertenece al partido Movimiento Ciudadano y que respalda la decisión es que las medidas que se tomaron marcaban un precedente importante en la historia de Jalisco por la protección y consideración de las mujeres para ocupar los cargos de diputados locales y municipales, así como la consideración de los jóvenes para integrar las planillas políticas, respecto a la reducción de tiempos electorales prefirió abstenerse de hacer manifestación alguna.

Otro de los diputados que respaldan la iniciativa y que pertenece también al partido Movimiento Ciudadano como lo es Ricardo Rodríguez, expuso que la reforma es integral que está proyectada solamente para el proceso electoral de 2021, la describió como una reforma responsable por las condiciones de salud que atraviesa el estado debido al Covid-19 y que la misma dará certeza al proceso electoral que se avecina. (Congreso del Estado de Jalisco, 2020)

Cabe destacar que tanto la diputada Flores García como el diputado Ricardo Rodríguez en sus entrevistas no abordan nada sobre la reducción

de tiempo a las campañas electorales, medida que como se ha mencionado anteriormente, beneficia al partido al que pertenecen los mismos, su opinión fue respecto a las otras modificaciones que refiere la reforma, que si bien es cierto que son muy importantes para la igualdad de hombres, mujeres y jóvenes en los procesos electorales y la situación actual de la pandemia de coronavirus, cabe la posibilidad de que esto se haya hecho con el propósito de desviar la atención con temas tan relevantes en la actualidad.

Por su parte las diputadas pertenecientes a Morena, María Esther López Chávez y Norma Valenzuela Álvarez mostraron su desacuerdo al considerar que dicha reforma se encuentra diseñada para que quienes se encuentren actualmente en el poder hablando de partidos políticos, tengan una muy superior ventaja frente a las nuevas opciones y dejándolas fuera en el próximo proceso electoral (Congreso del Estado de Jalisco, 2020); y es que el partido que se encuentra actualmente en el poder tiene la ventaja de que durante los años de su periodo de gobierno se ha encargado de promocionar el voto con recursos públicos, es decir, aprovecha todo el aparato de gobierno para atraer a la mayor cantidad de votantes posibles, realizando acciones como las que podemos observar en varios municipios de Jalisco, cambiando los colores de la propaganda de los Ayuntamientos y en ocasiones hasta los colores oficiales, generando así una subliminalidad para la elección, un caso palpable ocurrió en el año 2018 en el municipio de Ocotlán, donde el Gobierno Municipal, en fechas decembrinas reemplazó el tradicional árbol de navidad color verde de la plaza principal, por uno de color naranja, mismo que contaba con una altura aproximada a los 12 metros de altura, situación que tuvo que ser revocada ante la inconformidad de los habitantes de dicho municipio.

La bancada de Morena, a través del programa de noticias de WRadio, señaló que la propuesta de reducir a 30 días el periodo para las campañas electorales les parecía sospechoso y mas que medidas preventivas era miedo de que nuevas expresiones políticas les arrebatan los puestos a quienes se encuentran en el poder y perder la continuidad de sus gobiernos, recordando que el PAN que es quien promueve está aliado de MC quien es mayoría en el congreso y los municipios (WRadio, 2020), situación que es razonable por el surgimiento de nuevas expresiones políticas que pretenden su registro como un nuevo partido político y buscarán participar en la contienda electoral, por mencionar uno, la organización “Hagamos” tiene

precisamente ese objetivo para el ejercicio electoral próximo, (El respetable, 2020), quienes por las circunstancias de presupuesto y desconocimiento por parte de la sociedad, les será casi imposible poder darse a conocer como partido, candidatos y proyectos; aunado a eso la proliferación de las candidaturas independientes que cada vez son mas frecuentes y obtienen el apoyo de la ciudadanía por el hartazgo de la sociedad hacia los partidos políticos tradicionales.

El Diario NTR, en su encabezado: *MC y Morena quieren elecciones inequitativas y antidemocráticas: PRD Jalisco*. Apunta la opinión de la Presidente del Partido de la Revolución Democrática: Natalia Juárez, quien en la entrevista que se le realizó manifestó lo siguiente: “Es muy curioso que sea desde el poder el que haga las propuestas electorales porque la estará presentando el PAN y podrán decir lo que quieran, pero sabemos todo mundo que esto es una iniciativa sobre todo en la reducción de los tiempos que va MC y el PAN, es desde el poder nosotros estamos viendo que se está haciendo esta propuesta a la reducción de los tiempos, que es muy lamentable porque es una reforma antidemocrática y absolutamente anti equitativa”

La presidenta del PRD lamentó que la pandemia de Covid-19 sea vista como una oportunidad por el gobierno en el poder para reducir los tiempos de campaña y gastos electorales y así beneficiarse ellos mismos, también indicó que es una situación preocupante dado que se propone sin fundamentos jurídicos ni transparencia.

En cuanto al financiamiento de los partidos políticos externó que no debería existir el financiamiento por parte del narcotráfico ni de particulares empresarios, y que todos los partidos deben estar apegados a la fiscalización para que se pueda explicar a la sociedad y dar cuenta de cada peso que reciben, al final de cuentas es dinero del erario público que sale de los bolsillos de los mexicanos y respecto a los cambios en ese sentido mencionó: “Todavía es más delicado porque ellos lo hacen abrazados nada más en una bandera y cobija de austeridad sin siquiera tener técnica jurídica y revisar cuáles son los fundamentos legales que permiten al estado y al instituto otorgar financiamiento como se otorga ahorita a los partidos políticos” (*El Diario NTR*, 2020), por las manifestaciones vertidas anteriormente podemos observar que bancadas opuestas comparten una misma opinión, lo que nos hace reflexionar que el debate que se genera y en el que dos ideologías partidarias distintas están de acuerdo, puede llegar a conclusio-

nes que busquen realmente el bienestar y respeto a los derechos de la sociedad, dejando a un lado los intereses partidarios de cada grupo político.

En la edición del martes 16 de junio de 2020 *El Occidental*, publicó el artículo “Recortar tiempos de campaña invade facultades del IEPC: Morena Jalisco.” Donde como su título lo menciona, el partido Morena declaró su inconformidad a través del Diputado Arturo Lemus Herrera. La idea principal que manifiesta el diputado es por el hecho de que el Congreso del Estado de Jalisco, al legislar sobre la duración de las campañas electorales es, dice, invadir las facultades del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del estado de Jalisco, aunado a esto menciona también que la iniciativa obedece a un cálculo político y que con ello la competencia no está en igualdad de condiciones para todos los candidatos y candidatas, resaltando que “le tienen miedo al próximo periodo electoral porque van a conocer su realidad” (*El Occidental*, 2020). El segundo párrafo del artículo 31, del Código Electoral del Estado de Jalisco establece que “El Instituto Electoral en el caso de elecciones ordinarias, tendrá facultades para ampliar o modificar los plazos y términos del proceso electoral” (Congreso del Estado de Jalisco, 2008). La reforma panista a la Constitución invade y acota las atribuciones del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana (IEPC), dejan de lado todas las cuestiones técnicas y operativas que debe de realizar el IEPC para desarrollar los procesos electorales, por lo que al aprobar el decreto se vulneró la autonomía de la autoridad electoral local, misma que tendrá la tarea de aprobar un calendario de 30 días de actividades para aspirantes a ocupar los anteriormente mencionados cargos de representación popular, esto al menos 30 días antes del inicio del proceso electoral (*Milenio*, 2020), lo que da origen a un cuestionamiento que vale la pena resaltar; si el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco es la autoridad encargada de aprobar el calendario de actividades por el periodo que se propone, ¿No debería ser el mismo instituto quién defina la duración de los periodos de campaña electoral?

En otro orden de ideas, la iniciativa desde una perspectiva crítica, obedece más a un cálculo político. La alianza integrada por el PAN-MC y el PRD encabeza 67% de los municipios del estado, es decir, 84 alcaldes que en su mayoría buscarán la reelección, lo que les da una gran ventaja frente a otros partidos políticos, pues en municipios grandes será difícil que logren recorrerlos en 30 días para dar a conocer sus propuestas y plataformas

(*El Occidental*, 2020), situación que, con este antecedente, deja en claro el objetivo de acortar los tiempos de campaña y beneficiar principalmente a los gobiernos en turno que como anteriormente se señaló, viven en una permanente campaña y claramente a sus opositores los pone en clara desventaja según el tamaño de sus municipios, por ejemplo, el municipio de Tamazula de Gordiano que es un municipio relativamente pequeño hablando por su número de habitantes, que no llega ni a la mitad de una décima parte de los habitantes de la zona metropolitana, pero en cambio, dicho municipio cuenta con casi 350 delegaciones distribuidas a lo largo de los cerca de 1,324 kilómetros cuadrados según el INEGI en 2010, por lo que resulta una tarea titánica llegar a todos los habitantes en tan poco tiempo, lo anterior por mencionar un ejemplo, pero seguramente más de alguno de los 124 municipios restantes, presentan situaciones similares.

Según la transmisión de radio de Radio UdeG, en entrevista el presidente del PRI en Jalisco, Ramiro Hernández García habló sobre el tema y una de sus aseveraciones fue que recortar el periodo de las campañas, es una medida que beneficia a quienes se encuentran ostentando cargos públicos y dijo, aprovechan el aparato gubernamental que está a su disposición para promover el voto a su partido, mientras que el resto de candidatos solo contarán con cuatro semanas para darse a conocer. También puso en tela de juicio la autenticidad de la autoría de la iniciativa ya que reducir el tiempo beneficia en mayor parte al partido Movimiento Ciudadano, dado que ellos ocupan en gran proporción los cargos por los que se participará.

Lamentamos mucho que el partido en el gobierno esté aprovechando su condición para impulsar reformas electorales a modo que lo único que provocan es crear una desigualdad en la competencia electoral, qué pena que MC sea uno como oposición y dista mucho ahora en el gobierno que como oposición propuso. Ese es el juego que está marcando quienes hoy están al frente del gobierno y en esas condiciones seguramente nos tocará competir, no le vamos a sacar la vuelta a ningún reto. (Radio UdeG, 2020).

Así que haciendo un recuento de las opiniones de otros actores de la política estatal, el punto de vista de quien preside el PRI en Jalisco, coincide en el sentido de que las medidas aprobadas por la mayoría en el congreso, obedece a un acuerdo interno del partido en el poder para que aprovechando las circunstancias actuales, puedan beneficiarse y seguir teniendo

mayoría de gobiernos municipales y legisladores al restringir derechos políticos a sus oponentes en la contienda electoral.

Otro de los medios consultados para el presente trabajo fue el periódico *Origen* y siguiendo con los dirigentes y demás miembros del PRI como lo son Ramiro Hernández García (presidente), Verónica Gabriela Flores Pérez (secretaria general), Mariana Fernández (diputada) y Sofía Berenice García Mosqueda (diputada), se pronunciaron a favor de algunas de las medidas que pretende la reforma, como la de que exista una mayor representación ciudadana en los diferentes espacios de representación popular, sin embargo cuestionaron la propuesta de reducir los tiempos de campaña en el proceso electoral ya que como otros puntos de vista, también consideran que es inequitativo y solamente es beneficiado el partido que se encuentra en el poder. La mencionada diputada Mariana Fernández advirtió que sigue siendo de suma importancia la existencia de legislaciones en materia electoral más representativas y recordó que las propuestas elaboradas por el PRI tienen el objetivo eliminar las mayorías que arrasan, para que la representación sea consensuada con verdaderos representantes del pueblo y no por la mayoría de un solo partido (*Origen*, 2020), situación que si debería tomarse en cuenta en el próximo proceso electoral de 2021 y los demás venideros en el futuro, para que la legislación permita que las oportunidades sean equitativas para quienes pretenden ocupar cargos de elección popular, como es el caso del acuerdo legislativo 1497/2006 del Congreso del Estado de Jalisco, donde en una situación similar, el Partido de la Revolución Democrática ponen a consideración de los diputados:

...exhortar al entonces gobernador del Estado de Jalisco, Lic. Francisco Ramírez Acuña y a los 124 Ayuntamientos del Estado para que se abstengan de promocionar obras del gobierno del estado o los municipios y se apeguen a los acuerdos firmados tanto en el Instituto Federal Electoral como en el Instituto Electoral del Estado de Jalisco.” (Congreso del Estado de Jalisco, 2006).

Quedando el acuerdo legislativo como sigue:

ÚNICO. Gírese exhorto al Gobernador del Estado de Jalisco Lic. Francisco Ramírez Acuña y a los 124 Ayuntamientos del Estado, para que se abstengan de promocionar por cualquier medio, obras del Gobierno del Estado o sus municipios, que induzcan a la ciudadanía a emitir su voto a favor de sus candidatos [...]. (Congreso del Estado de Jalisco, 2006).

Generando así condiciones que permitan al electorado razonar su voto y realmente llevarlo a cabo apoyando a la candidata o candidato que mejor le haya convencido y no como se hace actualmente, que se vota por el que más bombardeó de publicidad e inconsientemente se metió a las ideas de los electores.

Dejando de lado las legislaciones y situaciones anteriores y regresando a la reforma que nos ocupa, el partido que la promueve, es decir el Partido Acción Nacional, mediante entrevista realizada por Líder informativo y transmitida por radio el día 10 de junio de 2020 a través del diputado Gustavo Macías, señalaron que con el propósito de economizar el costo del proceso electoral, el hartazgo social y reducir el riesgo de contagios de coronavirus, propusieron la iniciativa para reformar en materia electoral los documentos rectores en el Estado de Jalisco, para que en dicho estado las campañas electorales se reduzcan de 90 a solo 30 días, lo anterior dijo el diputado que solo aplicaría para el proceso electoral de 2021.

Que se reduzcan los tiempos de las campañas, lo que estamos buscando es que las campañas, en esta contingencia que se avecina y por las condiciones en las que se está desarrollando la situación económica y de salud, pudieran ser las campañas de municipales y de diputados locales de 30 días; igualmente estamos buscando cómo se garantiza un trato igualitario entre los partidos, aplicar la misma fórmula de financiamiento para partidos locales y nacionales. (Macías en Líder informativo, 2020).

Una situación que hay que destacar es que en 2017 ya había existido la intención de una reforma en el mismo sentido, reducir financiamiento de partidos políticos y a tiempos de campaña, mayor equidad y destaca la ya aprobada reelección de cargos de elección popular; los partidos que iniciaron la discusión fueron PRI, PAN, MC y PRD (Congreso del Estado de Jalisco, 2017). Cabe mencionar que en ese periodo no era la misma legislatura que la que actualmente trabaja, la reforma, alegaban buscaba tener un sistema político más sólido, certero, con equidad y a la altura de las expectativas de los jaliscienses.

Discusión

Desde una óptica objetiva podemos observar cómo, las opiniones acerca de la reforma, específicamente en la reducción de tiempos de campañas electorales, no son las más positivas, valoramos si la reforma busca realmente prevenir y generar condiciones de salud que permitan tener un ma-

yor control sobre los contagios de Covid-19 por la pandemia que actualmente amenaza a todo el mundo, sin embargo y con base en las opiniones externadas por los principales actores políticos del estado entre los que se encuentran legisladores, dirigentes estatales de partidos y periodistas especializados en política, la mayoría se encuentra en contra de dichas medidas al favorecer a algunos y perjudicar a otros, los beneficiados toman como punto de partida su preocupación por la salud pública y la prevención, pero no mencionan que la medida realmente les beneficia y tan es así que no proponen una solución para subsanar ese menoscabo que se le causa a quienes aspiran a ser registrados como nuevas expresiones políticas y/o candidatos independientes.

Cabe mencionar también que el Partido Acción Nacional que es quién abandera la causa es el principal aliado del partido que cuenta con mayoría en el congreso y presidencias municipales al interior del estado, hablamos del Partido Movimiento Ciudadano, que ha apostado por la continuidad de sus gobiernos al pretender reelegir a gran parte de presidente municipales para los comicios de 2021 por lo que el PAN si se beneficia directamente con la reforma que impulsan.

Además es prudente destacar que dicha reforma fue presentada y votada en muy poco tiempo, dado que para poder aplicarla en el proceso electoral de 2021 debía ser aprobada antes del 1 de julio y antes de esa fecha, el decreto ya había sido aprobado, lo que atendiendo a lo vertido por los opositores de la mayoría, podemos percibir que no se generó un debate de la reforma, en el cual todas las bancadas del congreso del estado, discutieran los pros y contras del acuerdo que decreta la reforma, se realizó de manera “al vapor” como se le conoce popularmente a las acciones que realizan los partidos y que tienen éstas características, dejando a un lado la voluntad de los ciudadanos que pudieran expresar los diputados quienes son los encargados de esas tareas y les confiere la sociedad a través de su voto y facilitando así las condiciones para que quienes se encuentran actualmente en el poder, se queden ocupando los mismos cargos en las elecciones del 6 de junio de 2021.

Conclusiones

El decreto que contiene la propuesta de reforma a los artículos 6º, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 37, 73, 74, 75, y 76 de la Constitución Política del

Estado de Jalisco en materia electoral, aprobado por la mayoría de los diputados miembros de la actual legislatura del Congreso del Estado de Jalisco, deja sin duda una discusión muy grande por la polemicidad en el actuar de los legisladores que la promovieron, el tiempo en que la prepararon, presentaron y votaron, tomando como bandera la causa de la salud para fabricar una modificación a la Constitución Política del Estado de Jalisco y al Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.

Dicha reforma entre los varios puntos que abarca, menciona la reducción de tiempos de campañas electorales a 30 días para el proceso electoral de 2021, abriendo así la primera cuestión, dado que el Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco prevé que la facultad de modificar los plazos para las campañas electorales es el Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco, generando así a primera instancia una invasión de facultades.

Es preciso analizar también la velocidad con la que el decreto de reforma fue preparado y aprobado por la mayoría que, dicho sea de paso pertenece al partido Movimiento Ciudadano, aliado en las coaliciones de todo el estado para presidentes municipales con el Partido Acción Nacional, encargado de promover la multimencionada iniciativa, siendo la muestra mas fehaciente del turbio proceso de aprobación que a casi 7 semanas de la votación, no existe disponible para los ciudadanos un documento que contenga la exposición de motivos de la reforma, ya que una vez consultado en el Sistema de Información de Procesos (SIP) del portal del Congreso del Estado de Jalisco, dice no existir documento alguno al ingresar el número de decreto publicado en el Periódico Oficial El Estado de Jalisco y al realizar una búsqueda mas minuciosa, el resultado fue que el documento se encuentra en actualización, situación que combinada con las condiciones anteriormente mencionadas dan lugar a muchas dudas a cerca de la rigurosidad del proceso.

Realizando un balance objetivo de los beneficios y perjuicios que les ocasiona la presente medida a las expresiones políticas y cualquier otra organización o persona que pretenda participar en el proceso electoral de 2021 y tomando en cuenta las opiniones de algunos protagonistas de la vida política del estado de Jalisco vertidas en el presente documento, podemos llegar a la conclusión que la reforma si es benefactora con los partidos que actualmente se encuentran en el poder, dado que al tener un periodo

de tres años en el que continuamente promocionan su partido político de procedencia de manera subliminal, se sirven del aparato de gobierno para promover el trabajo que realizan los candidatos de su partido, dejando así en desventaja a los opositores a quienes se les reducirá el tiempo en el que puedan salir a dar a conocer sus candidatos y sus proyectos para tratar de convenecer a la ciudadanía para obtener su voto.

Lo anterior en el supuesto de los partidos políticos que la sociedad ubica y algunos de ellos aún conservan el llamado voto duro, pero ¿qué hay de las nuevas expresiones que pretendan registrarse para participar en el próximo proceso electoral? Ellos son los más afectados con la reforma, pues además que son completamente desconocidos, no tendrán el tiempo suficiente para darse a conocer y mucho menos dar a conocer sus proyectos. Lo mismo también aplica para candidatos independientes que si bien es cierto que ya existe la figura, son desconocidos por la ciudadanía y el financiamiento que tiene a comparación de un partido político ya establecido es mucho menor, lo que hace prácticamente imposible que pueda resultar ganador en la contienda electoral.

En el supuesto de que realmente sea una medida que sea pensada para el beneficio de la sociedad y el bien común entre partidos y demás participantes, sería prudente tomar medidas que garanticen la igualdad de condiciones para todos los que aspiren a obtener un cargo de elección popular, situación que se puede dar y sería una muestra de congruencia por parte del partido que impulsa y el que lo respalda al legislar para que quienes actualmente ocupen cargos públicos que están próximos a renovarse, no participen de manera directa, es decir, no demuestren su apoyo hacia el partido político de su procedencia, no se realice publicidad de gobierno durante un periodo determinado antes de iniciar las campañas electorales y que las acciones que tomen los gobiernos como programas sociales, de obra pública y demás no puedan llevarse a cabo en los meses previos a las elecciones ya sean locales o federales, esto con el fin de que no se convenza al electorado con los recursos de gobierno para obtener su voto, poner un candado a quienes aspiren a ocupar cargos públicos y sean miembros de la administración que en ese tiempo esté por concluir, la ley sólo obliga a algunos funcionarios a renunciar a sus cargos con determinado tiempo antes de la elección, pero que esa medida se aplique para la totalidad de los miembros de las planillas, es decir, para los regidores en

las administraciones municipales, asesores y auxiliares en las diputaciones y miembros de gabinete en las administraciones locales. Lo anterior para dar un equilibrio mayor a las condiciones de los participantes en los comicios electorales.

Limitantes

Para el presente trabajo de investigación una de las limitantes que mas nos dificultó la búsqueda de información fue la falta de textos referentes al tema, dada la circunstancias de que es relativamente nuevo, en virtud de que el suceso que se analiza aconteció seis semanas antes de la elaboración del presente trabajo. Sin embargo, estamos seguros que con investigaciones como ésta, se podrá abonar a las investigaciones que se generen en el futuro y se les permitirá solucionar ese problema al encontrar mas información doctrinal y científica, no solo periodística como es el actual caso.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Acuerdo legislativo N° 1497/2006. Periódico Oficial el Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (9 de mayo de 2006). Recuperado de <https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/Servicios/sistemas/SIP/DecretosSip/ACUERDOS/57%20leg/Acuerdo%20Legislativo%201497-06.pdf>.
- Acuerdo legislativo N° 1497/2006. Periódico Oficial el Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (9 de mayo de 2006). Recuperado de <https://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/Servicios/sistemas/SIP/DecretosSip/ACUERDOS/57%20leg/Acuerdo%20Legislativo%201497-06.pdf>
- Ballesteros S. (2020, 14 de agosto). Proponen en Jalisco reducir campañas electorales a la mitad de tiempo. *Quadratin Jalisco*. Recuperado de <https://mexico.quadratin.com.mx/elecciones-2021-pan-en-congreso-de-jalisco-propone-reducir-campanas-electorales-a-la-mitad-de-tiempo/>.
- Bareño. R. (2020, 16 de junio). Recortar tiempos de campaña invade facultades del IEPC: Morena Jalisco. *El occidental*. Recuperado de <https://www.eloccidental.com.mx/local/recortar-tiempos-de-campana-invade-facultades-del-iepc-morena-jalisco-congreso-de-jalisco-diputados-locales-5371422.html>.

- Casas, D. (2020, 15 de junio). Cuestionan PRI propuesta de reducción de tiempos de campaña. *Origen*. Recuperado de <https://origenoticias.com/cuestionan-pri-propuesta-de-reduccion-de-tiempos-de-campana/>.
- Código Electoral y de Participación ciudadana del Estado de Jalisco. Periódico Oficial El Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (2008). Recuperado de https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/Código%20Electoral%20y%20de%20Participación%20Ciudadana%20del%20Estado%20de%20Jalisco_0.pdf.
- Código Electoral y de Participación ciudadana del Estado de Jalisco. Periódico Oficial El Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (2008). Recuperado de https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/Código%20Electoral%20y%20de%20Participación%20Ciudadana%20del%20Estado%20de%20Jalisco_0.pdf.
- Decreto N° 27917/LXII/20. Periódico Oficial El Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (1 de julio de 2020). Recuperado de <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/07-01-20-bis.pdf>.
- Escoto, R., Barrera, J., Romo, P. (Presentadores) (10 de junio de 2020). Propone PAN reducir a un mes el tiempo de campañas electorales de 2021, para disminuir gastos y riesgos sanitarios. [Transmisión de radio]. J. Toral (productor) en Líder informativo 91.9 FM. Guadalajara, México: Líder informativo 91.9 FM. Recuperado de <https://lider919.com/propone-pan-reducir-a-un-mes-el-tiempo-de-campanas-electorales-de-2021-para-disminuir-gastos-y-riesgos-sanitarios/#>.
- H. Congreso del Estado de Jalisco. (2020, 17 de junio). Diputados avalan reforma electoral para Jalisco. Guadalajara, México.: Congresojal. Recuperado de <https://www.congresoal.gob.mx/boletines/diputados-avalan-reforma-electoral-para-jalisco>.
- H. Congreso del Estado de Jalisco. (2020, 17 de junio). Diputados avalan reforma electoral para Jalisco. Guadalajara, México.: Congresojal. Recuperado de <https://www.congresoal.gob.mx/boletines/diputados-avalan-reforma-electoral-para-jalisco>.
- H. Congreso del Estado de Jalisco. (2017). Inicia análisis de reforma electoral en Jalisco. Guadalajara, México.: Congresojal. Recuperado de <https://www.congresoal.gob.mx/boletines/inicia-lisis-de-reforma-electoral-en-jalisco>.
- H. Congreso del Estado de Jalisco. Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco. (2018). Particularidades del proceso electoral local 2017-2018 JALISCO. Recuperado de <http://www.iepcjalisco.org.mx/educacion-civica/wp-content/uploads/2018/05/Particularidades-del-Proceso-Electoral-Local.pdf>.
- H. Congreso del Estado de Jalisco. Constitución Política del Estado de Jalisco. Periódico Oficial El Estado de Jalisco, Guadalajara, México. (13 de julio de 1994).
- Meléndez, V. (Reportera). (15 de junio de 2020). Ve PRI ventaja para gobernantes al recortar campaña electoral. [Transmisión de radio]. En Radio UdeG. Noticias. Guadalajara, México: Radio UdeG. Recuperado de <http://udgtv.com/noticias/ve-pri-ventaja-gobernantes-recortar-campana-electoral/#>.
- Redacción. (2020, 20 de junio). Congreso aprueba reformas en materia electoral. *Milenio*. Recuperado de <https://www.milenio.com/politica/congreso-jalisco- aprueba-reforma-reduce-campanas-2021>.
- Redacción. (2020, 20 de junio). Congreso aprueba reformas en materia electoral. *Milenio*.

Recuperado de <https://www.milenio.com/politica/congreso-jalisco-aprueba-reforma-reduce-campanas-2021>.

Redacción. (2020, 17 de junio). MC y Morena quieren elecciones inequitativas y antidemocráticas: PRD Jalisco. *El Diario NTR*. Recuperado de https://www.ntrguadalajara.com/post.php?id_notas=150330.

Ruíz, L. (Redacción) (16 de junio de 2020). En contra de reforma electoral bancada de Morena. [Transmisión de radio] Luis Antonio Ruíz en Política W Radio. Guadalajara, México. W Radio. Recuperado de https://wradio.com.mx/emisora/2020/06/16/guadalajara/1592336520_226497.html.

Staff Jalisco. (2020, 15 de junio). “Hagamos” pide que no recorten tiempos de campañas. *El respetable*. Recuperado de <http://elrespetable.com/2020/06/15/hagamos-pide-que-no-recorten-tiempos-de-campanas/>.

Pertinencia para implementación de la metodología de estudio iterativo de casos en posgrado en Derecho

Celia Anayeli Gálvez Robles¹

José Cruz Guzmán Díaz²

Ma. Eugenia Nieto Caraveo³

RESUMEN. En 2017 se implementó la metodología de estudio de caso en el diseño de once unidades de aprendizaje para la licenciatura de Abogado en la Universidad de Guadalajara. La implementación en aula sigue en proceso. En este texto se exponen las generalidades de la metodología y se propone evaluar la pertinencia de su inclusión en el programa de Maestría en Derecho de la misma universidad como secuencia integradora de ambos programas y por los beneficios de esta metodología para poder responder a los compromisos con la educación innovadora y de calidad. ¿Cómo puede insertarse la metodología del estudio de caso en el posgrado? ¿Cuáles son los retos educativos institucionales del programa de Maestría en Derecho?

Palabras clave: Estudio, Caso, Derecho, Metodologías, Iterativo.

- 1 Abogada, litigante, Docente y maestrante en Derecho por la Universidad de Guadalajara, Certificate International Program in Innovation and Sustainability in Jalisco por Harvard T.H. Chan, celia.galvez@alumnos.udg.mx, ORCID
- 2 Abogado, Maestro en Ciencias Penales y Doctor en Derecho, profesor de tiempo completo y investigador y docente de pregrado y posgrado de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario del Sur. joseg@cusur.udg.mx, ORCID: 0000 0001 6465 2735
- 3 Licenciada en Administración por el Instituto Tecnológico de San Luis Potosí, Maestra en Filosofía con especialidad en Filosofía de la Educación por la Universidad del Valle de Atemajac, Maestra en Ética Aplicada y Doctora en Estudios Humanísticos por el Tecnológico de Monterrey campus Monterrey, Certificada en la didácticas Aprendizaje Basado en Problemas y Estudio de Casos por el Tecnológico de Monterrey campus Guadalajara.

Introducción: los propósitos de la formación en Derecho

La carrera de derecho se ofrece en nueve centros regionales y un centro temático de la Universidad de Guadalajara y en varias escuelas incorporadas a la misma con una población de más de 12 600 alumnos, 3 400 de los cuales pertenecen a las escuelas incorporadas (Universidad de Guadalajara, 2016). Esto obliga a que la institución se deba encontrar a la vanguardia y busque estrategias innovadoras que permitan que el egresado atienda a la realidad social dentro del campo laboral. Desde 2006 el programa educativo se ha modificado en cuatro ocasiones. En 2006 mediante dictamen I/2006/374 se aprobó reestructuración del plan de estudios de la Licenciatura en Derecho o Carrera de Abogado, en 2011 mediante dictamen I/2011/123 se aprobó la modificación de prerrequisitos del plan de estudios, en 2012 fue el dictamen I/2012/236 que modificó la denominación de Licenciatura en Derecho o Carrera de Abogado para quedar como Abogado, posterior a ello y después de la reforma al sistema de justicia en diciembre de 2014 se hizo una modificación al plan de estudios 24 para fortalecer los contenidos de procuración, impartición y administración de justicia.

Derivado del ejercicio de actualización del plan de estudios 24 se vio la pertinencia de crear un nuevo plan de estudios. El 25 de octubre de 2016 el H. Consejo General Universitario en la emisión del dictamen I/2016/438 aprobó la reestructura del Plan de Estudios de Abogado para constituirse el plan 25 en modalidad escolarizada y bajo el sistema de créditos que entró en vigor a partir del calendario 2017B. En dicho dictamen se muestra el enfoque educativo centrado en el aprendizaje y en la activación de la construcción del conocimiento desde el propio estudiante, lo cual compromete al docente a tomar en cuenta los diversos saberes y recursos disponibles, a diseñar estrategias diferentes que faciliten el tránsito y la movilidad y a hacer acopio de herramientas educativas que favorezca el desarrollo y evaluación de los distintos componentes de una formación integral (Universidad de Guadalajara, 2016). En resumen, señala el dictamen (Universidad de Guadalajara, 2016, págs. 2-3), el modelo centrado en el aprendizaje establece prácticas pedagógicas para:

- El aprendizaje significativo, proveniente de la motivación para resolver problemáticas concretas del campo jurídico:
- La implementación de didácticas y métodos de enseñanza del derecho que propicien el desarrollo de habilidades de pensa-

miento crítico, pensamiento complejo y solución de problemas;

- El abordaje multi, inter y transdisciplinar de los casos y problemas que el alumno debe resolver;
- La investigación sobre problemas socio jurídicos relevantes y su vinculación directa con los programas educativos;
- El aprendizaje autogestivo y permanente del derecho;
- La alfabetización informacional;
- El reconocimiento de aprendizajes obtenidos fuera del contexto escolar;
- La evaluación justa, apegada al reconocimiento del logro de la formación integral, así como las capacidades, habilidades y destrezas con las que el estudiante se hará cargo de su vida profesional;
- Disminuir la carga escolar y aumentar las actividades prácticas que movilicen los contenidos en contexto profesionalizantes;
- Las currículas flexibles y
- La movilidad.

En dicho plan se adopta el estudio de caso como metodología a partir de sus variantes de investigación, formulación de una estrategia de litigación oral y análisis de caso en concreto. El proceso de formación se diseñó cuidando la transversalidad, la multidisciplina y el flujo de aprendizajes en diversos sentidos, nutriéndose unas unidades de otras en diferentes sentidos, vertical y diagonal en la malla curricular.

Un proceso de gran innovación y transcendencia para la carrera en la red universitaria fue la emisión de los acuerdos generales RG/02/2015 de febrero de 2015 en los que se conformó el Comité Curricular inter centros para el Plan de Estudios de Abogado con la finalidad de dar participación a todas las sedes de la red y las cuales, posterior a su diseño, deberían analizar y evaluar la implementación del plan de estudios vigente con el fin de identificar las modificaciones necesarias y elaborar propuestas innovadoras que incorporaran, entre otros, los contenidos y métodos de enseñanza que se estimaran pertinentes. El acuerdo RG/24/2016 de octubre de 2016, derogó al anterior y creó el Comité Curricular Inter centros para el apoyo a la evaluación y rediseño del Plan de Estudios de Abogado de la Red Universitaria con la finalidad de apoyar de manera permanente en la evaluación de la operación del plan de estudios vigente, identificar las

modificaciones necesarias y realizar propuestas curriculares e innovadoras que incorporen, entre otros, los contenidos y métodos de enseñanza que se estimen pertinentes.

Lo relevante de dichos acuerdos es que el Comité Curricular se constituye en un órgano técnico de trabajo con representación equilibrada de todos los centros y las escuelas incorporadas que ofrecen la carrera en la red universitaria y cuya tarea principal encomendada fue el rediseño del plan de estudios con una visión innovadora.

El plan 25 de la carrera de Abogado busca que el egresado cuente con una formación académica integral que le permita desarrollarse profesionalmente en el campo jurídico a nivel regional, nacional e internacional, con un alto grado de compromiso, liderazgo y responsabilidad social para aplicar el derecho en sus diversos campos, con valores y principios éticos, humanistas, cultura de la paz, legalidad y la defensa y protección de los derechos humanos, consciente de la necesidad de una constante actualización, situación que no es fácil si se considera la diversidad de espacios de formación, contextos y aspectos culturales que prevalecen a lo largo y ancho de la red universitaria en Jalisco. Sin embargo, desde el propio dictamen se definió claramente la estrategia a seguir para alcanzar los objetivos respecto a la formación del profesional del Derecho, mismos que quedaron definidos en el Resultado No. 10 del citado dictamen y que establece:

...que el rediseño del Programa Educativo (PE) de Abogado, contempla como aspectos guía para la actualización de los cursos: flexibilidad curricular; movilidad de los estudiantes en la red Universitaria; vocacionamiento en el desarrollo de las áreas del conocimiento, de acuerdo a cada Centro Universitario; formación en investigación y especialización que propicie el acercamiento al posgrado; la formación optativa, que fortalece los ejes disciplinares y los campos de desempeño; formación transdisciplinar; formación humanista integral; apoyo tutorial, que prioriza la vinculación social mediante las prácticas profesionales; incorporación del estudio de caso como método de enseñanza; prestación pertinente del servicio social para reforzar la eficiencia terminal; mecanismos para el manejo de un segundo idioma; así como el reconocimiento de que es necesario desarrollar las habilidades para el desempeño adecuado de los egresados en las áreas de oportunidad mencionadas en el presente dictamen. (Universidad de Guadalajara, 2016, 4)

Unificar los criterios de la red fue un proceso interesante. El inicio de operación del plan ha sido señalado en general por la comunidad invo-

lucrada como satisfactorio y en el proceso de transición se ha procurado darle seguimiento para lograr su consolidación tomando como referencia la visión que el comité curricular tuvo respecto a la propia metodología. El gran reto sin duda sigue siendo materializar su contenido de tal forma que su esencia llegue hasta el aula en la que solo se encuentra el docente con los estudiantes. Para tal caso, el comité curricular responsable del proceso, paralelamente al documento técnico formal, diseñó una malla curricular en formato de guía de referencia que plasma dicha metodología en dos momentos del proceso de formación: cinco unidades de aprendizaje que se denominan Estudio de Caso de Instituciones Jurídicas (ECIJ) y, posteriormente, con otras seis que se denominan Estudio de Caso Disciplinar (ECD) relacionadas con los seis ejes disciplinares del Derecho. Estas once unidades de aprendizaje se definieron como básicas para el proceso de formación del abogado, por lo tanto, la metodología y las unidades de aprendizaje se presentan como un elemento articulador que vincula a todas las unidades de aprendizaje en un proceso de formación transversal, abordando temas como la multidisciplinariedad mediante la definición de orientaciones esterilizantes que cada uno de dichos centros definan. También permite que la oferta de unidades de aprendizaje se vincule con el posgrado y faciliten el desarrollo de competencias globales y metodológicas.

Las unidades de aprendizaje articuladoras de todo el proceso de enseñanza denominadas Estudio de Caso de Instituciones Jurídicas se cursan de primero a quinto semestre y posteriormente surgen como terminación de una ruta horizontal los *estudios de caso disciplinar* por cada una de las seis áreas de formación que se definió eran las mínimas indispensables que el estudiante debe conocer durante su proceso de formación: Derecho público, Derecho privado, Derecho social y disciplinas auxiliares del derecho.

Estas unidades citadas fueron consideradas desde el dictamen como elementos innovadores en la enseñanza del derecho en la Universidad de Guadalajara buscan romper la brecha de formación que tradicionalmente se ha generado entre el aprendizaje teórico y la aplicación práctica del conocimiento apoyados de la metodología del estudio de caso para cumplir con una nueva definición del perfil docente: Abogado inspirador –de preferencia con Maestría–, con experiencia en la docencia a nivel superior, conocedor del estudio de caso como método de enseñanza, con habilidades de pensamiento crítico y solución de problemas jurídicos, con práctica

profesional o estudioso en su disciplina y hábil para aplicar las tecnologías a su aprendizaje¹.

El propio comité curricular con la ayuda de expertos en la materia se dio a la tarea de conceptualizar la forma en que se debe entender la metodología en el plan del estudio y, para tal efecto, se construyó un lineamiento que definió en qué consiste el *Estudio de Caso de Instituciones Jurídicas* que admite diversas soluciones y en el enlace de las unidades de aprendizaje cursadas durante un ciclo y otras disciplinas auxiliares del Derecho. También para abordarse como método de investigación que se podrá evidenciar preferentemente en el proceso de formación de los primeros ciclos, como método de enseñanza que puede tener mayor aplicación en los estudios de caso disciplinares y como técnica de litigación con la construcción de teorías del caso no solo en materia penal, sino en cualquier disciplina del derecho.

Para llevar a cabo la operación, el comité curricular definió que “a partir de la selección de una institución jurídica por ciclo escolar que apruebe la academia correspondiente, se establecerán las relaciones con las demás unidades de aprendizaje que cursa el alumno durante el ciclo escolar en que se implemente, considerando la metodología para el estudio de caso; durante su desarrollo, el profesor llevará al estudiante a profundizar en el origen, evolución y estado actual de la institución jurídica, a partir de problematizar, analizar, criticar y proponer alternativas o aportaciones que transformen lo inherente a la propia institución, ya que, la pretensión académica y jurídica de los estudios de caso de instituciones jurídicas, es unificar en la propia institución, las aportaciones de las disciplinas auxiliares del derecho y las que de forma vertical cursa el estudiante, para lograr una comprensión amplia del derecho, la interpretación, argumentación y comunicación de resultados, en la inteligencia que éstos serán siempre abiertos, es decir, las respuestas incorrectas, son inexistentes²”.

Hablar de instituciones jurídicas en el campo del derecho también es un tema que genera diversas opiniones ya que, al contar con una visión

1 Esta definición fue construida por el comité curricular y aprobada en sesión plenaria por el mismo con la finalidad de destacar las características mínimas indispensables que debe tener el docente para la operación del nuevo plan de estudios del programa de abogado en la red de la Universidad de Guadalajara.

2 Conceptualización definida por el comité curricular que forma parte de un documento guía que se denominará “Lineamientos y Glosario para la operación del Plan 25 de la Carrera de Abogado” aún no publicado de manera oficial.

tradicionalista y conservadora, tendremos que sujetarnos a su conceptualización establecida por el Derecho Romano, sin embargo, las nuevas tendencias en la actualidad pueden demostrar que, además de las instituciones jurídicas conocidas tradicionalmente, hay otras figuras más que deben considerarse como tal y, como lo establece la norma universitaria, son las academias las responsables de determinar la esencia de los aprendizajes que cada una de las unidades deben propiciar. Sin embargo, y a manera enunciativa se definieron algunas de las instituciones jurídicas que se pueden abordar durante el proceso de formación:

Tabla 1.

Semestre	Instituciones sugeridas
1º	Estado, Derecho, Sociedad, Educación
2º	Gobierno, Personas, Familia
3º	Obligación, Propiedad, Trabajo,
4º	Comercio, Anatocismo, Contratos, Patrimonio
5º	Vida, Derechos Humanos, Libertad

Elaboración propia.

Previo al inicio del ciclo escolar 2017B se contó con el acompañamiento de la profesora Ma. Eugenia Nieto Caraveo, quien diseñó la *Metodología de Estudio Iterativo de Casos* (MEIC) basada en la didáctica y método del Estudio de Caso; esta metodología se había utilizado experimentalmente en algunas asignaturas a su cargo en otra institución, pero en la Universidad de Guadalajara se implementó a gran escala por iniciativa del Comité Curricular Inter centros para el Plan de Estudios de Abogado de la Red Universitaria, constituyéndose así en la *Metodología del Estudio de Caso* distintiva en el programa de Abogado de dicha universidad, sumando además, como parte del proyecto de implementación, la preparación de los casos de estudio documentados.

De junio a agosto de 2017 se diseñó la primera unidad: *Estudio de Casos de Instituciones Jurídicas I* (ECIJ I) publicado por la Universidad en noviembre de 2017 (Rosas & Mendoza, 2017). De agosto de 2017 a enero de 2018 se replicó esta fase de diseño para las otras 10 unidades. Esta es la única fase del proyecto que se ha documentado y dicho material se publicó como documento técnico de apoyo para los docentes que imparten la unidad

de aprendizaje. La obra contextualiza sobre el caso, la metodología y el trabajo del equipo que realizó el diseño, presenta el perfil del egreso que se busca alcanzar, la relación que tiene la propia unidad de aprendizaje con el plan de estudios, el campo de aplicación profesional de los compromisos que promueve la unidad de aprendizaje, la descripción del curso, sus objetivos generales, parciales o específicos, el contenido temático, la introducción a la metodología, la introducción al caso construido y abordado, la modalidad de evaluación, las rubricas de referencia, los elementos del desarrollo de la unidad de aprendizaje, el perfil del profesor, los textos y opiniones de especialistas sobre el caso, la estructura conceptual del curso, la programación semana a semana, la bibliografía básica y complementaria así como diversos anexos que complementan el documento. Toda la información concentrada busca brindar al docente las herramientas necesarias para que logre materializar todos los objetivos que desde el dictamen de creación hasta la visión que el comité curricular tuvo en su construcción del plan de estudios para una formación innovadora del abogado.

Por lo tanto a partir de la entrada en vigor del nuevo plan de estudios en 2017B se dio inicio con la operación de las unidades de aprendizaje de ECII I respecto a la cual se determinó de manera colegiada que el Estado fuera la primera institución objeto del análisis y, de manera simultánea (cuidando la esencia metodológica de lo que es el estudio de caso como estrategia de enseñanza), se construyó un caso en particular que actualmente se opera en nueve centros universitarios de la red, respecto del cual se están preparando diversos instrumentos de seguimiento y evaluación que permitan identificar el impacto de que se tiene en el proceso de formación de los estudiantes, y asimismo identificar los factores de riesgo que se pueden presentar.

El nuevo plan de estudios de la carrera de abogado se presenta como una estrategia institucional innovadora que rompe con el esquema tradicionalista en la formación del abogado en México y adopta un modelo que ya otras universidades con prestigio en el mundo lo han hecho como parte de su esencia de formación. Son grandes los retos que se tienen para que se materialicen todos los objetivos que se buscan. Sin embargo, hay factores de riesgo a los que debe darse mayor atención y que tiene que ver con la función del docente ya que, como elemento indispensable dentro del proceso de

enseñanza-aprendizaje, debe buscar permanente su actualización y capacitación en varios rubros como en el manejo de la metodología del estudio de caso, el uso de las tecnologías y estrategias para lograr acercar al estudiante al campo real del desempeño profesional en la tendencias del derecho, las cuales van migrando de una visión de litigio hacia una cultura de la paz y la negociación para otorgar una la solución pacífica de los conflictos.

El siguiente reto tiene relación con la visión que tuvo el comité curricular cuando, en la trayectoria académica del estudiante de pregrado, visualizó la posibilidad para que el estudiante de licenciatura pueda transitar y explorar las actividades que se realizan en el posgrado en Derecho, lo que le permitirá generar un canal de seguimiento en su formación como profesionalista, de tal manera que un alumno en sus últimos ciclos pueda cursar contenidos de posgrado que se puedan validar en sus materias de pregrado y que posteriormente se le acrediten si es que se incorpora al posgrado. Dicha situación está prevista en el dictamen de creación que en su resolutivo cuarto define para el área especializante y que se identifican en el plan de estudios como “tópicos selectos” que se conforma por un total de cinco materias y dos seminarios enfocados a la investigación y cuya finalidad es fomentar la investigación y en su caso facilitar la vinculación con el posgrado a partir de seis salidas disciplinares relacionadas con el Derecho Penal, Civil, Administrativo y Fiscal, Constitucional, Mercantil, y una por la que opte el centro universitario de la red en la que se ofrece el plan de estudios.

Antecedente de la propuesta: Metodología de Estudio Iterativo de Casos (MAIC) en Pregrado

El Estudio de Caso, Método de Caso o Metodología del Caso, como suele identificarse a la práctica común de *estudiar* un *caso* es una práctica ampliamente utilizada en la educación formal desde hace muchos años y de diversas maneras. Según sea la forma en que se ejerce esta práctica, sus orígenes son igualmente diversos. Para el estudio de casos jurídicos, la referencia más frecuente es el “Método Harvard”, diseñado a finales del siglo XIX por Christopher Columbus Langdell (Harvard Law School, S/F); un texto que expone ampliamente la historia del Estudio de Caso con este referente a Harvard es *Making The Case*, de David Garvin (2003). En realidad, no fue Langdell quien diseñó el Estudio de Caso, cuyos orígenes en la

educación podrían remontarse a las escuelas clásicas de Grecia, pero es a quien se le reconoce como introductor del *método* para la enseñanza en los tiempos modernos, particularmente a la disciplina jurídica. El Estudio de Caso como método de investigación es referido a tiempos más recientes, especialmente a los textos de Robert Yin (*Case study research: Design and methods* (2nd ed.), 2017) y otros autores contemporáneos como Robert Stake (*Investigación con estudio de casos*, 1999); un texto en que se puede revisar los autores referenciados con este enfoque es *Case Study Research: Foundations and Methodological Orientations* (Harrison, Birks, Franklin, & Mills, 2017). Al explorar bibliografía sobre el Estudio de Caso en lengua inglesa es más frecuente la revisión del enfoque de Yin como método de investigación, mientras que, en español, es más común la asociación con Harvard, tanto en su origen con Langdell como en la institucionalización en la escuela de negocios de la misma Universidad años después.

Esta incorporación del Estudio de Caso como eje didáctico de una unidad de aprendizaje o asignatura específica es, si no única en las universidades, un distintivo de la Universidad de Guadalajara que la coloca en la mirada de quienes reconocen la relevancia de las didácticas activas o vinculantes con la realidad (casos, proyectos y problemas, las más comunes). En una exploración realizada de la información publicada en portales web de 20 universidades se identificó la incorporación del Estudio de Caso en diferentes modalidades, (Tabla 2).

Las formas de realizar tales estudios, los pasos del método o los principios y conjuntos de técnicas y métodos (metodología) suelen estar relacionadas con diferentes variables. Algunas de estas son los propósitos de dicho estudio, la disciplina o multidisciplina que los ejecuta y la estructura espacial y temporal para su ejecución. Sobre los propósitos, una clara distinción que puede observarse en la literatura sobre el Estudio de Caso es tomarlo como método de investigación y como didáctica para el aprendizaje de contenidos específicos o evaluación de aprendizajes. Ambos modelos no son excluyentes y suelen estar combinados; lo más notorio es el enfoque de cada uno: como método de investigación se enfoca al caso en sí, mientras que como didáctica se enfoca más a contenidos de aprendizaje. En este tenor, no es suficiente con señalar que se propone adoptar el Estudio de Caso en un programa o asignatura, porque esa adopción puede ser de múltiples maneras con resultados muy diferentes. Es imperativo establecer

Tabla 2. *Información consultada en los sitios web de cada institución.*

Universidad	Hallazgos
Universidad de Guanajuato	Cuenta con la materia de Estudio de caso, para desarrollar la materia de amparo en 7° semestre (Universidad de Guanajuato, 2020)
Universidad Nacional Autónoma de México	Dentro del objetivo general de la Maestría en Derecho está el Análisis de casos prácticos, (Universidad Nacional Autónoma de México, 2019) y en la Facultad de Contaduría y Administración, división de estudios de posgrado cuentan con la obtención del grado de especialista por medio de caso práctico. (Universidad Nacional Autónoma de México, S/F)
Universidad Autónoma de Guadalajara	En su modelo educativo cuentan con el estudio de caso en el diseño de actividades y experiencias de aprendizaje. (Universidad Autónoma de Guadalajara, 2017)
Universidad Autónoma de Baja California	En la Facultad de Ciencias Marinas y Facultad de Ciencias. En el plan de estudios de Metodología de la Investigación establecido en el Programa Educativo establecido para las licenciaturas: Licenciatura en Biología, Licenciatura en Biotecnología en Acuicultura Licenciatura en Ciencias Ambientales y Oceanología De la Unidad de Aprendizaje: Metodología de la Investigación, se utiliza el método científico mediante análisis de casos de estudio para determinar cómo se aplica en los diferentes tipos de investigaciones relacionados con las ciencias del mar y el ambiente de manera responsable, también propone explicar el concepto de ciencia, su desarrollo y aplicación, mediante lecturas de artículos científicos y revisión de estudios de casos que le permitan contrastar las distintas áreas de investigación. (Universidad Autónoma de Baja California, 2017)
Instituto Politécnico Nacional	El curso la Estrategia Didáctica del Método de Casos se analiza el caso "Planeación de los productos y Mercados Turísticos" como asignatura del 4° semestre de la Maestría en Ciencias en Alta Dirección de Empresas Turísticas, que se imparte en la Sección de Estudios de Posgrado e Investigación de la Escuela Superior de Turismo del IPN. (Maldonado Avalos, S/F)

Tecnológico de Monterrey	El curso de Auditoría II pertenece al último semestre de la licenciatura en contaduría pública y finanzas, y se considera un curso de especialidad profesional. Este curso se impartió con el método de casos durante el semestre agosto-diciembre del 2003 en un grupo con 35 alumnos, y en el semestre enero-mayo del 2004 en un grupo de 25 alumnos (Fariás Martínez, S/F) . El Tecnológico de Monterrey cuenta con un Centro Internacional de Casos dada la relevancia de la didáctica en sus programas (Tecnológico de Monterrey, 2020)
Universidad Autónoma de San Luis Potosí	Cuenta en su Plan de estudios con la clínica procesal penal (clínica del estudio de casos) y la clínica procesal civil (derecho procesal civil clínica de estudios de caso) a partir del 2019. (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2019)

Elaboración propia.

la metodología, es decir, el entendimiento de sus métodos y demás aspectos de la práctica como sus propósitos, principios, alcances, etc. La propuesta es, entonces, no solo la implementación del Estudio de Caso, sino que se propone un diseño metodológico en particular: la Metodología de Estudio Iterativo de Casos, la MEIC.

La MEIC es una entre otras metodologías iterativas que se han desarrollado con los principios del Modelo de Aprendizajes Iterativos Complejos y Sintéticos (Nieto Caraveo, 2020, pág. 231). Se realizó una prueba piloto en 2018 en la Universidad de Guadalajara de la Metodología de Solución Iterativa de Problemas (MSIP) y la Metodología de Ejecución Iterativa de Proyectos (MEIP).

Son retos y principios generales de estas metodologías los siguientes (Nieto Caraveo, 2020, págs. 233-244):

- Vinculación con la realidad e inmersión en la experiencia más cercana a la praxis.
- La utilidad, sentido o aplicación del proceso de aprendizaje.
- Que el saber esté en manos de quien lo requiere (el sujeto del aprendizaje), es decir, que sea autogestionado; esto implica necesariamente un aprendizaje por indagación e investigación.
- Documentación de la investigación y sus conclusiones.
- Estructura y robustecimiento del aprendizaje a través de iteraciones.
- Evaluación de procesos, no de un resultado esperado.

Estos principios se aplicaron a la MEIC, cuya práctica iterativa es el Estudio de Caso como método, es decir, como un conjunto de pasos ordenados y finitos que se repiten en el proceso.

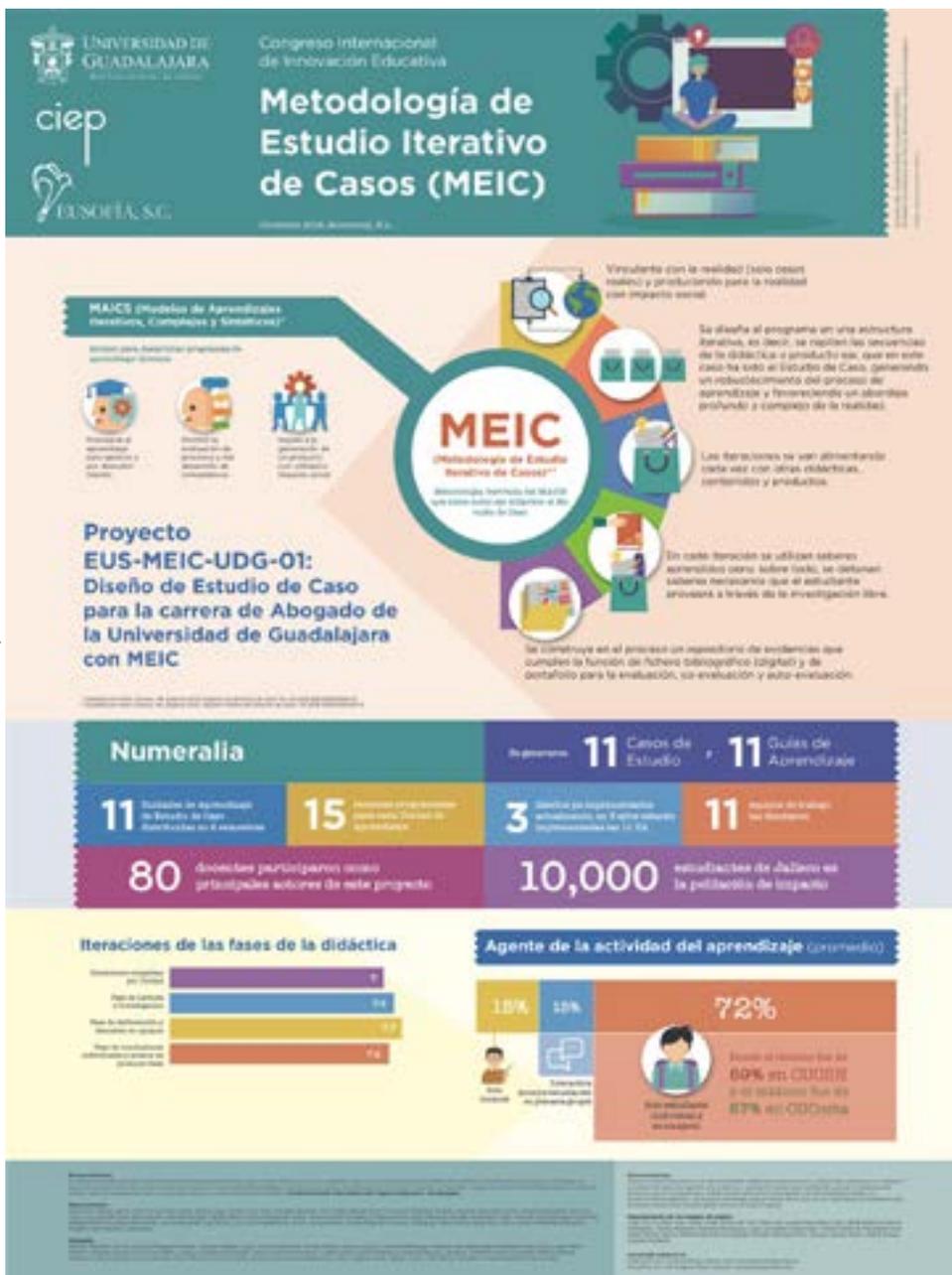
En su implementación en pregrado se señalaron tres pasos para cada iteración: 1. lectura, 2. discusión y 3. conclusión. Una explicación sobre la iteratividad en el diseño de unidades de pregrado, así como su ejemplificación puede leerse en *El Modelo MAICS para el diseño de programas educativos* (Nieto Caraveo, 2020) y en *Estudio de Caso de Instituciones Jurídicas I. El Estado como Institución Jurídica* (Rosas & Mendoza, 2017). En el segundo documento se puede observar la construcción paso a paso de una unidad de aprendizaje bajo esta metodología. El valor añadido para el estudio y aprendizaje no está en la repetición en sí, sino en lo que la iteración de los procesos puede lograr.

En diciembre de 2018 se presentó en el 5^o Congreso Internacional de Innovación Educativa (CIEE), organizado por el Tecnológico de Monterrey un póster infográfico de la primera fase de implementación de la MEIC con el diseño de las unidades de aprendizaje en el programa de Abogado (Figura 1). En junio de 2019 se expuso este logro educativo en el marco del VIII Congreso Internacional de Educación y Aprendizaje en la ciudad de Oporto, Portugal. En mayo de 2020 se publicó dentro del libro digital *Nuevas Dimensiones de la Educación* el capítulo “El modelo MEIC para el diseño de programas educativos” (Nieto Caraveo, 2020, págs. 231-252) en donde se expone como ejemplo esta fase de la implementación en la Universidad de Guadalajara y se explican varios de sus justificaciones y fundamentos.

Después siguieron las fases de transferencia a profesores de tres de las unidades y la implementación en aula. Quedaron sin ejecución, al interrumpirse este proyecto liderado por Coordinación de Innovación Educativa y Pregrado (CIEP), la evaluación de la implementación en aula, la certificación en la metodología, una segunda generación de diseño con casos nuevos y la creación del Banco de Casos de la Universidad de Guadalajara. Por otra parte, como ya se comentó, se realizaron 4 pruebas piloto con la MEIC y las otras dos metodologías (MSIP y MEIP) para tutorías con equipos del Centro Universitario del Sur (CUSUR), el Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH) y el Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas (CUCEA).

A continuación, se expondrán las generalidades de la implementación de esta metodología en pregrado para señalar las particularidades o dife-

Figura 1.



Colección Red Jurídica
 134

Póster de Ma. Eugenia Nieto Caraveo, diseño de Alejandra Tadeo por parte de la UdeG

rencias en la propuesta para el programa de posgrado. Por otra parte, es importante conocer del proceso dada la concatenación de los programas de pregrado y posgrado.

Para la implementación de la primera fase: el diseño de las unidades de aprendizaje (UA) de 10 unidades se llevaron a cabo tres etapas: la primera, de introducción a la metodología y preparación inicial de las generalidades del diseño dirigida a todos los equipos en general (en total diez equipos conformados desde 4 hasta 12 integrantes); la segunda etapa, realizada en cada uno de los equipos y centros universitarios, específicamente para el diseño de la UA y una tercera etapa para revisión del diseño y del caso, también realizada en cada centro. Entre la primera fase y la segunda y, de nuevo, entre la segunda y tercera fase, se desarrolló la escritura del caso con revisiones a distancia mediante archivos digitales. Entre la segunda y la tercera, además, el equipo tuvo la responsabilidad de documentar el diseño de la UA.

Durante el proceso de diseño se trabajó en la incorporación de los diversos principios, premisas y elementos que, sintéticamente, conforman la MEIC, donde la didáctica del estudio de casos (o Método del Caso) es el eje didáctico. A continuación, se enlistan las características alineadas a esos principios a la vez que se exponen algunas observaciones y percepciones sobre el proceso de diseño. Cabe señalar en que se tratan de elementos y principios que han de aplicarse *sintéticamente*, es decir, no como partes separadas o en secuencia, sino manteniéndose todas y en todo momento en el enfoque en la práctica del diseño, de su implementación y de su ejecución.

Anclaje / Inmersión en la realidad. En todas las UA diseñadas el eje didáctico al que se vinculan todas las actividades para el aprendizaje son casos reales, históricos y/o vigentes. Esto permite un aprendizaje a partir de la complejidad y estimula por tanto el pensamiento complejo y con un enfoque sistémico, observando la amplitud de variables y agentes que inciden en los hechos. La incorporación de solo un caso de estudio como eje didáctico de toda la UA resultó ser novedoso ya que la expectativa inicial común en los participantes fue que la didáctica del estudio de caso representaría solo un momento de la UA (una a tres sesiones) por lo cual tendrían que abordarse varios casos en la misma asignatura, sin embargo, fue incorporada esta didáctica iterativamente sin mayor dificultad. La lista de todos los casos de estudio, que fueron

además preparados por los mismos equipos, se presenta mas adelante en el punto 5.

Detonación de saberes necesarios. Las actividades diseñadas son detonantes de saberes necesarios, es decir, no solo permite revisar y poner a prueba aprendizajes previos, sino que implica la necesidad de nuevos conocimientos a fin de dar curso a los objetivos y los productos de esas actividades. En el diseño de ECIJ II, ECIJ III y ECIJ V, de los equipos Centro Universitario del Sur, Centro Universitario de la Ciénega y el Centro Universitario de Tonalá, por ejemplo, la resolución del caso hace necesarios saberes respecto a las Comisiones y Cortes Internacionales de Derechos Humanos, aun cuando en la malla curricular estos temas se abordan de manera especializada en UA posteriores. Esta particularidad de la metodología, y en general de la didáctica de estudio de casos³, resultado difícil de adoptar para algunos participantes del diseño, acaso por la herencia de lo que solemos llamar “educación tradicional” en que los conocimientos suelen preceder toda actividad en el aula y ser los mismos para todos; éstos, además, suelen estar en manos del profesor. La detonación de los saberes necesarios detona no solo la necesidad de investigación, sino que esta lleva a los estudiantes a diferentes rutas y perspectivas del conocimiento, incluso fuera de su disciplina, multiplicando a través de la deliberación posterior, las opciones de puntos de vista y respuestas para la resolución del caso. Esta apertura causó preocupación también en algunos integrantes de los equipos por la aparente “pérdida de control” y ambigüedad del aprendizaje. En la práctica, la estructura por iteraciones, sumada a algunas reglas del diseño como lo es “solo deliberar/discutir de lo que se investigado, y, por lo tanto, posible de sustentar”, brinda la posibilidad de una libre apertura para cada estudiante y, a la vez, un marco de referencia que mantiene un orden necesario para el aprendizaje formal.

3 Con frecuencia, la didáctica del estudio de casos se utiliza solo para revisión de saberes previos o para probar la correcta aplicación de conocimientos antes estudiados, dejando de lado los campos de conocimiento aún no abordados en el aula o en cursos previos, o bien saberes que no son propios de la disciplina, pero sí inciden en la realidad de estudio. Una desventaja de este acotamiento es que elimina aspectos y/o perspectivas de la realidad y por lo tanto desvirtúa su complejidad; por otra parte, se pierde la oportunidad de habilidades del pensamiento fundamentales en los perfiles de egreso que se pretenden hoy en día (autogestores con capacidad analítica, crítica, reflexiva y propositiva) ya que la necesidad de nuevos saberes a cargo del estudiante le reta intelectualmente, como será retado constantemente por en su realidad profesional.

Iteraciones. La metodología tiene en su nombre el concepto “iterativo” por esta característica. Ya que se pretende que en estas UA de Estudio de Casos se forjen competencias acordes al perfil de egreso y los fines últimos de la Universidad de Guadalajara, se establece como fundamental en la MEIC que existan procesos repetitivos que permitan observar el avance y desarrollo de estas competencias; es decir, no basta con validar una competencia, sino validar que ésta ha tenido un proceso de desarrollo durante la UA; esto puede lograrse solo si se repiten los procesos pertinentes. Para todas estas UA el proceso iterativo fue el de la didáctica de estudio de casos cuyas fases generales son: Lectura (L), Deliberación (D) y Conclusión (C); terminada la iteración se inicia una nueva con nuevos saberes dirigidos y necesarios, otros enfoques, etc., de tal manera que resulta una estructura L-D-C-L-D-C-L-D-C. Sobre las iteraciones en las UA diseñadas se abunda más adelante en el punto 7. En algunas UA se diseñaron procesos iterativos distintos a los de la didáctica de estudio de caso (L-D-C) como son:

- Proceso de ejecución de Audiencia de Negociación Laboral, 3 iteraciones, en ECD Laboral del equipo CUCSUR. Fases: investigación; elaboración de argumentos; negociación; conclusiones.
- Proceso de ejecución de Etapas Procesales Penales, 4 iteraciones, en ECD Penal del equipo CUVALLES. Fases: investigación; elaboración de argumentación oral; representación con autovideograbación (práctica de mejora); autoevaluación y conclusión.
- Proceso de elaboración de Plantilla de Estrategia Procesal, 6 iteraciones, en ECDCivil del equipo Centro Universitario de los Lagos CULAGOS. Fases: investigación; análisis de la información; segregación y estratificación de hechos, evidencias, ideas y argumentos; llenado de la plantilla; registro de conclusiones en la sábana de documentación.

Investigación. En el 100% de los diseños, los saberes necesarios se obtienen no del profesor sino desde la investigación por parte de cada estudiante. Los diseños de las UA se han realizado no conforme a una lista de temas a revisar sino por etapas de avance en el estudio del caso y en todas ellas se inicia con investigación. Esto significa que por cada iteración en el diseño (ver más adelante el punto 7) hay al menos una fase de investigación dirigida y/o libre⁴. El diseño con menos iteraciones fue el

⁴ La investigación dirigida es aquella en que se señalan contenidos o temas específicos a investigar,

de ECIJ IV (equipo Centro Universitario de la Costa CUCOSTA) con cuatro y el que más fue el de ECD Civil (equipo CULAGOS) con nueve iteraciones. Una estadística sobre las iteraciones en los diferentes diseños se presenta en el punto 9.

Navegación cognitiva en superficie y fondo. La investigación, particularmente la investigación libre, propicia que el estudiante profundice en los aspectos que considere de mayor interés o relevancia en el caso, impulsando un aprendizaje más profundo. Una preocupación manifestada por algunos integrantes de los equipos fue que esta profundización se lograría solo en algunos estudiantes con esta disposición y que, además, implicaría que se revisaran temas diferentes en un mismo grupo. Ambas afirmaciones son correctas, sin embargo, en estos diseños se pretende no un aprendizaje uniforme e igual, sino un aprendizaje cada vez más autogestionado, flexible, significativo y con distintos alcances. Los Estudios de Casos de Instituciones Jurídicas se diseñaron con mayor investigación libre que los Estudios de Casos Disciplinarios ya que los segundos se enfocaron en su mayoría (Penal, Laboral, Constitucional y Civil) a las etapas procesales y su normativa, acotando el estudio al ámbito jurídico.

Documentación. Las generalidades de los resultados de la investigación (datos relevantes, fuente, etc.) se documentan en un archivo en formato xls (Excel), en donde además se asientan las conclusiones de cada fase o iteración del estudio del caso. Este archivo es un instrumento de valoración (por parte del profesor) y autovaloración (por parte del estudiante) del proceso de desarrollo de la competencia argumentativa. El papel del profesor es orientar y estimular en la investigación la remisión del estudiante a fuentes cada vez más significativas, confiables, etc. Y, por otra parte, fomentar la capacidad analítica, crítica y propositiva que se refleje en sus conclusiones parciales y finales. Un ejemplo de los campos de la “sábana” de documentación se presenta en la Figura 2, tomado del diseño de ECIJ II de CUSUR; todos los formatos son similares.

Deliberación. Tras las fases de investigación y su correspondiente do-

por ejemplo, un libro o una normativa específica. La investigación abierta es aquella en que no se especifica la lectura o el contenido de la investigación, sino que el estudiante ha de determinar, en lo individual o en algunos casos también en equipo, cuáles son los saberes necesarios y en dónde ha de buscar.

cumentación (fases de “Lectura” del estudio del caso), en todas las iteraciones se abre un proceso de deliberación la cual en los diferentes diseños se da al interior de equipos, con una etapa adicional de sesión en plenaria y/o exposiciones de los equipos frente a grupo. Las fases de deliberación en los diseños se pueden observar en el gráfico del punto 7.

Aprendizaje individual colaborativo. En todas las iteraciones del estudio de caso de los diseños la fase de deliberación se lleva a cabo en equipo o en grupo, sin embargo, las conclusiones se solicitan en todo caso de manera individual. El objetivo es que a través de la pluralidad de información y criterios del grupo o equipo se dé un enriquecimiento de las posturas individuales.

Retos y/o propósitos. Las actividades de aprendizaje no son partes aisladas, sino que están concatenadas, precediendo una a otra hacia objetivos específicos últimos como un propósito (impartir un taller de cultura financiera como en el diseño de ECD Mercantil de Centro Universitario del Norte, por ejemplo, elaborar un modelo de seguimiento de recomendaciones de Cortes Internacionales en el diseño de ECIJ V de CUTONALÁ) o prepararse para un concurso de debate jurídico en com-

Figura 2

"SÁBANA" DE DOCUMENTACIÓN PARA ECIJ II								
	FECHA	DATO RELEVANTE	PALABRA CLAVE	FUENTE	¿QUIÉN BRINDÓ LA FUENTE?	PREGUNTAS	COMENTARIOS	CONCLUSIONES
	(Fecha en la que se toma el dato)	(¿Alcance del dato respecto sobre el evento objeto de estudio)	(Concepto más relevante del caso)	(¿En dónde se encuentra la información)	(¿En qué se refiere la información cuando no se refiere por sí misma)	(¿Reflexiones que al estudiarlo se tienen sobre el dato)	(¿Existe caso que el estudiante haga sus anotaciones complementarias)	(¿Conclusión del caso hacia el momento de debate de la investigación y discusión)
ITERACIÓN 1. FASE DE CASO	1							
	2							
	3							
	4							
	5							
	6							
	7							
	8							
	9							
	10							
ITERACIÓN 2. ADICIÓN, REVISIONES Y AJUSTES	1							
	2							
	3							
	4							
	5							
	6							
	7							
	8							
	9							
	10							
ITERACIÓN 3. ADICIÓN INFORME A DEBATE Y PCEA	1							
	2							
	3							
	4							
	5							
	6							
	7							
	8							
	9							
	10							

Diseño de “sábana” de documentación tomado del documento generado por el equipo CUSUR para ECIJ II.

petencia con los demás grupos y centros universitarios, en la UA ECD Constitucional del equipo CUCSH. Se cuidó en todos los diseños mantener una secuencia hacia al menos un objetivo de producto final integrador (es decir, relacionado con todo el proceso de aprendizaje de la UA) como los señalados anteriormente; por supuesto, durante el proceso se programaron entregas intermedias y/o productos parciales. Una clasificación del tipo de entregables en los diferentes diseños se muestra más adelante en el punto 8.

Multididácticas y multiproductos. Si bien la didáctica eje es el estudio de casos, en el avance a través de las iteraciones se han diseñado distintas actividades, con diferentes didácticas y productos o entregables, centrando la actividad en el estudiante y sus diversas capacidades. Los tipos de actividades distintas al estudio de caso y sus fases se muestran en el punto 10.

Saberes *in crescendo*. Una de las bondades del diseño por iteraciones, es que favorece el aprendizaje *in crescendo*, lo cual permite cada vez mejor argumentación, fundamentación, crítica y propuestas de resolución. Se aborda un tema (el caso) añadiendo al estudio mas información, datos, enfoques y elementos (principalmente normativos) redundando en un ajuste de ideas. Este aprendizaje progresivo se pretende evidenciar con la documentación y las conclusiones en cada iteración.

Planeación y cronograma. El diseño de las actividades, didácticas, entregables y productos orientadas al logro de los objetivos de aprendizaje se realizó construyendo un Cronograma, es decir, un plan de trabajo con fechas y tiempos. La intención del diseño a través de un cronograma es mostrar la viabilidad del diseño y establecer una propuesta y estructura básica que ha de ser flexible en su ejecución, es decir, los profesores podrán comprimir o extender las iteraciones según sea la dinámica de los grupos y sus estudiantes. En el Anexo 2 se presentan fragmentos tomados de los Cronogramas de las UA para ilustrar su organización. A estos Cronogramas de le borrarón los tiempos estimados para no dar lugar a confusión ya que podría interpretarse que se trata de tiempos de duración exigida en una estructura rígida.

Uso de tecnologías de la información y para la comunicación. En el proceso de diseño se motivó a incorporar las tecnologías de la información y la comunicación. Se invitó a diseñar la plataforma tecnológica

para las distintas UA, aunque solo uno de los diseños presentó su propuesta (ECD Mercantil, de CUNORTE). Para todos los diseños se incluyó el uso de archivos digitales para los entregables y la documentación, los formatos multimedia se incluyeron principalmente en los diseños de ECIJ IV de CUCOSTA, ECD Penal de Centro Universitario de los Valles CUVALLES, ECD Laboral de CUCSUR y ECD Mercantil de CUNORTE. Para los diseños con entregable como ensayos o artículos de opinión, se propone el registro sistematizado de las fuentes en los ficheros de Word. Para las fases de investigación se presupone la promoción por parte de los profesores del uso de la biblioteca digital de la Universidad.

Como puede notarse, estas características conceden el protagonismo del aprendizaje al alumno como se señaló en el inciso 3 de los retos y principios generales. Para confirmar la viabilidad de la propuesta los equipos anotaron en sus cronogramas los tiempos estimados; no se trataba de señalar los tiempos que debería llevar cada actividad, ya que los programas son flexibles, sino solo de estimarlos para confirmar que sería viable acorde a los calendarios de la universidad. Esta medición temporal permitió hacer una aproximación al tiempo que al aprendizaje transcurre solo en el estudiante, en lo individual, al que transcurre en deliberación con equipos pequeños o plenarios y lo que transcurre solo en el profesor. En la Figura 3 pueden observarse estas aproximaciones numéricas donde destaca con mayor autonomía del aprendizaje el diseño de ECIJ IV, de CUCOSTA, con un 87% y la mínima, de CUCSH, con un 59% pero con el mayor tiempo para el aprendizaje en equipos (33%).

La segunda fase (transferencia a profesores) se llevó a cabo con talleres dirigidos a los profesores que impartirían la materia. Los primeros dos talleres (ECIJ I y ECIJ II) consistieron en un micro-modelado del diseño como estrategia de aprendizaje, es decir, en dos días los profesores realizaban el ECIJ con micro-actividades a fin de detectar las dudas, inquietudes y sugerencias en los mismos. El tercer y último taller se hizo de los tres primeros diseños simultáneamente (ECIJ I, ECIJ II y ECIJ III) y se cambió el enfoque de la transferencia: se utilizó una metodología alineada a las MAIC incluyendo los procesos iterativos para lograr la comprensión interpretación y aprendizajes suficientes, no solo de las tres unidades, sino de la metodología en general, de manera que, en la medida que se fuera fortaleciendo esta inter-

Figura 3

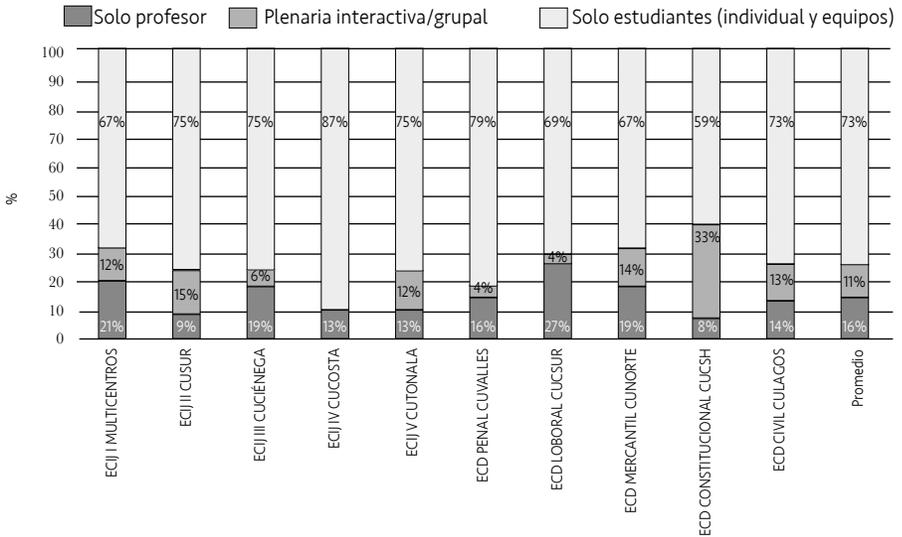


Ilustración tomada de Nieto Caraveo (2020, pág. 239), contenido y gráfico elaborado por la autora.

nalización de la metodología, sirviera para la implementación en aula de cualquier Estudio de Caso, con los ya diseñados o nuevos.

La tercera fase consistió en la implementación en aula: se abrieron espacios en la plataforma *Moodle* para mantener la comunicación con los profesores, aunque se logró documentar muy poco en esta etapa. Seguramente en poco tiempo se contará con documentación relacionada.

Por lo tanto, podríamos decir que son tres etapas de formación del abogado en la Universidad de Guadalajara: la general que se presenta del I al VI ciclo en la que el estudiante se forma con lo mínimos indispensables del abogado, la segunda se da entre VI y el IX ciclo que tiene que ver con la especialización disciplinar, para poder llegar a la tercera etapa en la que se busca, además, incentivar al estudiante en la generación de conocimiento y la vinculación al posgrado y que estará entre el IX y X ciclo.

En las tres etapas, además de los aspectos relevantes e innovadores que presentan, se consideró permitente y necesario hacer uso del estudio de caso con el diseño metodológico de la MAIC como esa herramienta que fortalece el desarrollo de habilidades y competencias de los estudiantes.

En otro sentido, lograr vincular al pregrado con el posgrado se presenta más como un reto complejo desde un punto de vista administrativo por las características propias de la red, pero esto no es objeto de este análisis. Sin embargo, se considera pertinente que se realice dicha vinculación de un nivel académico a otro. Cabe hacer mención que dicha estrategia no debe tomarse como una línea natural de todos los estudiantes que egresen de la licenciatura debido a que se tiene claro que no todos continuarán dentro de la Universidad de Guadalajara y más aún en un posgrado en Derecho, pero sí se deben generar las condiciones para que los interesados puedan continuar su formación y concluir su posgrado.

En 2018 el H. Consejo General Universitario emitió el dictamen 1/2018/162 mediante el cual se aprobó la reestructura del Plan de Estudios del Programa Académico Maestría en Derecho. Dicho plan actualmente tiene vigencia para los Centro Universitarios de Ciencias Sociales, Ciénega, Norte, Costa Sur y Sur. En dicha modificación se incluyen aspectos relevantes que fortalecen la formación del abogado en la Universidad de Guadalajara desde el pregrado y hasta el posgrado, se armonizan las Líneas de Generación de concommitamiento de Cultura de la Legalidad y acceso a la Justicia misma que ya está prevista en el dictamen de la licenciatura; se hicieron cambios a la estructura del plan de estudios tanto en la carga horaria del docente como del alumno, el cambio en la denominación de algunas unidades de aprendizaje e inclusión; se hace una separación entre las líneas de generación con enfoque transversal y las de aplicación, sobre todo con enfoque disciplinar y se fortalece en mayor medida el acompañamiento metodológico que facilita el incremento de la eficiencia terminal.

Tomando en consideración los antecedentes de pregrado y las condiciones que ahora imperan en el posgrado después de la reforma de 2018, se considera que hay condiciones para incursionar y aplicar la MEIC y el estudio de caso en otras variantes metodológicas. Se considera que no es necesario hacer una modificación al plan de estudios para su incorporación, ya que la misma se puede incluir como estrategia de enseñanza aprendizaje en las unidades de aprendizaje o en los bloques que comprenden las áreas de formación, todo dependiendo del énfasis que se quiera dar, la estrategia a desarrollar para mejorar el proceso de enseñanza aprendizaje o el fortalecimiento de la investigación como el desarrollo de habilidades y competencias profesionales de los estudiantes

del posgrado. Por ejemplo, si se aplica en las áreas de formación para la investigación, se debe reflejar en las materias Metodología Cualitativa y Cuantitativa en la Ciencias Sociales y Jurídicas, Desarrollo de Proyectos de Investigación Jurídica I II y III.

Pertinencia de la aplicación en el posgrado en Derecho de la MEIC con todos sus componentes metodológicos

No es difícil imaginar la complejidad de este gran proceso, ya que implicó cambios significativos en los paradigmas de la educación que solemos llamar “tradicional” en las formas de trabajo en el aula, tanto para estudiantes como profesores. No es una metodología de la que se pueda decir que es fácil (tampoco lo es su objetivo) sino que requiere, tal y como se expone en los principios, de iteratividad, conclusiones, evaluaciones y nuevas implementaciones sin abandonar los objetivos y sin perder de vista las ventajas de la metodología en este contexto que reta a las instituciones educativas a una educación más comprometida con la transformación y un desarrollo sostenible, al desarrollo de un pensamiento crítico y complejo.

Sin embargo, y después de valorar todo lo sucedido en pregrado, se visualiza la pertinencia de su aplicación en el Posgrado con algunos cambios que no modifican la metodología, de la cual se sugiere adoptar todos los principios, métodos derivados y bases que cada característica incorpore. Los cambios para esta propuesta se relacionan más bien con los contenidos y con las etapas de implementación, sus variantes, así como otras sugerencias en el enfoque de algunos principios o bases, de tal manera que respondan a la necesidad de mayor flexibilidad en su ejecución.

Se Incluye la pertinencia de que docentes y estudiantes utilicen como herramienta la sabana de registro, misma que se considera como indispensable para ver reflejados los resultados de la aplicación de la metodología. La experiencia de diversos profesores que ya han impartido estas unidades de aprendizaje ha dado luz sobre lo que ya se ha internalizado y lo que ha complejizado el proceso.

Dominio de la metodología como estructura

El alcance del proyecto en pregrado hizo necesario que se hiciera la transferencia a los profesores que impartirían la unidad de dos conjuntos de saberes: por una parte, lo relacionado con el diseño en sí de la unidad de

aprendizaje (cronograma, actividades, rúbricas sugeridas, caso, etc.), que es lo que elaboró cada equipo, y por otra, lo relacionado con la metodología. Es decir, se transfirieron tanto contenidos como forma, cada uno con su nivel de dificultad. En esta propuesta para posgrado se sugiere que solo se transfiera a través de talleres formativos la metodología, de tal modo que sea cada profesor quien la diseñe e imparta. Esto elimina un paso en la transferencia, lo cual permite el programa de posgrado sin dificultad y empodera al docente en la implementación. Son los profesores que participaron en el diseño, la transferencia y la implementación en aula quienes suelen expresar más autoridad docente en la metodología, por supuesto. Esto no habría funcionado en pregrado por el alcance del proyecto y del programa, sino que tal empoderamiento sería dado a una cantidad significativa de profesores paulatinamente acorde a las iteraciones de la implementación con una expectativa de completar todo el gran proceso en unos cinco años. Por supuesto, alineados a los principios de las MAICS, este proceso de transferencia se daría a la vez que se elaboran los diseños por parte de cada profesor participante.

Flexibilidad en los casos a abordar

Como se ha señalado en la primera parte, el programa de Abogado fue modificado y, como una iniciativa innovadora, introdujo el Estudio de Caso como asignatura, lo cual compromete a elevar el nivel de complejidad y de eficiencia de esta práctica.

Con este nuevo programa, la universidad consideró diseñar las once unidades con esta metodología, *incluyendo el caso*, para contar con una base suficiente que respaldara el programa. Por supuesto, la intención no fue avanzar solo con esos once casos y once diseños, sino solo como una primera generación de casos y de diseños. Para posgrado, la propuesta es que los profesores puedan elegir los casos de estudio, ya sea que se elijan de un banco de casos, de un caso detonante elaborado por el propio profesor, e inclusive por un caso que se construya a la vez que se realiza su estudio.

Apertura a nuevas variables

La MEIC, si bien se distingue como un conjunto de elementos identificables por sí mismos, fue diseñada para ponerse en práctica *sintéticamente*

(todo a la vez convertida en algo distinto a solo sus partes), como las demás metodologías derivada del modelo MEIC. Por la naturaleza del proyecto en pregrado, cada diseño de unidad de aprendizaje permitía flexibilidad al compactar o extender cualquiera de las iteraciones, pero, a la vez, el tenerlo totalmente estructurado, tiene poco margen natural para insertar nuevas variables o combinarla con otras didácticas, técnicas, metodologías o tareas ya en un nivel superior. Ya que se propone una implementación de la metodología flexible, en donde el docente sea quien diseña e implementa en aula, donde tiene un amplio margen para insertar otras variables que en un diseño predefinido no podría. La MEIC, como metodología que sintetiza varios principios, tiene como premisa que deben estar todos presentes, mas no es limitativa: cumpliéndose los distintos principios y bases, puede fácilmente concatenarse a otras didácticas, tareas, prácticas u objetivos diversos; la creatividad, experiencia e iniciativa del profesor quedaría evidenciada aún mas en este proceso.

Enfoque más en el producto del estudio que en la revisión de contenidos

En las características del MEIC antes señaladas figuran *b) Detonación de saberes necesarios* e *i) Retos y/o propósitos*. Estas dos combinan las formas principales de practicar el Estudio de Caso en el ámbito académico: para aprender o comprender contenidos teóricos (principios, leyes, tesis, marcos teóricos, etc.) por una parte, y para generar conocimiento teniendo como interés focal el caso, es decir, la realidad o sistema acotado que se estudia. Lo que les distingue es el foco de atención, aunque en la práctica es similar. En la MEIC, ambos propósitos convergen. Sin embargo, tanto en el proceso de diseño como de implementación, profesores y estudiantes aparentemente enfatizaron la primera forma: el aprendizaje de contenidos, de tal forma que el caso y el reto de aportar al mismo, perdió peso. La propuesta para posgrado es que intencionalmente se de un peso mayor al reto o propósito, al producto final como aportación social.

Incorporación de encuadres ambiciosos en las iteraciones

En el texto de los Objetivos del Desarrollo Sostenible, se presentan como datos destacables del objetivo 16, la siguiente información (Naciones Unidas, S/F):

- Entre las instituciones más afectadas por la corrupción se encuentran el poder judicial y la policía.
- La corrupción, el soborno, el robo y la evasión impositiva cuestan alrededor de US \$ 1,26 billones para los países en desarrollo por año; esta cantidad de dinero podría usarse para ayudar a aquellos que viven con menos de \$ 1.25 al día por encima de \$ 1.25 durante al menos seis años.
- Se ha registrado el nacimiento del 73% de los niños menores de 5 años, pero solo el 46% del África subsahariana ha registrado su nacimiento.
- Aproximadamente 28.5 millones de niños en edad escolar primaria que no asisten a la escuela viven en áreas afectadas por conflictos.
- El estado de derecho y el desarrollo tienen una interrelación significativa y se refuerzan mutuamente, por lo que es esencial para el desarrollo sostenible a nivel nacional e internacional.
- La proporción de presos detenidos sin sentencia se ha mantenido casi constante en la última década, en el 31% de todos los presos.

Algunas de las metas 2030 de este objetivo que comprometen la formación en el Derecho son (Naciones Unidas, S/F):

16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos

16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas

16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales

16.a Fortalecer las instituciones nacionales pertinentes, incluso mediante la cooperación internacional, para crear a todos los niveles, particularmente en los países en desarrollo, la capacidad de prevenir la violencia y combatir el terrorismo y la delincuencia

16.b Promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible.

Es un compromiso ético para los profesionales del derecho reconocer este compromiso internacional, no solo desde el litigio, sino desde la intervención y participación en las iniciativas, los fundamentos, los motivos y todo aquello que da lugar a las leyes y su gestión.

Los encuadres que separan cada iteración en un programa diseñado con la MEIC son áreas de estudio, marcos teóricos, enfoques o posturas a partir de las cuales se inicia nuevamente un estudio del caso. Por ejemplo, el ECIJ I tiene como uno de sus encuadres para la investigación de la primera iteración, la identificación de actores diversos en el caso y su incidencia en el mismo. Los encuadres pueden ser solo de materia jurídica o multidisciplinarios según de los objetivos. En ECIJ I y demás Estudios de Instituciones Jurídicas se resolvió incluir la multidisciplinaria como encuadre inexorable dada la pretensión, entre otras, de que el abogado desarrolle su capacidad de pensamiento complejo al integrar los contextos que rodean los casos jurídicos. Para el programa de posgrado, se proponen enfoques ambiciosos que apoyen también el posicionamiento internacional y que implica mayor capacidad para el estudio comparado, el análisis de casos jurídicos desde órdenes y tratados internacionales y también con el compromiso que todo profesional y profesionista tiene con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), particularmente para la obligación profesional y ética de abonar al avance y cumplimiento de los objetivos 4. *Educación de Calidad*, y 16. *Paz, Justicia e Instituciones Sólidas* (Naciones Unidas, S/F).

Atención a la documentación (“sábana”)

La documentación responde a varios objetivos: a) servir como fichero bibliográfico, producto fundamental para gestionar la investigación actual y posteriores así como respaldar la publicación, b) como instrumento de registro del proceso para valorar avances –esto es posible por la singularidad de la documentación en la MEIC agrupada por iteración y porque en cada iteración se presentan conclusiones preliminares–, c) como instrumento de autoevaluación, co-evaluación y evaluación del docente sobre el proceso y desarrollo de competencia donde es imperativo tener una instrumento que muestre resultados progresivos de procesos similares para advertir un aprendizaje sobre el aprendizaje (metaconocimiento) y d) como instrumento de apoyo para dirigir los esfuerzos del aprendizaje a través de observaciones y sugerencias según sean los avances, o falta de ellos, observados.

La MEIC tiene un enfoque claro en los procesos, más que en el resultado (sin excluirlo). La evaluación por productos o resultados es opcional. Cuando se evalúa un producto por un resultado esperado, un estudiante

podría obtener el mas alto reconocimiento por haber “cumplido la meta” mientras que la MEIC promueve que, sea cual sea el resultado, aún cuando cumpliera todos los criterios de una rúbrica, lo que sigue debe significar un avance. Para esta propuesta se sugiere incorporar en la formación un apartado especialmente para la comprensión y uso de la “sábana” y así sirva entonces para los diferentes propósitos.

Certificación en la metodología

En esta propuesta se sugiere que el proceso de certificación en la metodología que no se alcanzó en pregrado se retome en posgrado para que en lo posterior sea el mismo centro quien forme en la metodología. Por supuesto esta sola propuesta general exige un diseño claro, bien estructurado y fundamentado. Queda por ahora como la puerta que se dejaría abierta para continuar creciendo al adoptarse esta metodología.

Las áreas de formación en posgrado y la MEIC

Las áreas de formación que suele tener un posgrado en Derecho son: a) las básicas comunes obligatorias, b) particulares obligatorios, c) especializantes selectivas, d) especializantes obligatorias y e) optativas abiertas, respecto a las cuales se puede aplicar una variante en la implementación de la MEIC.

En las básicas comunes se sugiere un proceso similar al de pregrado en que las asignaturas o unidades son diseñadas desde la MEIC dando un añadido a la materia.

En las particulares obligatorias se sugiere mantener un foco en el estudio de caso como método de investigación que permita al maestrante garantizar que en el diseño y construcción de su proyecto de investigación (o tesis) haya plena vinculación teoría-práctica de los contenidos de las diferentes unidades y su objeto de estudio de tal forma que su aportación responda a todos los criterios de calidad académica y cumpla también con la responsabilidad de un investigador de aportar soluciones para transformar la realidad.

En las especializantes selectivas, la propuesta consiste en un enriquecimiento del aprendizaje aplicando los principios de la metodología en un diseño elaborado específicamente para la especialización. Otra posibilidad es introducir como objeto de la especialización la propia metodología con

un claro énfasis en la formación docente que puede redundar en una certificación para el docente.

En las optativas abiertas se visualiza la MEIC como un conjunto de herramientas, entre otras, que sirva al análisis y a la planeación estratégica de resolución de casos jurídicos.

El paso siguiente corresponde a cada institución y programa de posgrado: identificar esta pertinencia en sus mallas curriculares para diseñar el proyecto de implementación que responda a sus objetivos, expectativas, compromisos y ambiciones educativas.

Objetivo de la publicación

Que el documento es el resultado del trabajo de estudio del desarrollo, planeación y ejecución de una materia y se pretende que con la publicación del artículo el material se convierta en un elemento enriquecedor tanto para los estudiantes como de los docentes, debido a que presenta las etapas de cada fase, las cuales pueden ser base de nuevos proyectos pedagógicos en materia jurídica.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencia bibliográfica

- Farías Martínez, G. M. (S/F). *El método del caso como técnica didáctica de formación integral en el curso de Auditoría II*. Obtenido de ITESM: <https://www.mty.itesm.mx/rectoria/dda/riee/pdf-II/s3/02DAFGabyFariasFinal.pdf>
- Garvin, D. (2003). Making the Case. *Harvard Magazine*.
- Harrison, H., Birks, M., Franklin, R., & Mills, J. (2017). Case Study Research: Foundations and Methodological Orientations. *Forum: Qualitative Social Research*.
- Harvard Law School. (S/F). *The Case Study Teaching Method*. Obtenido de Harvard Law School: <https://casestudies.law.harvard.edu/the-case-study-teaching-method/>
- INEGI. (12 de julio de 2016). *Estadísticas a propósito del día del abogado*. Obtenido de INEGI: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2016/abogado2016_0.pdf
- Maldonado Avalos, M. M. (S/F). *El método de casos, estrategia didáctica en la materia de planeación de los productos y mercados turísticos*. Obtenido de Instituto Politécnico Nacional: <https://www.repositoriodigital.ipn.mx/bitstream/123456789/2714/1/A10.pdf>

- Naciones Unidas. (S/F). *Objetivos de Desarrollo Sostenible*. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es>
- Nieto Caraveo, M. E. (2020). El Modelo MAICS para el diseño de programas educativos. En C. (. Sanchez Ovcharov, *Nuevas dimensiones de la educación. Gamificación, TIC y e-learning* (págs. 231-252). Madrid: GKA Ediciones.
- Rosas, P., & Mendoza, P. (. (2017). *Estudio de Caso de Instituciones Jurídicas I. El Estado como Institución Jurídica*. Guadalajara, Jalisco: Conecta Editores.
- Secretaría de Educación Pública. (S/F). *Enfoque centrado en el aprendizaje*. Recuperado el 14 de noviembre de 2017, de Dirección General de Educación Superior para los Profesionales de la Educación: http://www.dgespe.sep.gob.mx/reforma_curricular/planes/lepri/plan_de_estudios/enfoque_centrado_aprendizaje
- Stake, R. (1999). *Investigación con estudio de casos*. Madrid: Morata S.L.
- Tecnológico de Monterrey. (2020). *Centro Internacional de Casos*. Obtenido de Centro Internacional de Casos: <https://cic.tec.mx/cic/>
- Universidad Autónoma de Baja California. (16 de enero de 2017). *Programa de Unidad de Aprendizaje Metodología de Investigación*. Obtenido de Universidad Autónoma de Baja California: https://ciencias.ens.uabc.mx/documentos/nuevas_puas/bio/6.%20PUA%20Metodologia%20de%20la%20Investigacion.pdf
- Universidad Autónoma de Guadalajara. (2017). *Plan de Estudio de Derecho*. Obtenido de Universidad Autónoma de Guadalajara: <http://www.uag.mx/Universidad/PlanEstudios/Derecho>
- Universidad Autónoma de San Luis Potosí. (29 de agosto de 2019). *Programa Educativo Licenciatura en Derecho*. Obtenido de Universidad Autónoma de San Luis Potosí: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Licenciatura/Licenciado%20en%20Derecho/DER-LDER%20Propuesta%20curricular-%20Reestructuraci%3%b3n2019%20V2F.pdf>
- Universidad de Guadalajara. (14 de noviembre de 2016). *Dictamen de reestructuración del Plan de Estudios de Abogado*. Obtenido de Universidad de Guadalajara: http://pregrado.udg.mx/sites/default/files/planesEstudio/plan_25_dictamen_reestructuracion_plan_de_estudios_de_abogado_2017-b_compressed.pdf
- Universidad de Guadalajara. (28 de octubre de 2016). *Reestructura UdeG plan de estudios de Abogado*. Obtenido de Universidad de Guadalajara: <http://www.udg.mx/es/noticia/reestructura-udeg-plan-de-estudios-de-abogado>
- Universidad de Guanajuato. (2020). *Plan Curricular de Derecho*. Obtenido de Universidad de Guanajuato: http://www.ddpg.ugto.mx/images/stories/oferta_academica/plan-curricularderecho.pdf
- Universidad Nacional Autónoma de México. (S/F). *Guía para la obtención del grado de especialista*. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: http://posgrado.fca.unam.mx/docs/grados_academicos/grado_especialista/caso_practico/GuiaEspCa-sopractico_v3.pdf
- Universidad Nacional Autónoma de México. (26 de septiembre de 2019). *Programa de Posgrado en derecho*. Obtenido de UNAM Posgrado: http://derecho.posgrado.unam.mx/convocatorias/instructivo_maestder_2021-1.pdf
- Yin, R. (2017). *Case study research: Design and methods (2nd ed.)*. Beverly Hills: Sage Publishing.



Proactividad legislativa del presidente de la república de Colombia

Ema Yuselsy Molina Roys¹
Martha María Charris Balcázar²

RESUMEN. Este artículo es un avance de la investigación “sobre la proactividad legislativa del presidente de la República de Colombia de Colombia”. Afirma Sharp (2011), que la aceptación del régimen, del sometimiento y obediencia de la población al mismo y de la cooperación que le brindan innumerables personas y muchas de las instituciones de la sociedad, en el mismo sentido Shugart (1997), define que el poder proactivo del presidente para adoptar las medidas que pretendan hacer frente a los efectos del incuseo intempestivo e imprevisible. Las líneas teóricas seguidas son a Sharp (2011), Shugart (1997). La investigación es documental Hernández, Fernández, y Baptista (2016) el diseño es descriptivo – deductivo Arias (2012) y Sierra (2008) la técnica de interpretación es la hermenéutica, la de recolección: la observación documental y el fichaje, utilizando como plan una guía estructurada para finalmente establecer análisis e interpretación de ésta. Finalmente se concluye que la actitud anticipatoria, el denuedo en las decisiones tomadas por el máximo dirigente de nuestro país están a la vanguardia de las exigencias de la revolución 4.0, la coyuntura nacional y global, en el mismo sentido

1 Magíster en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo, Abogada. Docente de la Universidad Popular del Cesar (UPC) y Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad de Santander- Valledupar, Colombia. Celular +57 3017543132. emamolinaroys26@gmail.com

2 Magíster en Gerencia de Empresas. Abogada, Administradora Pública, Colombia. Directora Centro de Investigaciones Socio jurídicas y Derecho (CEDISJ). marthacharrisacademico@hotmail.com

se respetan las disposiciones constitucionales, los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional, y las leyes estatutarias correspondientes.

Palabras Claves: Estado de excepción, Legislación, aislamiento preventivo

ABSTRACT. This article is an advance of the investigation “on the legislative proactivity of the President of the Republic of Colombia”. Sharp (2011) affirms that the acceptance of the regime, of the submission and obedience of the population to it and of the cooperation offered by innumerable people and many of the institutions of society, in the same sense, Shugart (1997), defines that the proactive power of the president to adopt the measures that are intended to face the effects of the untimely and unpredictable incuse. The theoretical lines followed are to Sharp (2011), Shugart (1997). The research is documentary Hernández, Fernández, and Baptista (2016) the design is descriptive - deductive Arias (2012) and Sierra (2008) the technique of interpretation is hermeneutics, that of collection: documentary observation and signing, using as a plan a structured guide to finally establish analysis and interpretation of it. Conclusions: It was determined that the anticipatory attitude, the boldness in the decisions made by the highest leader of our country are at the forefront of the demands of the 4.0 revolution, the national and global situation, in the same sense the constitutional provisions are respected, international treaties or conventions on human rights incorporated into the national legal system, and the corresponding statutory laws.

Key Words: State of emergency, Legislation, preventive isolation

Introducción

El poder es el dinamismo que mueve a la humanidad, no importa la esfera en la que el hombre se desenvuelva, es la energía que perpetúa el statu quo o que promueve la renovación en la dinámica social. Pasamos de dictaduras recalcitrantes, cargadas de subjetividad, en donde se superpone el ego de quien la encarna al margen de los derechos y libertades del sujeto, con una amplia red de apoyo policiaco y militar; su mantenimiento está intrínsecamente ligado a la “aceptación del régimen, del sometimiento y obediencia de la población al mismo y de la cooperación que le brindan innumerables personas y muchas de las instituciones de la sociedad” (Sharp, 2011, pág. 19) dejando de lado las necesidades del pueblo. Es precisamente esta insatisfacción y la necesidad de regularización bajo parámetros normativos estándar lo que suscita los movimientos revolucionarios que demarcan el surgimiento de constituciones escritas, la tridivisión del poder público y

que los aventuraran más en la búsqueda de un régimen que les permitiera la participación real y efectiva en las decisiones políticas que edifican el gobierno y sobre las cuales se pretende la reconstrucción del tejido social.

Así, Colombia en 1991 da un salto del Estado meramente legalista, exegético, avasallador, en el que la autoridad detentada no era tanto el resultado del ejercicio consciente del individuo, en su aceptación, sino de la obediencia en línea de temor a la represión y al sometimiento idílico por la inexistencia de garantías constitucionales y legales; a un Estado social de derecho, democrático, participativo, fundado en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general tal como lo establece la Constitución política de Colombia, de ahora en adelante (CPC) de 1991 en su artículo primero y, en ese marco cimienta todo su andamiaje jurídico a fin de lograr todos los cometidos estatales:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (CPC, 1991).

Es por ello que, en medio de la crisis mundial generada por la Covid19, el presidente de la República de Colombia, para conjurar y mitigar los efectos socioeconómicos del mismo, se vio abocado a hacer uso de los super poderes que otorga la Carta Fundamental a través de la declaratoria de los estados de excepción, siendo pertinente activar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. Este hecho sin precedentes, nos plantea entre muchos interrogantes, el siguiente: ¿Cómo la regulación de los estados de excepción de la Carta del 91 garantiza el funcionamiento de los órganos del poder público y los derechos fundamentales en el marco de la Pandemia Covid19? La propuesta de este trabajo (avance de investigación) radica establecer la proactividad legislativa de los estados de excepción en la república de Colombia para el caso del año 2020 y la garantía de los derechos fundamentales a través de los órganos del poder público.

Metodología

Esta investigación se realizó dentro del paradigma positivista con un enfoque cualitativo. El tipo de investigación es documental, este tipo de investigación de acuerdo con Hernández, R; Fernández, C. y Baptista, P. (2016) plantea que la investigación documental tiene como propósito la revisión de fuentes documentales, recolectando, evaluando, verificando y sintetizando evidencias de lo que se investiga; con el fin de establecer conclusiones relacionadas con los objetivos de la investigación. El diseño de investigación usado es descriptivo – deductivo, respecto a lo primero Arias (2012) lo define como la caracterización de un hecho o fenómeno intentando establecer su estructura o comportamiento. En cuanto a lo deductivo para Sierra (2008) es un proceso que parte de un conocimiento general y arriba a uno particular, permite pasar de afirmaciones de carácter general a hechos particulares. La técnica de interpretación utilizada es la hermenéutica, la cual es fundamental para los trabajos documentales y permite realizar la interpretación de la información obtenida. En cuanto a la técnica de recolección de datos e información fue la observación documental y el fichaje ya que se requiere de un proceso de búsqueda y selección de temas, datos e informaciones que parten de documentos, utilizando como estrategia o plan una guía estructurada que permita en su momento la búsqueda y selección de información para luego establecer un análisis e interpretación de ésta. Hernández, R; Fernández, C. y Baptista, P. (2016)

En cuanto a la Técnica de Análisis e interpretación de los datos, siguiendo a Hurtado (2008, p. 506), el análisis de contenido es una técnica que permite realizar una descripción objetiva, sistemática, y cuantitativa del contenido manifiesto de comunicaciones de las cuales se pretende tener una interpretación.

Estado de excepción

La Constitución Política de Colombia establece tres estados de excepción: Guerra exterior, conmoción interna y emergencia. La intención del mandato constitucional es el de establecer las circunstancias de cada uno, determinando una respuesta jurídica, no obstante, su naturaleza, requisitos y estructura señalan de manera limitada de presentarse cada una de ellas. Es pertinente en principio precisar que la declaración de estado de excepción confiere al ejecutivo en cabeza del Presidente de la República de

Colombia y en compañía de su gabinete ministerial, facultades que son otorgados a través de la ley 137 de 1994 en su artículo 2 establece que “sólo podrán ser utilizadas cuando circunstancias extraordinarias hagan imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios del Estado y, en consecuencia constituye una delegación constitucional” (Congreso de la República, 1994).

El precepto constitucional establece que el Presidente de la República de Colombia y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción, si se presentan las circunstancias previstas en la Constitución Política, es decir, que sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, serán responsables, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades, ahora bien, sean entendidos estos como hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública. Señala Cifuentes (2002), “la determinación de los supuestos de hecho configuradores de los estados de excepción por parte del presidente, no refleja ningún poder discrecional”. Los hechos que integran las causales de los estados de excepción se formulan en la Constitución mediante fórmulas o conceptos jurídicos indeterminados – grave perturbación del orden público, amenaza a la estabilidad institucional, grave daño a la convivencia ciudadana etc. -, aunque determinables.

Bajo esa premisa, es menester reconocer al Presidente de la república un margen necesario –La Corte lo califica de “discreto”– de apreciación e interpretación de la realidad subyacente, pese a que no puede “ignorar la existencia real de los hechos que dan base a sus calificaciones, ni sustraerse a un escrutinio lógico y racional del nexo de probabilidad que pueda enlazarse a sus manifestaciones y previsiones, así como de la misma congruencia de su argumentación a la luz de las circunstancias cuya existencia se proclama”, precisa Cifuentes (2002). Por lo anterior, el juicio del presidente de la república es de naturaleza cognoscitiva e interpretativa, por no estar expresado a la oportunidad o conveniencia, por lo que a contrario sensu a la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el presupuesto objetivo de los estados de excepción. Shugart (1997), define que el poder proactivo del presidente para adoptar las medidas que pretenden hacer frente a los efectos del incuseso intempestivo e imprevisible, es así como en la ley 137 de 1994 determina que están sujetas a:

La legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración”, y tampoco podrá “suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, ni “interrumpir el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado ni “suprimir ni modificar los organismos ni las funciones básicas de acusación y juzgamiento

Ahora bien, dentro de las acciones críticas de preparación, alistamiento y respuesta para Covid-19 a su propagación comunitaria, con fundamento en el documento de la Organización Mundial de la Salud(OMS) (2020), Medidas no farmacéuticas de salud pública para mitigar el riesgo y el impacto de la influenza epidémica y pandémica, se recomienda a los gobiernos de todos los países el distanciamiento social, definido como una medida de salud pública “aplicada a entornos sociales específicos o a la sociedad en su totalidad, para reducir el riesgo de adquirir o difundir Covid-19”. En acatamiento de la misma, el Gobierno Nacional a través de la expedición del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días, y mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 determinó como medida de orden público el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, con excepción de aquellos servidores públicos y contratistas cuyas actividades sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del coronavirus y para garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado. Viéndose en la necesidad de prorrogarlo con la expedición de los Decretos 531 del 08 de abril y 749 del 28 de mayo de 2020 respectivamente.

El aislamiento preventivo obligatorio saca a relucir una fuerte dificultad para el funcionamiento normal del Congreso de la República, puesto que, en la ley orgánica 5 de 1992 que regula su organización y funcionamiento no se contempló la realización de la actividad legislativa por medios distintos al presencial. Siendo la utilización de tecnologías de la información, la comunicación y de medios electrónicos, el instrumento obligado para el eficiente ejercicio democrático de representación popular para el cual se erigió y poner en marcha el control político, tal como fue señalado por la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-802 de 2002 en el que se “emprende el debate público sobre las razones políticas de oportunidad que subyacen a la declaratoria del estado

de excepción y a las facultades ejercidas con base en ella” durante la pandemia.

No cabe duda que la proactividad legislativa que asiste en estos menesteres al ejecutivo guardando los criterios de conveniencia y oportunidad le legitima para restablecer el trabajo natural del parlamento en el que descansa la soberanía popular y que se materializa en el Decreto 491 de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Al disponer en el artículo 12 que los órganos colegiados de las ramas del poder público, entre los que se cuenta el Congreso de la República, podrán realizar sesiones no presenciales cuando por cualquier medio sus miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado.

Así mismo, que las convocatorias y decisiones deberán realizarse de conformidad con los respectivos reglamentos y garantizar el acceso a la información y documentación requeridas para la deliberación. En lo que respecta a las decisiones, estas deberán adoptarse conforme a las reglas de decisión previstas en los respectivos reglamentos, de todo lo cual deberá quedar constancia en las actas correspondientes a dichas sesiones, cuya custodia estará a cargo de sus secretarios.

Discusión

Nótese que mediante un decreto legislativo se modifica la forma en que se realizarán las sesiones deliberativas y decisorias del Congreso de la República. La actividad legislativa, se encuentra mayormente regulada y limitada mediante una ley orgánica, este tipo de leyes puede diferenciarse de los otros tipos de leyes “por tres razones, señaladas por la Corte Constitucional en Sentencia C-494 de 2015 a saber: i) el Constituyente dispuso una clasificación específica; ii) exigen la mayoría absoluta para su aprobación y; iii) tienen un objeto consistente en establecer las reglas a las cuales estará sujeta la actividad legislativa. En atención a la función ordenadora de la voluntad legislativa y a las condiciones especiales para su aprobación, las

leyes orgánicas ocupan una especial posición en el sistema de fuentes”; que permite calificarlas como supralegales o más precisamente, como normas supra-ordinarias, sin que esto implique que tengan el mismo rango de las disposiciones constitucionales, de acuerdo a lo establecido en la sentencia C-231 de 2017, esta especial posición obliga que la modificación o sustitución válida de una ley orgánica deba realizarse por disposiciones normativas de igual o superior rango.

De acuerdo a lo conceptualizado por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Los Decretos Legislativos, los Decretos - Leyes o Extraordinarios, los Decretos Constitucionales y los Decretos de Planificación, constituyen actos administrativos de naturaleza legislativa, es decir, que gozan de fuerza igual a la de las leyes, mientras que los Decretos Especiales, los Reglamentarios y los Ejecutivos, constituyen actos de naturaleza administrativa, (Sentencia, 2019). En ese sentido, el Gobierno Nacional con la adopción de medidas con fuerza de ley busca conjurar la crisis e impedir extender los efectos (Sentencia 1158 de 2020), trayendo alternativas que permitan la estabilidad de las instituciones estatales al garantizar al Congreso de la República la continuidad en el ejercicio de sus funciones y la protección del principio democrático sin poner en peligro o riesgo inminente su vida, precisamente porque gozan de la misma fuerza jurídica vinculante de una ley.

Si el referido decreto legislativo expedido en el marco del estado de emergencia económica, social o ecológica, puede derogar, adicionar o modificar las leyes que sea pertinentes de acuerdo a lo decidido por el Consejo de Estado a través de su sala de lo Contencioso Administrativo- Sección cuarta según Sentencia No.1158 del 2020, sin que se hagan distinciones en la ley 137 de 1994 ni en el texto constitucional -como si sucede con los decretos leyes expedidos con ocasión del numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Nacional - sobre qué tipo de leyes, podría inferirse entonces que, es totalmente válida la intromisión del ejecutivo con una disposición que habilite el mecanismo de sesiones virtuales para el ejercicio efectivo e ininterrumpido de la actividad legislativa, que no deroga la Ley 5ta del 92 sino que la adiciona con el único objetivo que los pilares democráticos sobre los que se levanta el Estado colombiano se conserven. Además, por ser esta una materia cuya iniciativa corresponde al legislativo y no al ejecutivo, el Congreso tiene la facultad para derogarlo, modificarlo

o adicionarlo en todo tiempo, conforme lo establece el Artículo 215 Constitución Nacional.

La habilitación de sesiones virtuales es una maniobra necesaria debido a que no existe en la Constitución ni en la Ley 5 del 1992 una disposición expresa que permita la realización de los procesos deliberativos y decisorios de una manera distinta a la presencial, hecho que el presidente del Congreso aceptó públicamente, al expresar la preocupación de llevar a cabo el quehacer legislativo virtualmente sin tener la certeza de no estar actuando de forma inválida por la precitada inexistencia normativa que lo respaldara. Pese a que, desde la expedición de la medida habilitante, las sesiones virtuales se ejecutaron exitosamente con la rigurosidad requerida, la Corte Constitucional, el 09 de julio de 2020 mediante un comunicado oficial en el Boletín 115, Noticias Corte Constitucional colombiana (aún no está disponible para el público la sentencia) que explicó que declaró inconstitucional el artículo 12 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo del presente año, que habilitaba la realización de sesiones no presenciales para que los miembros de órganos, corporaciones, salas, juntas o concejos colegiados de todas las ramas del poder público en todos los órdenes territoriales, pudieran deliberar y decidir, aduciendo que de esa forma garantizaba “la plena autonomía del Congreso de la República para determinar, conforme a su Reglamento y la Constitución Política, el ejercicio de sus competencias constitucionales como cabeza de uno de los órganos de poder público en la Democracia” (Corte Constitucional, 2020)

Para la Corporación, la habilitación era innecesaria por cuanto el debido proceso para la deliberación y decisión de las corporaciones y autoridades que integran las distintas ramas del poder público se encuentra en los reglamentos, la ley y la Constitución; los cuales pueden ser modificados siguiendo parámetros constitucionales. También resulta innecesaria la intervención de otro órgano del poder público que intervengan en términos de habilitación, porque se estaría interfiriendo en la esfera de la autonomía e independencia del órgano legislativo. En últimas, coadyuvando nuestra posición, los 4 magistrados que salvaron su voto fueron: Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero, Antonio José Lizarazo y Gloria Stella Ortiz, por no estar de acuerdo con esa decisión, de los 9 que integran la Corporación por estar en contra de la decisión del máximo tribunal constitucional, son del criterio que:

i.- El artículo declarado inexecutable no desconoce contenido alguno de la Constitución Política”; ii.- “la norma sí era compatible con la separación de poderes y, en particular, con la autonomía del Congreso”; y iii.- “si era necesaria la expedición de una norma de rango legal que, de manera cierta y concreta, dispusiera el fundamento jurídico de la celebración temporal y transitoria de sesiones no presenciales (El Tiempo, 2020).

En estas circunstancias, al parecer será la Corte Constitucional con la declaración de inexecutable de la norma que pinta la estrategia de acción proactiva presidencial, la que pone en jaque al Congreso de la República al quitársele la herramienta que removía los obstáculos para realizar sus deliberaciones y decisiones. En lugar de actuar armónica y colaborativamente las tres ramas del poder público, la Corte Constitucional le da un espaldarazo protegiendo una autonomía que no se advierte en modo alguno estar siendo usurpada. En segundo lugar, para preservar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y asegurar la vigencia de un orden justo, en este período de confinamiento social se hacía indispensable enrutar la actividad judicial para lograr la continuidad en la prestación eficiente de este servicio público; debido a que pese a la existencia previa de un marco normativo conformado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social sobre “Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia CONPES 3620 de 2009 y la Ley 527 de 2009 del cual emerge el Gobierno Electrónico entendido como: “El uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) por parte de las agencias gubernamentales que tienen la habilidad de transformar las relaciones entre los ciudadanos, los negocios y otros brazos del gobierno (Banco Mundial, 2020), que indubitadamente tiene sus manifestaciones con las innovaciones acotadas por la Ley 1437 de 2011, destacándose las actuaciones judiciales electrónicas, expedientes electrónicos, notificaciones electrónicas a usuarios y demandados con plena validez procesal, validez probatoria de la publicaciones realizadas en el sitio web, creación de sitio Web oficial para Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Arts. 162, 186,197,166,199 de Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Y, en el Código General del Proceso, en el Art. 103. Sobre el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (Ley 1564 de 2012) al disponer que en las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de

las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia, así como ampliar su cobertura y autorizar la realización de las actuaciones judiciales a través de mensajes de datos; no obstante, en el país no se había implementado la utilización de medios tecnológicos de forma masiva y tampoco se contaba con las plataformas digitales y los canales de comunicación que facilitarían el tráfico procesal por redes.

Conclusiones

En cumplimiento del mandato constitucional para optimizar los recursos en el sistema judicial, garantizar el derecho a los usuarios de la justicia y de los servidores judiciales, y las posibilidades de alcanzar la justicia material, el ejecutivo reacciona ante el exacerbo de la congestión judicial por la extensa suspensión de términos en paralelo con las medidas de aislamiento, el incremento de litigiosidad en todas las áreas del derecho, expidiendo el Decreto 806 de 2020 para adoptar medidas en pro del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral y familia; la jurisdicción de lo contencioso administrativo; la jurisdicción constitucional y disciplinaria; así como, ante las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales; y en los procesos arbitrales.

Estas acciones sirven para flexibilizar la atención a los usuarios de los servicios de justicia, de modo que se agilizará de la mejor forma la reactivación de la justicia, permitirá la reactivación de las actividades económicas que dependen de ella, tales como la representación judicial que ejercen los abogados litigantes y sus dependientes. Adicional a ello, se resalta que con este acto administrativo el jefe de gobierno se anticipa a algunas propuestas para minimizar trámites y darle celeridad a los procesos insertas en el proyecto de ley que cursa en este momento en el Congreso para hacerle modificaciones al código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Aunque es susceptible de cuestionamiento el referido decreto, debido a que al tener un término de vigencia de 2 años probablemente vulnera el principio de temporalidad consignado en la Constitución Nacional y la Ley 137 de 1994.

Se logra colegir que la actitud anticipatoria, el denuedo en las decisiones tomadas por el máximo dirigente de nuestro país están a la vanguar-

dia de las exigencias de la revolución 4.0, la coyuntura nacional y global y “respetan las disposiciones constitucionales, los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico nacional, y las leyes estatutarias correspondientes, establecidas en el Art. 1° Inc.2° Ley 137 de 1994 , al esforzarse por posibilitar en la mayor medida posible el normal funcionamiento de los órganos legislativo y judicial. En estas circunstancias se hace palmaria la afirmación de Piero Calamandrei:

[...] El buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes, y el óptimo sistema judicial es aquel en que los jueces y los abogados, vinculados por recíproca confianza, buscan la solución de sus dudas más que en la pesada doctrina, en la viva y fresca humanidad [...] (Calamandrei, 1996)

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Arias, Fidias (2012). El proyecto de investigación, introducción a la metodología científica. Editorial episteme. Caracas, Venezuela.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Nacional de Colombia de 1991 Artículo 1°
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución Nacional de Colombia de 1991 Artículo 215
- Corte Constitucional Colombiana. 115, Noticias Conviene advertir, que la sentencia aún no está disponible para el público.
- Cifuentes, Muñoz E (2002). Los Estados de Excepción Constitucional en Colombia. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100009>
- Consejo Nacional de Política Económica y Social sobre “Lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia
- Congreso de la República de Colombia (1992) Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. (Ley 5 de 1992.)
- Congreso de la República de Colombia. Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia (Ley 137 de 1994.) Art. 1° Inc.2°
- Congreso de la República de Colombia (2011) Por la cual se expide Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Arts. 162, 186,197,166,199 de Ley 1437 de 2011.

- Congreso de la República de Colombia (2012) Por la cual se expide Código General del proceso (ley 1564 de 2012) Art. 103.
- Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo- Sección cuarta según sentencia N° 1158 del 2020.
- Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sala Especial de Decisión No.19. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Referencia: Control inmediato de legalidad.<https://cocom.gov.co/uploads/images/files/Avoca%20conocimiento%205958.pdf>.
- Corte Constitucional Colombiana. (02 de octubre de 2002) Sentencia C-802 de 2002. M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional Colombiana. (05 agosto de 2015) Sentencia C-494 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional Colombiana (2017) sentencia C-231 de 2017 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Consejo de Estado (2019) Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A".
- Hernández, R; Fernández, C. y Baptista, P. (2016) Metodología de la Investigación (2da edición) México: Mc Graw Hill Interamericana Editores.
- Hurtado, J. (2008) Metodología de la Investigación Holística. Servicios y Proyecciones para América Latina SYPAL. 3ra Edición. Caracas.
- Instituciones de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Librería El Foro, 1996. Vol III, p. 255
- Organización Mundial de la Salud. OMS. (2020). Consideraciones sobre medidas de distanciamiento social y medidas relacionadas con los viajes en el contexto de la respuesta a la pandemia de covid-19. OPS/OMS <https://www.paho.org/es/documentos/consideraciones-sobre-medidas-distanciamiento-social-medidas-relacionadas-con-viajes>
- Presidencia de la República (2020). Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días.
- Presidencia de la República (2020). Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 determinó como medida de orden público el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia.
- Presidencia de la República (2020). Decreto 491 del 28 de marzo 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.
- Presidencia de la República (2020). Decretos 531 del 08 de abril de 2020. Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público.

Presidencia de la República (2020). Decreto 749 del 28 de mayo de 2020. “Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público”

Sierra, R. (2008), *Técnicas de investigación Social. Teoría y ejercicios*. Madrid, Editorial Paraninfo.

Shugart, M. y Mainwaring, S. Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate. En Mainwaring y Shugart (edit.). *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, pp. 44-45.

El Estado Constitucional colombiano y el activismo de la Corte Constitucional: una mirada desde los derechos sociales, económicos y culturales

*Katerine Hernández Tirado*¹
*Daniela María Orozco Poveda*²

RESUMEN. Un Estado Constitucional tiene dos condiciones, la primera que debe garantizar todos los derechos y para ello estos deben estar incorporados -implícita o explícitamente- en el sistema normativo, y la segunda condición plantea una división entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales deben trabajar de manera articulada de acuerdo con el principio de colaboración armónica. Colombia con la Constitución Política de 1991, se plantea como un Estado Constitucional, creando la Corte Constitucional como guarda del texto jurídico, no obstante, en defensa de la garantía de los derechos sociales, económicos y culturales, esta Corporación ha tomado una posición activista, incurriendo en la esfera de acción de la rama legislativa y ejecutiva, afectando el principio de separación de poderes desde una perspectiva rígida clásica, mas no desde la flexibilidad planteada en el principio de colaboración armónica.

- 1 Abogada, Universidad de Medellín. Magister en Gobierno, Universidad de Medellín y Candidata a Doctora en Derecho, Universidad de Medellín. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5524-6575> Correo electrónico: katerine.hernandez@upb.edu.co
- 2 Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. Magister en Derecho, Universidad de Medellín. Estudiante del Doctorado de Estudios Políticos y Jurídicos de la Universidad Pontificia Bolivariana Sede Central- Medellín. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4627-4608> Correo electrónico: daniela.orozcop@upb.edu.co

Palabras Clave: Estado constitucional, Separación de poderes, Activismo judicial

ABSTRACT. A Constitutional State has two conditions, the first that must guarantee all rights and for this they must be incorporated - implicitly or explicitly - in the normative system, and the second condition raises a division between the legislative, executive and judicial powers, which They must work in an articulated manner according to the principle of harmonious collaboration. Colombia with the Political Constitution of 1991, is proposed as a Constitutional State, creating the Constitutional Court as guardian of the legal text, however, in defense of the guarantee of social, economic and cultural rights, this Corporation has taken an activist position, incurring in the sphere of action of the legislative and executive branch, affecting the principle of separation of powers from a rigid classical perspective, but not from the flexibility raised in the principle of harmonious collaboration.

Keywords: Constitutional State, Separation of powers, Judicial activism

Introducción

Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan por que instituyen a favor de sus titulares una prestación a cargo del Estado que encuentra su justificación en el convencimiento de que resuelven una carencia, en relación con una necesidad básica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de los beneficiarios de estos. (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 58). En el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 es considerada una “Constitución aspiracional que ha alcanzado un grado importante de eficacia”. A su vez, Saffon y García manifiestan que:

Las constituciones aspiracionales usualmente prosperan en contextos en los cuales existe una gran insatisfacción con el presente y una protección muy débil de los derechos sociales, pero al mismo tiempo hay también una fuerte creencia en la posibilidad de alcanzar un futuro mejor a través del derecho constitucional. Por esa razón, más que preservar el presente, estas constituciones apuntan a cambiarlo radicalmente y a promover el cambio social. Por eso las constituciones aspiracionales tienden a perseguir metas ambiciosas o maximalistas, lo que implica que exista una gran brecha entre el texto constitucional y la realidad social que tienen por objeto regular. Entre estas metas ambiciosas, la aplicabilidad de los derechos constitucionales en general y de los derechos sociales en particular es algo central. En consecuencia, estos derechos son tratados como normas jurídicas y por eso deben ser protegidos (Saffón & García Villegas, 2011, pág. 85)

Sin embargo, son pocos los reales cambios sociales que ha podido pro-

ducir (Saffón & García Villegas, 2011, pág. 86). Y es en esta Carta Política donde surge de la idea de crear un nuevo modelo de sociedad basado en dos condiciones: i) la protección y garantía efectiva de los derechos civiles y políticos, así como por derechos sociales, económicos y culturales, y derechos colectivos y del medio ambiente, y ii) la separación de poderes (Salazar Ugarte, 2013, pág. 84). La primera condición plantea que para la existencia de un Estado Constitucionalista -como es el caso de Colombia-, dicho Estado debe garantizar todos los derechos (especialmente los denominados como de primera, segunda y tercera generación), para ello estos deben estar incorporados - implícita o explícitamente- en el sistema normativo, creando así una limitación del poder. Por su parte, la segunda condición plantea una división entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial, los cuales deben trabajar de manera articulada de acuerdo con el principio de colaboración armónica:

[...] la perspectiva de una colaboración armónica entre los órganos del poder público con miras a garantizar el cumplimiento de sus fines en condiciones de idoneidad, prima sobre la división tajante de funciones que antes era considerada la garantía de ejercicio adecuado del poder público (Páez Murcia, 2006, pág. 251)

Conviene subrayar que desde la Constitución Política y la creación de la Corte Constitucional muchos han sido los conflictos entre estas tres ramas, la mayoría de ellos causados por la tendencia claramente activista del tribunal constitucional. Entendido el activismo judicial como “la política jurisprudencial que tiene como finalidad el fortalecimiento y protección de los derechos civiles de los ciudadanos que están inadecuadamente representados en los procesos políticos ordinarios” (Zoller, 2006, pág. 104) Así pues, el juez constitucional al detectar que las otras ramas del poder (legislativo y ejecutivo) encargadas de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales por diversos factores han fallado, ha tomado como suya la protección de estos, actuando por lo que se considera por fuera de los procesos políticos ordinarios, lo cual se ve reflejado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ejemplo claro es la Sentencia T 406 de 1992, la cual establece que:

La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación

de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso (Corte Constitucional, 1992)

En este sentido, la Corte Constitucional, ha reconocido que su control judicial tiene también un carácter político, lo cual le permite dirigirse constantemente a los demás poderes públicos de forma directa para que corrijan sus decisiones o tomen medidas para asegurar su eficiencia. De esta forma, insta a aplicar adecuadamente la Constitución a aquellos que no lo hacen, situación que ha originado magnos enfrentamientos con las demás Altas Cortes y con órganos del poder ejecutivo o legislativo lo que ha sido denominado como “choque de trenes” (Molina Betancourt, 2007, pág. 233) refrendando entonces la idea de que el activismo judicial sería la intervención de los jueces en la esfera funcional de otros poderes. A partir de lo anterior, este artículo analizará ¿Cómo se afecta el Estado Constitucional colombiano por el activismo de la Corte Constitucional, en el caso de los derechos sociales, económicos y culturales?

Metodología

Este capítulo se desarrolla desde un modelo metodológico que se centra en una investigación dogmática jurídica, para ello “se concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica, o estructura legal en cuestión” (Witker Velazquez, 1999, pág. 13), es decir, se vislumbra el problema jurídico a la luz de las fuentes formales e históricas del derecho, cuyo objeto será el orden jurídico y su fin la determinación del contenido normativo de ese orden jurídico. Se utilizarán como técnicas de investigación i) el estudio de caso, por medio del cual se busca “identificar y describir los distintos factores que ejercen influencia en el fenómeno estudiado” (Martínez Cerazo, 2006, pág. 170) y ii) el análisis documental, con el cual se pretende “la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos” (Pérez Escobar, 2011, pág. 36); el análisis es la observación y examen de un hecho en particular, para ello se procura descubrir los componentes

básicos de un fenómeno determinado extrayéndolos de los textos informativos o legales.

El Estado Constitucional y la teoría de la separación de poderes

En los estados constitucionales el eje primario del sistema jurídico es la Constitución Política, la cual es considerada en Colombia como “*norma de normas*”, en el Artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales [...]” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) y que a su vez es “supedita a todos los poderes del Estado, que serán controlados por los intérpretes (jueces) y las acciones constitucionales” (Velasco Cano & Vladimir Llano, 2015, pág. 52) Bajo estas premisas se puede decir que el Estado Constitucional se fundamenta en la idea que “los hombres sean gobernados por leyes y no por otros hombres” (García Roca, 2000, pág. 45) ya que es precisamente la división de poder planteada en la Constitución lo que supone un gobierno de límites, de pesos y contrapesos entre las decisiones de las diversas ramas.

En este orden de ideas, para que un sistema jurídico pueda ser considerado un sistema que tiene los elementos necesarios del Estado Constitucional, la constitución deberá resultar obligatoria para los destinatarios, pudiendo producir efectos jurídicos directos, aun a falta de normas legales que determinen o concreten los preceptos en dicha constitución estipulados. De modo que la Constitución no se consideraría un documento político, sino una auténtica norma jurídica, eje central de todo el ordenamiento y que tienen como propósito configurar la realidad social. Y es que este modelo de Estado presupone que: en primer lugar, las normas constitucionales son vinculantes y que se encuentran situadas por fuera de los poderes públicos y fuera de las luchas políticas, permitiendo así proteger y garantizar los derechos de los asociados y de esa manera de impulsar y promover la relación de Estado-Derecho-Sociedad (Peña Freire, 1997) y en segundo lugar, una materialización de la división de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales.

La separación de poderes es un principio constitucional que integra la idea misma de Constitución, pues permite complementar el concepto formal de “Norma fundamental superior en jerarquía y en fuerza de ley activa y pasiva a todas las demás” con la idea democrática de limitación

del poder (García Roca, 2000, pág. 43) Por consiguiente, esta tipología de estado tiene como característica la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ahora bien, una de las herramientas que tienen los estados para hacer efectiva dichas garantías es incluyendo implícita y explícitamente en los textos constitucionales -convirtiéndolos en derecho positivo- y por ende contar con mecanismos de protección judicial, como es la creación de un órgano encargado de proteger a la Constitución - y de los derechos inmersa en ella- ante las decisiones de los poderes políticos representados en el Ejecutivo y el Legislativo, en el caso Colombiano es la Corte Constitucional. (Bernal Pulido, 2014)

En otras palabras, bajo esta concepción, un estado constitucional es aquel en donde las normas planteadas en el texto constitucional más que ser creadas como un “conjunto de disposiciones pragmáticas o una especie de manifiesto político dirigido al legislador”, son consideradas disposiciones que los sujetos pueden invocar directamente (ya sea como derechos subjetivos concretos o como un conjunto de valores objetivos que determinan el ordenamiento. (Leiva Fadic, 2010, pág. 141) Bajo dicha premisa, la Corte Constitucional puede separarse de los poderes políticos y por ende en teoría al ser el garante del derecho de los asociados sus decisiones pueden actuar sin intervención de la rama ejecutiva y la legislativa, así que por medio de las decisiones tomadas por dicha Corporación se ha dado una eficaz materialización de los derechos reconocidos por las Cartas Políticas, en palabras de Carlos Bernal Pulido:

El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional. De este modo, con fundamento en el principio de constitucionalidad, las cortes constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo de los poderes presidenciales, han intentado llenar el vacío de control político con una extensión de su control jurídico. En este sentido una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido los Estados latinoamericanos durante la transición a la democracia ha sido la expansión del control de constitucionalidad y la institución de cortes constitucionales para proteger los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2014)

En Colombia la materialización del Estado Constitucional obedece a una participación activa del juez, pues es por medio del precedente judicial que se han desarrollado (ya sea por creación o interpretación) normas que garantizan la democracia y los derechos de los destinatarios. En palabras de Leiva Fadic:

El ideal democrático incluye irreversiblemente al juez constitucional y sus interpretaciones” por ende estos tribunales constitucionales determinan “[...] una interpretación amplia de la Constitución y a la construcción de normas que en algo contribuyen a llenar las lagunas del derecho. Con ello, el neoconstitucionalismo, es constitucionalizar el ordenamiento jurídico (2010, pág. 147)

El activismo judicial y el principio de separación de poderes

No es posible en este siglo creer todavía que: “Constitución Política = Separación de poderes”, tal y como lo expresa el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se hace referencia principalmente a la idea de que una sociedad no tiene Constitución si la separación de poderes no están determinados, pero su interpretación actual va mucho más allá de algo meramente formal o estructural, estamos hablando de la necesidad de la definición de órganos o poderes para de manera conjunta logran el equilibrio social – una idea mucho más cerca al concepto de cooperación armónica - (García López, 2014)

Estableciendo entonces la Constitución como garante de derechos y su guardián – Corte Constitucional – se plantea que el objetivo de esta última es: “perfeccionar la democracia y alcanzar todos los ideales plasmados en la Constitución; en ese sentido, la intervención judicial es prodemocrática” (Sager, 2007, pág. 144). El compromiso con la democracia se aplica a las decisiones políticas basadas en preferencias donde las decisiones más adecuadas se determinan por las preferencias de la comunidad política. Díaz Vásquez establece que:

[...] no es cierto que el activismo judicial de la jurisdicción Constitucional, no tenga legitimidad democrática, toda vez que sus actuaciones responden al control que debe haber entre los poderes, así como en desarrollo de la guarda de la Constitución; además de que su papel y el avance progresivo de sus fallos implican el fortalecimiento de muchos de los aspectos claves para la democracia (2015, pág. 53)

La separación de los poderes es un principio básico de la democracia, respecto al cual Montesquieu (2002, pág. 296) planteó, “que la razón debe sojuzgar a las pasiones para proteger la libertad y para evitar abusos de poder hay que oponer otro poder que modere cualquier esfuerzo absolutista, lo cual constituye la corriente de la división o separación de poderes” En su concepción clásica consiste en la separación funcional estricta y rigurosa, donde cada órgano se limitaba a desarrollar la labor que le había sido

encomendada constitucionalmente sin interferir en el ámbito funcional de las otras ramas, más allá del control político que solo procedía en casos que dada su importancia lo ameritaban. Este primer modelo fracasó dado que su rigidez limitó su campo de aplicación al punto que se hizo ineficiente, toda vez que no había un lazo comunicativo entre las ramas del poder, lo que entorpecía el funcionamiento del Estado. (Sentencia C 288, 2002)

Así pues, el activismo judicial extremo elimina la división tripartida del poder que, si bien existe el principio de colaboración armónica, lo cierto es que cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional - sin importar si es una acción necesaria en pro de llenar un vacío de poder - se encuentra interfiriendo en las funciones de otra de las ramas de poder y claramente es activista. Mejía Turizo (2010, pág. 12) establece que la Corte Constitucional Colombiana es quizás una de las más activistas del mundo pues en varias ocasiones ha actuado como sustituto del legislador, ha incluido políticas públicas al sistema y desarrollado una amplia concepción de los derechos constitucionales que usa para controlar e incluso reemplazar al poder ejecutivo. Y es que, en Colombia a través de la labor de la Corte Constitucional, se precisó que:

La jurisprudencia continuaba siendo un criterio auxiliar del derecho pero ahora obligatorio, lo cual fue producto de la necesidad de hacer de alguna manera vinculantes las providencias de la Corte Constitucional en materia de derechos humanos amparados por vía de acción de tutela dado que era menester establecer unos derroteros en torno a su protección, definición y alcance, toda vez que, muchos de estos derechos pese a estar consagrados en la Carta Mayor, no están determinados en tales aspecto (...) haciendo prácticamente de la jurisprudencia ahora una fuente principal del derecho colombiano al lado de la ley” (Narvéz Mercado & Gutiérrez Gómez, 2018, pág. 110)

De esta manera, el activismo judicial se justifica con dependencia de la fuente del derecho que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar, y el poder creador del juez es según si está frente a una ley, Constitución o tratado (Canivet, 2006, pág. 25). Frente a la ley, los jueces tratan de mitigar el alcance de leyes de un alto grado de política. Ante la Constitución, el poder de los jueces en la creación del derecho es mucho más amplio, en tanto que las disposiciones constitucionales son menos precisas que las leyes, lo que reclama de una mayor definición por su parte.

Da la impresión de que las libertades que se atribuye la Corte Constitucional como interprete y guarda de la Carta Magna la ponen por encima

de todas las demás ramas del poder público, pues si el legislativo quisiera desbordar sus competencias y atribuirse funciones ejecutivas, sería detenido de inmediato; el mismo destino le espera a cualquier decisión del ejecutivo que extralimite las competencias legales o constitucionales. No es el caso de la Honorable Corte Constitucional, ya que no existe un órgano por encima de ella que pueda decirle que está actuando por fuera de sus facultades y por ende deslegitime sus decisiones.

Al hacer una lectura del artículo 113 superior, surge la inquietud con respecto al concepto de “colaboración armónica”, y la misma Corte Constitucional explica que en términos generales dicha expresión hace referencia a:

Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas” (Corte Constitucional, 2004)

Parafraseando a la Honorable Corte, “entre la Constitución y las sentencias de la Corte no cabe ni el filo de una hoja de papel”, es decir, no hay lugar a interpretaciones ulteriores, y su posición es clara con respecto a que un órgano asuma las funciones de otro. No es lo mismo instar a otra rama del poder a regular o legislar sobre cierto tema, que asumir ese papel y hacerlo, ni siquiera de manera preventiva, pues no está dentro de sus funciones la administración del Estado y mucho menos la expedición de las leyes.

Casos representativos de activismo de la Corte Constitucional colombiana

La Corte Constitucional ha sido un protagonista en la materialización de los derechos económicos, sociales y culturales, y en muchos de esos casos sus fallos han intervenido dentro de la esfera de acción de la rama legislativa.

va y ejecutiva, actuando claramente desde una posición no solo garantista de los derechos de los ciudadanos sino de forma activista, modificando el ordenamiento jurídico u ordenando su modificación en ciertos sentidos.

Existen diversos casos en los que se evidencia el activismo judicial por parte de la Corte Constitucional, tales como la sentencia C 212 de 2017 en la cual se discutía la constitucionalidad del artículo 163 de la Ley 1801 de 2016 “Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia”, al considerar que el mencionado trasgrede los artículos 28, 32 y 250 de la Carta Política puesto que en esta sólo se autoriza a las autoridades irrumpir en el domicilio de un individuo, con fines de la captura del delincuente en estado de flagrancia, mientras que en la norma demandada se autoriza para desconocer la reserva judicial en la materia, por causales que no son consideradas como excepción a la regla por la Constitución Política y por ende una afectación a los derechos fundamentales de las personas.

En su estudio la Corte determinó que la norma acusada era constitucional, bajo el entendido de que existen mecanismos judiciales como el control posterior, que se pueden aplicar para garantizar que el procedimiento sea efectuado de manera correcta, sin embargo reconoce la falta de claridad con respecto al Juez encargado, el término, condiciones y su procedimiento, haciendo entonces un llamado al Legislador para que regule el tema, así lo dejó ver en la parte Resolutiva de la sentencia al concluir:

Tercero.- Exhortar al Congreso de la República para que, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, en un término no superior al agotamiento de las siguientes dos legislaturas, es decir, antes del 20 de junio de 2019, expida una ley que defina: (i) la jurisdicción y el juez competente para realizar el control posterior y rogado del acceso al domicilio sin orden judicial previa por parte de autoridades administrativas, (ii) los términos y condiciones para solicitarlo y para su realización, (iii) los aspectos procesales del control y (iv) los poderes del juez en la materia” (Corte Constitucional, 2017)

De la misma forma estableció que en el caso de que se requiera de un control judicial del acceso al domicilio sin orden judicial previa este deberá ser realizado, previa solicitud del interesado, por el juez de control de garantías, hasta la promulgación de la respectiva ley.

Otro caso para resaltar es la sentencia C 545 de 2008, en la que se demandó el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, al violar el derecho a la igualdad por permitir que se aplique el sistema procesal penal inquisitivo, es decir la ley 600 del 2000 en los procesos adelantados contra los miem-

bros del Congreso de la República, los cuales son investigados y juzgados por la Corte suprema de justicia. En su análisis la Corte determinó que el Congreso como ente legislador debe separar, dentro de la misma Institución, las funciones de investigación y juzgamiento de los miembros del Congreso, así se evidencia al concluir que:

El segmento normativo acusado es exequible, no obstante lo cual la dinámica del derecho impone que a partir de la expedición de esta sentencia y exclusivamente para el procesamiento de las conductas punibles cometidas de ahora en adelante, se separe dentro del propio ámbito del juez natural de los miembros del Congreso, que es la Corte Suprema de Justicia, la función de investigación de la juzgamiento, de manera que en ésta no participe ningún magistrado que hay adelantado aquélla, la cual será encomendada a una sala, cuerpo, sección o funcionario diferente, vinculado a la propia corporación, según la ley determine en ejercicio de las facultades estatuidas en el artículo 234 superior”. (Corte Constitucional, 2008)

Otro caso a tener en cuenta es la sentencia SU 217 del 2019, en la que se fallan dos tutelas en las que los accionantes argumentaron la violación al derecho del debido proceso, puesto que las entidades demandadas negaron a los procesados la impugnación de la primera sentencia condenatoria, por haber sido proferida en segunda instancia, bajo el argumento de que no existe una norma procesal expresa que regule el procedimiento aplicable, aun cuando existe un precedente constitucional que reconoce la posibilidad de impugnar la primera sentencia condenatoria como lo es la Sentencia C 792 del 2014. En su estudio la Corte determinó que efectivamente se estaban vulnerando los derechos de los accionantes y no solo de ellos, sino que reitero el exhorto que había hecho al Legislador para que regulara el tema en su sentencia del 2014, concluyendo:

Dado que subsiste la omisión legislativa en cuanto a la regulación del procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de las condenas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 235, numerales 2 y 7, de la Constitución, la Corte exhortará, una vez más, al Congreso de la República a efectos de que, en ejercicio de su amplia de libertad de configuración del derecho y dentro del marco de la Constitución, regule dicho procedimiento” (Corte Constitucional, 2014)

Cabe resaltar que en este caso no solo se hizo un llamado al Congreso como ente legislador, sino que también se hizo al Consejo Superior de la Judicatura y al Gobierno Nacional para que, con participación de la Corte Suprema de Justicia, dispongan de lo necesario para realizar un diagnóstico presupuestal y administrativo de la implementación del procedimiento

necesario para que el derecho a la Segunda instancia sea efectivo. Además de las mencionadas anteriormente, la Alta Corte también ha hecho llamados al Congreso para que legisle sobre temas de gran impacto social, como es el caso de la Sentencia T 544 del 2017 en la que los accionantes solicitaron la protección del derecho fundamental de petición, que consideraron vulnerado como consecuencia del silencio de la accionada frente a la solicitud que elevaron. La petición interpuesta aspiraba que se adelantara la valoración prevista en la Resolución 1216 de 2015 para hacer efectivo el derecho a morir con dignidad de su hijo menor de edad, quien padecía de graves afecciones producto de una condición terminal, a lo que la Accionada EPS respondió de manera ambigua, negando la solicitud.

Durante su análisis el cuerpo colegiado advirtió que ciertamente la entidad accionada no respondió de fondo sin embargo esto se debía a que no tenía un marco jurídico para actuar producto de un vacío normativo en torno a la solicitud, lo que impidió la materialización del derecho incoado, lo que llevo a la Sala a hacer nuevamente un llamado al legislador como se evidencia en su parte resolutive:

Sexto: Reiterar el exhorto al Congreso de la República para que, en el término de dos años, emita la regulación del derecho fundamental a morir dignamente para mayores de edad y para Niños, Niñas y Adolescentes, en la que considere los presupuestos y criterios establecidos por toda la jurisprudencia de esta Corporación (Corte Constitucional, 2017)

Conclusiones

En Colombia la materialización del Estado Constitucional obedece a una participación del juez, pues es por medio del precedente judicial que se han desarrollado (ya sea por creación o interpretación) normas que garantizan la democracia y los derechos – especialmente los de sociales, económicos y culturales- de los destinatarios. Así pues, el activismo judicial elimina la división tripartida del poder que, si bien existe el principio de colaboración armónica, lo cierto es que cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional - sin importar si es una acción necesaria en pro de llenar un vacío de poder - se encuentra interfiriendo en las funciones de otra de las ramas de poder y claramente es activista.

En el caso de la Corte Constitucional, las libertades que se atribuye esta corporación como interprete y guarda de la Carta Magna la ponen por encima de todas las demás ramas del poder público, pues si el legisla-

tivo quisiera desbordar sus competencias y atribuirse funciones ejecutivas, sería detenido de inmediato; el mismo destino le espera a cualquier decisión del ejecutivo que extralimite las competencias legales o constitucionales. No es el caso de la Corte Constitucional, ya que no existe un órgano por encima de ella que pueda decirle que está actuando por fuera de sus facultades y por ende deslegitime sus decisiones.

Colombia con la Constitución Política de 1991, se plantea como un Estado Constitucional, creando la Corte Constitucional como guarda del texto jurídico, no obstante, en defensa de la garantía de los derechos sociales, económicos y culturales, esta Corporación ha tomado una posición activista, incurriendo en la esfera de acción de la rama legislativa y ejecutiva, afectando el principio de separación de poderes desde una perspectiva rígida clásica, mas no desde la flexibilidad planteada en el principio de colaboración armónica.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (07 de Julio de 1991). Constitución Política. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 114.
- Bernal Pulido, C. (2014). Derechos fundamentales, juristocracia constitucional e hiperpresidencialismo en América Latina. En A. Martín, *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Canivet, G. (2006). Activisme judiciaire et prudence interprétative. *Archives de Philosophie du Droit*, 7 - 29.
- Corte Constitucional. (05 de Junio de 1992). Sentencia T 406.
- Corte Constitucional. (16 de Marzo de 2004). Sentencia C 246.
- Corte Constitucional. (28 de Mayo de 2008). Sentencia C 545.
- Corte Constitucional. (29 de Octubre de 2014). Sentencia C 792.
- Corte Constitucional. (05 de Abril de 2017). Sentencia C 212.
- Corte Constitucional. (25 de Agosto de 2017). Sentencia T 544.
- Corte Constitucional (18 de Abril de 2002). Sentencia C 288, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- Corte Constitucional 21 de Mayo de 2019). Sentencia SU 217, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

- Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. *Justicia Juris*, 50 -57.
- García López, L. F. (2014). El juez y el precedente: Hacia una reinterpretación de la separación de poderes. *Viversitas*, 79 -120.
- García Roca, J. (2000). Del principio de separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 41 - 75.
- Leiva Fadic, F. (2010). Hacia un Constitucionalismo Moderado o Deferente. *Revista de Derecho Público*, 133 - 170.
- Martínez Cerazo, P. C. (2006). El método de estudio de caso: estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento & Gestión*, 165-193.
- Mejía Turizo, J. (2010). Función Jurisdiccional y Políticas Públicas. *Revista Justicia. Universidad Simón*, 10-15.
- Molina Betancourt, C. M. (2007). El rol institucional de la Corte Constitucional. *Revista de derecho N° 28 - Universidad del Norte*, 213 - 242.
- Montesquieu, C. D. (2002). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Itsmo.
- Narváz Mercado, B., & Gutiérrez Gómez, G. (2018). Control de Constitucionalidad en el Estado Social de Derecho Colombiano. En B. Narváz Mercado, & O. Ramírez Ortiz, *Los desafíos sociales y el derecho como herramienta de transformación en Colombia y México* (págs. 103 - 116). México: Anaya Editores, Corporación Universitaria del Caribe y Universidad Autónoma de Tlaxcala.
- Páez Murcia, Á. M. (2006). Aplicabilidad de la Teoría de División de Poderes en la Actualidad, en Algunos Estados de América Latina. *Dikaion*, 247-268.
- Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Peréz Escobar, J. (2011). *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Bogotá D.C. : Editorial Temis S.A.
- Saffón, M. P., & García Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión factica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudio Sociojurídico*, 75-107.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia*. Barcelona: Marcial Pons.
- Salazar Ugarte, P. (2013). *La Democracia Constitucional: Una radiografía teórica*. Ciudad de Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Tratados Europeos. (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Obtenido de http://tratadoseuropeos.eu/Documentos/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano.pdf
- Velasco Cano, N., & Vladimir Llano, J. (2015). Teoría del Derecho, Neoconstitucionalismo y Modelo de Estado Constitucional en el Contexto Colombiano. *NOVUM JUS*, 49 -73.
- Witker Velazquez, J. (1999). *La investigación jurídica*. México: Mc. Graw-Hill.
- Zoller, E. (2006). Les revirements de jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 104 - 109.

Las nuevas sociedades en el marco de las zonas más afectadas por el conflicto armado (ZOMAC) e incentivos tributarios como herramienta de construcción de paz en Colombia¹

Maura Milena Madera Martínez²

Berónica Narváez Mercado³

RESUMEN. En el marco del Posconflicto, Colombia enfrenta un gran compromiso social en lo que respecta a la construcción de Paz; posterior a la firma del Acuerdo Final entre las FARC y el Gobierno colombiano, este último en aras de cerrar las brechas de desigualdad entre algunas zonas que se vieron más afectadas por la violencia que otras, crea las ZOMAC: Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado, en las cuales establece unos incentivos tributarios para los contribuyentes que decidan establecer su empresa o destinar parte del pago de su impuesto en la ejecución de obras en estos territorios. Porque, si bien es cierto, el Estado cumpliendo con su deber legal, elabora las políticas públicas para materializar el acuerdo, es también responsabilidad de los entes privados contribuir en la realización de las mismas. Luego entonces, es a través de este estudio de enfoque de investigación cualitativa, de tipo documental, con un alcance descriptivo, que se

- 1 Capítulo resultado de investigación del proyecto de convocatoria interna de CECAR, titulado: Modelo integrador de construcción de paz desde la familia, la educación y la empresa para la reconciliación y el ejercicio de los derechos humanos en el departamento de Sucre
- 2 Maestrante en Tributación de la Universidad Libre de Colombia. Contadora Pública y Abogada, de la Corporación Universitaria del Caribe, CECAR. Email: maura.maderam@cecar.edu.co
- 3 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, Líder del Grupo de Investigación GISCER. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4161-9275>

analizan los incentivos tributarios de las nuevas sociedades que operan en las ZOMAC, frente a la Construcción de Paz en Colombia. Para ello, se conceptualizaron las nociones socio-empresarial y tributarias de las ZOMAC, se caracterizó su marco normativo y se identificó la responsabilidad social empresarial de estos beneficios fiscales frente a la construcción de paz. Finalmente se concluyó que el gobierno cuando constituye las ZOMAC crea los incentivos tributarios con la intención de cerrar las brechas de desigualdad socioeconómica y fomentar el desarrollo y traslada parte del compromiso social de construcción de paz, al sector privado.

Palabras clave: ZOMAC, sociedades, posconflicto, incentivos tributarios y construcción de paz.

ABSTRACT. After the signing of the Final Agreement between the FARC and the Colombian Government, the latter, in order to close the inequality gaps between some areas that were more affected by violence than others, creates the ZOMAC, Zones Most Affected by Armed Conflict, in which it establishes tax incentives for taxpayers who decide to establish their company or allocate part of their tax payments to the execution of works in these territories. Because although it is true that the State, in compliance with its legal duty, elaborates public policies to materialize the agreement, it is also the responsibility of private entities to contribute to their realization. Then, it is through this qualitative research study of a documentary type with a descriptive scope, that the tax incentives of the new companies that operate in the ZOMACS are analyzed, as opposed to the Construction of Peace in Colombia. Finally, it was concluded that the government, when constituting the ZOMACS, creates tax incentives with the intention of closing the gaps of socioeconomic inequality and promoting development, and transfers part of the social commitment to peace building to the private sector.

Keywords: ZOMAC, societies, post-conflict, tax incentives and peace building.

Introducción

Colombia ha soportado por más de 50 años un conflicto armado que ha dejado como principal víctima a la población civil, durante este tiempo surgieron diversas iniciativas para la construcción de paz, siendo ésta en diferentes tiempos y escenarios históricos el principal objetivo del Estado. Sin embargo, es a partir de la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, entre los delegados de las FARC y el Gobierno Colombiano, que en el país se puede hablar de un Proceso de Paz en marcha. Luego entonces, para hacer posible los fines del acuerdo se requiere de la cooperación y la participación activa de los firmantes, así como la de todos los miembros de la sociedad, es

por ello que en el marco del posacuerdo nacen diversas responsabilidades tanto para los agentes del sector público como para los del privado.

A causa de los enfrentamientos armados, en Colombia existen zonas que social y económicamente, se vieron más afectadas que otras; es por ello que algunos sectores requieren de mayor intervención estatal para lograr restablecer su progreso. Sin embargo, a simple vista se creería que la implementación del acuerdo, es solo responsabilidad del Estado y los victimarios del conflicto; no obstante, se le ha restado importancia al papel trascendental que cumple la población civil, especialmente el sector privado, el cual impulsa en gran medida a la economía colombiana y en consonancia con el punto 6.1.3 del Acuerdo, (Alto Comisionado para la Paz, 2016) el gobierno se compromete a promover la participación de este sector en la implementación del mismo, pues si bien los organismos estatales crean políticas públicas en aras de garantizar y hacer efectivo este compromiso social, es deber del sector empresarial contribuir con su ejecución.

Una muestra del compromiso del Estado, se evidencia en la reforma tributaria, ley 1819 (2016), en virtud de la cual el Congreso de la República crea las Zonas Más Afectadas por el Conflicto, de ahora en adelante ZOMAC. Bajo este escenario y con el fin de cerrar las brechas de desigualdad socioeconómica en el país, esta legislación plantea dos mecanismos como incentivos tributarios, el de progresividad en el impuesto sobre la renta y complementarios, y el de obras por impuestos. Con los cuales el gobierno pretende fomentar la generación de empleo y la inversión privada, a través de la creación de nuevas empresas o sociedades y la ejecución de proyectos que se enfoquen en: educación, salud, agua potable, energía, infraestructura vial y alcantarillado en estos municipios. Los cuales reflejan altos niveles de pobreza, debilidad institucional e incapacidad de generar ingresos propios; criterios que fueron tenidos en cuenta por el decreto 1650 (2017) para reconocer 344 zonas afectadas en todo el país.

Actualmente, no existen antecedentes investigativos que brinden mayor información sobre el proceso de implementación de estos incentivos en los territorios ZOMAC, de allí que la presente investigación se propone determinar la Responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC) frente a la Construcción de Paz en Colombia, por lo tanto se conceptualiza la responsabilidad, las empresas y las sociedades comerciales en la construcción de paz

en el ordenamiento jurídico colombiano, de igual forma, se desarrolla la normatividad que rige a estos beneficios y posteriormente se contextualiza la responsabilidad de las empresas y/o sociedades que han sido creadas en estos territorios, así como los contribuyentes que han decidido invertir en obras por impuesto, por tanto se ha planteado la pregunta problema de investigación ¿cuáles son los incentivos tributarios de las nuevas sociedades que operan en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC), frente a la Construcción de Paz en Colombia?, al cual se le dará respuesta al desarrollar los tres objetivos específicos de investigación: conceptualizar las nociones socio-empresarial y tributaria de las ZOMAC, caracterizar su marco legal o normativo e identificar la responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en las ZOMAC, frente a la Construcción de Paz en Colombia.

Metodología

La presente investigación jurídica hace un reconocimiento de los aspectos sociales más importantes de la normatividad de las ZOMAC, los lleva desde la ciencia jurídica a la realidad que enfrenta la sociedad con el proceso de construcción de Paz. De allí que, este estudio se fundamenta en un enfoque de investigación cualitativa de tipo documental con un alcance descriptivo, pues busca explorar, describir e interpretar un fenómeno social (Vargas, 2011), desde un abordaje teórico realizado por medio del método de revisión documental, a partir de la revisión de fuentes secundarias, enfocándose en el análisis de texto para hacer una correcta interpretación de la realidad de la ZOMAC desde su marco normativo, y brindar una descripción detallada y completa sobre la responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en estos territorios.

En este estudio, se eligió trabajar bajo el enfoque cualitativo, porque este se fundamenta en una perspectiva interpretativa centrada en la exploración, descripción y comprensión del significado, características y cualidades de comportamientos, fenómenos, contextos o sucesos sociales; lo cual, garantiza la construcción de conocimiento que potencien la generación de teorías (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014)

Desde otro punto, se hace referencia a un estudio con alcance descriptivo porque se pretende detallar y especificar las propiedades, características y procesos del fenómeno, es decir, únicamente pretende recolectar

y describir información sobre las variables estudiadas. Es por ello, que se trabaja bajo el método de revisión documental, definido como el proceso dinámico de comprensión que consiste esencialmente en la recogida, clasificación, recuperación y distribución de la información de cualquier realidad objeto de estudio, las cuales, pueden provenir de la revisión de libros, revistas, periódicos, memorias, entre otros (Rodríguez & Valldeoriola, 2014).

Nociones socio-empresarial y tributarias de las ZOMAC

En el marco del posconflicto, aunque algunos autores como (Jiménez, 2016) y (Cahen, 2017) prefieren llamarlo posacuerdo, toda vez que en Colombia aún persisten grupos armados ilegales distintos a la FARC que imposibilitan hablar de un fin del conflicto; surge dentro del ordenamiento jurídico colombiano una nueva terminología denominada ZOMAC que hace referencia a las “Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado”, en virtud de la cual se desarrolla la presente revisión de literatura que gira en torno a las nociones socio-empresarial y tributaria.

Los Tributos

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha reconocido que los tributos son “aquellas prestaciones establecidas por el Estado en virtud de la ley, en ejercicio de su poder de imperio, destinados a contribuir con el financiamiento de sus gastos e inversiones en desarrollo de los conceptos de justicia, solidaridad y equidad” (Corte Constitucional de Colombia). Así mismo, ha señalado que “los tributos consisten en impuestos, contribuciones y tasas (como se desprende del artículo 338 de la Constitución Política), según la intensidad del poder de coacción y el deber de contribución implícito en cada modalidad” (Corte Constitucional de Colombia).

Luego entonces, por tributo puede entenderse aquel aporte que está obligado hacer cada contribuyente, en razón del poder coercitivo e imperante del Estado, para el cumplimiento de sus fines. Dicha obligación es de carácter constitucional, nace a la luz del artículo 95 numeral 9, el cual señala “entre los deberes de la persona y del ciudadano [...] contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

En cuanto a la clasificación que ha realizado la Corte Constitucional sobre los tributos, se tiene en primera medida a Los impuestos, los cuales

se consideran una prestación que por razones de ley los particulares deben pagar al Estado, para que éste pueda cumplir sus fines y a cambio no se obliga a dar ninguna contraprestación.

Según el Glosario de Contabilidad (Debittor, sf) “un impuesto es el tributo que se le paga al Estado para soportar los gastos públicos, [...], los cuales son de carácter obligatorio y se les exige tanto a personas naturales, como a jurídicas. El recaudo de impuestos es la manera que tiene la autoridad estatal para financiarse y obtener recursos para realizar sus funciones”. Así mismo, Actualícese (2014) en la definición que enuncia de impuestos, considera que el objetivo principal de estos es atender las obligaciones públicas de inversión, y a su vez señala dos ejemplos: el impuesto de Renta y complementarios, y el Impuesto sobre las ventas.

En segunda medida, están las Contribuciones, se da cuando “el contribuyente soporta una carga prestacional producto de recibir un beneficio particular de obras destinadas para el bienestar general; se consideran tributos obligatorios, aunque en menor medida que los impuestos. Un ejemplo es la contribución por valorización” (Actualícese, 2014). Finalmente, las Tasas, son los aportes pagados al Estado como remuneración de un servicio público, por lo general son de carácter voluntario, dado que el hecho generador que la produce proviene de decisiones libres de cada contribuyente, un ejemplo de estas son los peajes, la tasa aeroportuaria y la sobretasa a la gasolina.

En este sentido, los incentivos tributarios, son aquellos beneficios que le ofrece el gobierno a los contribuyentes ya sea a través de exoneración o disminución del pago de un impuesto a cargo determinado, con el fin de estimular la economía de un estado. Por su parte, Naciones Unidas (2018) considera que:

Se trata de disposiciones especiales que establecen exclusiones, créditos, tasas preferentes o aplazamientos de obligaciones tributarias, utilizadas por los Gobiernos como herramientas para promover un objetivo económico particular [...] Son apreciados en un sistema fiscal como tratamientos preferenciales que se le ofrecen a un grupo selecto de contribuyentes y pueden ser adoptados de las siguientes formas: créditos, exenciones, exoneraciones temporales de impuestos, deducciones por inversión, tasas impositivas y aranceles de importación preferenciales y el diferimiento de la obligación de pagar impuestos. (p.4)

Así pues, el gobierno dentro de sus facultades, puede determinar las políticas fiscales que considere pertinentes para dirigir a la economía del

país a lograr ciertos objetivos. Se trata entonces de implementar estrategias que permitan generar recursos y hacer una administración eficiente de los mismos. De allí que, cada gobierno dentro del sistema tributario puede estructurar sus políticas de recaudo, constituir nuevos tributos o modificar los existentes, y de igual manera, crear o eliminar beneficios o incentivos tributarios. Todas esas variaciones donde se cambia uno o varios aspectos del sistema tributario dan origen a lo que se conoce como reforma tributaria.

Así las cosas, en Colombia, la ley 1819 de 2016, por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, crea incentivos tributarios para cerrar las brechas de desigualdad socioeconómica entre las zonas más afectadas por el conflicto armado y el resto del país, los cuales tienen como finalidad “fomentar temporalmente el desarrollo económico-social, el empleo y las formas organizadas de los campesinos, comunidades indígenas, afrodescendientes, raizales, palenqueras y productores rurales” (Congreso de la República, 2016).

Ahora bien, en los artículos 237 y 238 de la presente ley, el legislador establece en la parte XI dos incentivos tributarios para las ZOMAC, el primero es el incentivo tributario de progresividad en el impuesto sobre la renta y complementarios, el cual contempla una tarifa especial durante 10 años para el contribuyente que se acoja a este beneficio; y finalmente el incentivo de obras por impuestos, que es la posibilidad que tiene el contribuyente de destinar parte de su impuesto de renta, como modalidad de pago, en la realización de una obra pública de infraestructura, que contribuyan a mejorar las condiciones de vida de la población víctima del conflicto armado colombiano.

Ambos incentivos recaen sobre el impuesto de renta y complementario, el cual “es un solo gravamen integrado por los impuestos de renta y los complementarios de ganancias ocasionales y de remesas” (Universidad EAFIT, sf). Este impuesto grava de forma directa todos los ingresos, recibidos por una persona durante un año, capaces de producirle un incremento en su patrimonio al momento de su captación, salvo los que están exceptuados por la norma, considerando de igual forma los costos y gastos incurridos para la obtención de los mismos (Actualícese, 2014). Es síntesis, este impuesto grava el hecho de percibir o generar renta sea persona natural o jurídica.

Los incentivos tributarios en mención aplican para las personas jurídicas que decidan invertir en las ZOMAC, mediante la creación de nuevas

empresas o sociedades y/o realización de proyectos en estos territorios. De allí que, se hace necesario referenciar los conceptos que trae el Código de Comercio Colombiano de empresas y sociedades (Decreto 410 de 1971). Inicialmente señala en su artículo 25 que “se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. Así mismo, en su artículo 98 define el contrato social, expresando que la sociedad es un contrato mediante el cual varias personas realizan aportes estimables en dinero, con el objetivo de distribuirse entre sí las utilidades generadas por la empresa. Una vez constituida la sociedad legalmente, ésta forma una persona jurídica diferente de los socios que la conforma. (Código de Comercio, 1971)

Responsabilidad Social Empresarial

Al hablar de las nuevas sociedades, que a través de la creación de empresas le apostaran al gran desafío social de invertir en las zonas afectadas por el conflicto, es necesario conocer sobre la responsabilidad social que adquieren estas, para ello la Escuela de Organización Industrial define la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), como:

La contribución al desarrollo humano sostenible, a través del compromiso y la confianza de la empresa hacia sus empleados y las familias de éstos, hacia la sociedad en general y la comunidad local, en pos de mejorar el capital social y la calidad de vida de toda la comunidad. La RSE se focaliza, en tres vertientes: cuidado al medio ambiente, a las condiciones laborales de sus trabajadores y apoyo a las causas humanitarias. (Martínez, 2014, párr. 1-2)

En otras palabras, el Instituto ETHOS del Brasil, citado por (Quintero, sf), define la RSE como “el compromiso de las empresas de contribuir al desarrollo económico y sostenible, trabajando con los empleados, sus familias, la comunidad local y la sociedad en general para mejorar su calidad de vida”. Lo anterior para significar que las nuevas personas jurídicas que se creen a partir de las ZOMAC deberán asumir este gran compromiso económico y social.

En relación a lo expuesto en precedencia, es preciso destacar lo referido por el artículo 333 de la (Asamblea Nacional Constituyente, 1991),

Tabla 1 Municipios ZOMAC

Departamento	Municipios Zomac
Antioquia	Abejorral, Abriaquí, Alejandría, Amalfi, Angostura, Anorí, Apartadó, Argelia, Briceño, Cáceres, Caicedo, Campamento, Carepa, Caucasia, Chigorodó, Cocorná, Concepción, Dabeiba, El bagre, Frontino, Granada, Guadalupe, Ituango, Montebello, Murindó, Mutatá, Nariño, Nechí, Necoclí, Puerto Berrio, Remedios, Salgar, San Andrés de Cuerquia, San Carlos, San francisco, San Luis, San pedro de Urabá, San Rafael, Santa Fe de Antioquia, Santo domingo, Segovia, Sonsón, Tarazá, Toledo, Turbo, Uramita, Urao, Valdivia, Vegachí, Vigía del fuerte, Yalí, Yarumal, Yolombó, Yondó, Zaragoza.
Arauca	Arauca, Arauquita, Cravo norte, Fortul, Puerto rondón, Saravena, Tame.
Bolívar	Arenal, Cantagallo, Córdoba, El Carmen de bolívar, El guamo, María la baja, Montecristo, Morales, Río viejo, San Jacinto, San juan, Nepomuceno, San pablo, Santa rosa del sur, Simití, Tiquisio, Zambrano.
Boyacá	Chivor, Labranzagrande, Pajarito, Paya, Pisba.
Caldas	Anserma, Belalcázar, Marulanda, Norcasia, Palestina, Pensilvania, Riosucio, Risaralda, Samaná.
Caquetá	Albania, Belén de los Andaquíes, Cartagena del Chaira, Curillo, El Doncello, El Paujil, Florencia, La montaña, Milán, Morelia, Puerto rico, San José del Fragua, San Vicente del Caguán, Solano, Solita, Valparaíso.
Casanare	Aguazul, Chámela, Hato Corozal, La Salina, Maní, Monterrey, Paz de Ariporo, Pore, Recetor, Sabanalarga, Sácamá, Támara, Tauramena, Villanueva.
Cauca	Argelia, Balboa, Buenos aires, Cajibío, Caldon, Caloto, Corinto, El tambo, Florencia, Guapi, Jámbalo, López de micay, Mercaderes, Miranda, Morales, Patía, Piamonte, Piendamó, Santa rosa, Santander de Quilichao, Suárez, Timbiquí, Toribío.
Cesar	Aguachica, Agustín Codazzi, Becerril, Bosconia, Chiriguaná, Curumaní, El Copey, La Gloria, La Agua de Irico, La Paz, Manaure Balcón del Cesar, Pailitas, Pelaya, Pueblo Bello, San Diego.

Chocó	Acandí, Bagadó, Bajo Baudó, Bojayá, Carmen del Darién, Condotto, El Carmen de Atrato, El litoral del san juan, Istmina, Medio Atrato, Medio san juan, Nóvita, Quibdó, Riosucio, San José del palmar, Sipí, Tadó, Unguía.
Córdoba	Montelíbano, Puerto libertador, San José de Uré, Tierralta, Valencia.
Cundinamarca	Cabrera, Chaguaní, El peñón, Guayabal de Siquima, Guayabetal, La palma, Medina, Paratebuena, Pulí, Silvania, Topaipí, Viotá.
Guaviare	Calamar, El Retorno, Miraflores, San José del Guaviare.
Huila	Acevedo, Algeciras, Baraya, Colombia, Hobo, Isnos, Tello.
La Guajira	Dibulla, El Molino, Fonseca, La Jagua del Pilar, Maicao, Riohacha, San juan del Cesar, Urumita, Villanueva.
Magdalena	Aracataca, Fundación.
Meta	Barranca de upía, Cubarral, El Calvario, El Castillo, El Dorado, Fuente de oro, Granada, La Macarena, Lejanías, Mapiripán, Mesetas, Puerto concordia, Puerto, Gaitán, Puerto Lleras, Puerto rico, San Juan de Arama, San Juanito, San Martín, Uribe, Vista-hermosa.
Nariño	Barbacoas, Cumbitara, El charco, El peñol, El rosario, Francisco, Pizarro, Ipiales, La llanada, La tola, Leiva, Linares, Los andes, Magüí, Mallama, Mosquera, Olaya herrera, Poli carpa, Puerres, Ricaurte, Roberto payán, Samaniego, San Andrés de Tumaco, Santa bárbara.
Norte de Santander	Bucarasica, Convención, El Carmen, El tarra, El zulía, Hacarí, La playa, San Calixto, Santiago, Sardinata, Teorama, Tibú.
Putumayo	Mocoa, Orito, Puerto asís, Puerto, Caicedo, Puerto guzmán, Puerto, Leguizamón, San miguel, Valle del Guamuez, Villa garzón.
Quindío	Génova, Pijao, Salento.
Risaralda	Balboa, Mistrató, Pueblo rico, Quinchía.
Santander	Bolívar, Charta, El playón, La belleza, Landázuri, Matanza, Rio-negro, Sabana de torres, Sucre, Suratá.
Sucre	Chalán, Colosó, Los Palmitos, Morroa, Ovejas, Palmito, San Onofre, Tolú viejo.

Tolima	Alvarado, Anzoátegui, Ataco, Cajamarca, Casabianca, Chaparral, Dolores, Herveo, Lérida, Murillo, Ortega, Planadas, Prado, Rioblanco, Roncesvalles, Rovira, San Antonio, Santa Isabel, Venadillo, Villahermosa, Villarrica.
Valle del Cauca	Ansermanuevo, Argelia, Bolívar, Buenaventura, Caicedonia, Calima, Dagua, El águila, El Cairo, El Dovio, Florida, Pradera, Ríofrío, Roldanillo, Yotoco.
Vaupés	Carurú.
Vichada	Cumaribo.

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1650 de 2017.

cuando hace alusión a la función social de la empresa menciona que: “... La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial...”. A propósito de lo anterior, la Corte Constitucional, ha señalado que el presente artículo es el fundamento constitucional que sirve de respaldo a las medidas e iniciativas de RSE (Sentencia T-781/14, 2014).

Zonas de Mayor Conflictividad – ZOMAC

En lo que respecta a las ZOMAC, el ABC Decreto reglamentación ZOMAC, estableció que estas zonas corresponden a 344 municipios del país, los cuales fueron establecidos por el Ministerio de Hacienda, el Departamento Nacional de Planeación y la Agencia de Renovación del Territorio, de acuerdo al “grado de incidencia del conflicto, el grado de vulnerabilidad ante este fenómeno y los indicadores de debilidad estatal, pobreza y acceso a centros urbanos” (Ministerio de Hacienda, 2017, p.2). En la tabla 1 se presentan los 344 municipios que integran las ZOMAC en orden alfabético según el departamento al cual pertenecen, conforme lo establece el Cuadro 1 del anexo 2 del Decreto 1650 de 2016.

Marco Legal o Normativo de las Zomac

Adjunto detallaremos la normatividad relacionada con las ZOMAC, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, los antecedentes teóricos de la RSE y la responsabilidad tributaria de las ZOMAC.

Antecedentes teóricos de la Responsabilidad Social empresarial y tributaria de las ZOMAC

Lasso, E. & Ibáñez, J. (2019) cuando analizan en su estudio si los incentivos tributarios establecidos en la Ley 1819 de 2016, serán mecanismos encaminados a la construcción de paz o sólo una manera de disminuir el impuesto, llegan a la conclusión de que existe la posibilidad que algunos contribuyentes que se establezcan en estas zonas, les den un manejo inapropiado a los incentivos con la intención de aprovechar la situación para un beneficio particular y no general. Lo anterior, conlleva a pensar que los grandes empresarios podrán verse privilegiados al disminuirseles la carga fiscal, sin estar éstos apostándole realmente al desarrollo social y económico de la región.

Con el fin de establecer el nivel de apropiación de estos incentivos en el departamento de Arauca, Puerto (2019) determinó que los empresarios araucanos tienen pocas esperanzas en que la situación económica de la población mejore; en este sentido, gran parte de la colectividad manifiesta no tener mayor conocimientos sobre los incentivos tributarios, así mismo, expresan tener poca claridad sobre el tema y desconocer la esencia de estos.

Por su parte, Álvarez (2018) en su estudio, ilustra el marco jurídico de las ZOMAC y expone las soluciones políticas, económicas y sociales que ha propuesto el gobierno para acabar con las diferencias que por muchos años han estado vigentes en varios territorios del país, del mismo modo, presenta los principales problemas hermenéuticos y de aplicación de estas normas.

Así mismo, Rettberg, A; Medina, D. & Pimienta, L. (2018) estudiaron las estrategias trazadas por el sector privado para afrontar el posconflicto en Colombia, y manifiestan que el panorama encontrado es aún difuso, pues existe mucha incertidumbre, lo cual lleva a que:

No haya un incentivo real de involucrarse en la construcción de la paz y con esto en los proyectos de las zonas más afectadas; hay quienes dicen que las oportunidades de la paz ya llegaron y pasaron y se vieron reflejadas en la solidez económica en tiempos de crisis. Otros argumentan que están llegando y se ven en la mejoría de la seguridad y en la posibilidad de acceder a zonas del país antes fuera de límites para la actividad empresarial formal. Finalmente, otro grupo empresarios ha argumentado que las oportunidades sólo llegarán a mediano y largo plazo. Frente a esto, la inversión extranjera juega un papel relevante, pues es vista como el vehículo de nuevas oportunidades. (p.31)

Tabla 2. Normatividad relacionada con las Zomac

Norma	Descripción
Constitución Política de Colombia	La carta política reconoce la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento (art 22). Así mismo, señala que es deber de los ciudadanos contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (art 95 #9) enunciado que fundamenta la carga tributaria que recae sobre los contribuyentes; de igual forma el art 338 faculta al Congreso, asambleas departamentales y concejos distritales y municipales para imponer los tributos. También hace mención de la función social de la empresa en su art 333, de ahí el fundamento constitucional de la responsabilidad social empresarial. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)
Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera	El Acuerdo Final como resultado de las negociaciones y diálogos de paz entre el gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (Farc-EP), plantea 6 puntos: 1. Reforma Rural Integral, 2. Participación Política, 3. Fin del Conflicto, 4. Solución al problema de las Drogas Ilícitas, 5. Víctimas y 6. Implementación, verificación y refrendación. (Alto Comisionado para la Paz, 2016)
Decreto 624 de 1989 - Estatuto Tributario Nacional	El Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales está compuesto por el conjunto de normas que regulan los aspectos formales y sustanciales del recaudo de impuestos en Colombia. (Decreto 624 de 1989)
Ley 1819 de 2016 - Reforma Tributaria Estructural	En la presente ley se crean los incentivos tributarios para las zonas más afectadas por el conflicto armado (Zomac): en el artículo 237 se establece el Régimen de tributación de las nuevas sociedades y en el artículo 238 el de Obras por impuestos. (Congreso de la República, 2016)
Decreto 1625 de 2016	Denominado Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria, constituye un ejercicio de compilación de reglamentaciones y en él se han integrado todas las normas que han regulado la materia de estudio, se establece la definición de las Zomac y el régimen de tributación que aplica para las nuevas sociedades. (Decreto 1625 de 2016)

Decreto 1650 de 2017	A través de este decreto el Gobierno reglamenta los artículos 236 y 237 de la ley 1819 de 2016, en la cual se establecen las reglas para las sociedades que opten por los beneficios tributarios que aplican en las Zomac. (Decreto 1650 de 2017)
Decreto 1915 de 2017	Se reglamenta el artículo 238 de la Ley 1819 de 2016, en el cual se desarrolla el mecanismo de pago de obras por impuestos como segundo incentivo para las Zomac. (Decreto 1915 de 2017)
Decreto 2469 de 2018	Mediante este último decreto el Ministerio de Hacienda reglamenta aspectos puntuales del artículo 238 de la ley 1819 de 2016, entre ellos: “la Restricción en el ámbito de aplicación, la Delegación de los ministerios competentes, los Procedimiento para la contratación, la Información de la entrega de la obra a la entidad fiduciaria, las Responsabilidades de la gerencia del proyecto y la interventoría...” (Instituto Nacional de Contadores Públicos, 2018)
Ley 1943 de 2018 – Reforma Tributaria Ley de Financiamiento	En el Capítulo IV de la presente ley el artículo 70 adiciona un párrafo transitorio al art. 238 de la Ley 1819/2016 y en el artículo 71 adiciona el art. 800-1 al Estatuto Tributario, en el cual se establece una nueva versión de obras por impuesto. (Congreso de la República, 2018)

Elaboración propia. Tomado de *Ordenamiento jurídico colombiano* (2018)

Responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC), frente a la Construcción de Paz en Colombia

Las nuevas sociedades que operan en las ZOMAC, cumplen un papel fundamental dentro del proceso de construcción de paz en el territorio; una vez los contribuyentes deciden acogerse a estos beneficios tributarios, deben constituir la sociedad sea por escritura pública o documento privado según corresponda, realizar el respectivo registro mercantil ante Cámara de Comercio e inscribirse en el registro único tributario (RUT) de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, luego de este procedimiento, oficialmente se comprometen con el estado y la comunidad a generar empleo y fomentar el desarrollo económico y social del país. Cumpliendo de esta forma con uno de los objetivos principales del posacuerdo que

es disminuir las diferencias tan marcadas que dejó el conflicto en dichos municipios.

Es por ello que se hace necesario describir el panorama que reglamenta a estas nuevas sociedades comprometidas con el proceso de paz, en función de su responsabilidad social empresarial; las cuales pueden acogerse: al primer incentivo tributario de Progresividad en el Impuesto Sobre la Renta y Complementarios que plantea el artículo 237, u optar por el segundo incentivo de Obras por Impuestos, descrito en el artículo 238 de la ley 1819 de 2016.

Incentivo Tributario de Progresividad en el Impuesto Sobre la Renta y Complementarios

Este primer incentivo, se fundamenta en que las nuevas sociedades que emprendan actividades en uno de los 344 municipios que constituyen las ZOMAC, serán beneficiarias de un régimen de tributación especial sobre el impuesto de renta y complementarios, por un periodo de 10 años (2017-2027), plazo que se estima que durará el proceso de Paz. De acuerdo a lo establecido en el Decreto 1650 de 2017, este incentivo hace referencia a una tarifa progresiva del impuesto de renta que varía según el tamaño de la empresa, la cual debe “tener su domicilio principal y desarrollar toda su actividad económica en una de las zonas víctimas del conflicto, así mismo, se deben cumplir unos requisitos mínimos de inversión y de generación de empleo”, conforme al anexo No 3 del decreto en mención.

Entre las responsabilidades que tienen las sociedades ZOMAC que se acogen al primer incentivo, el no cumplimiento de alguna de ellas puede poner en riesgo el seguir siendo beneficiario de este régimen especial tributario. Por lo tanto, incurrir en uno de los siguientes ítems (Tabla 8) ocasionaría de inmediato la pérdida total del beneficio.

Incentivo Tributario de Obras por Impuestos

El segundo incentivo de Obras por Impuestos, es un mecanismo de pago que le permite al contribuyente extinguir parte de su obligación tributaria respecto del impuesto de renta, mediante la inversión directa en ejecución de proyectos viabilizados y prioritarios de trascendencia social en cualquiera de los municipios ubicados en las ZOMAC. Este beneficio, según el artículo 71 de la ley 1943 de 2018 (Congreso de la República) les po-

Tabla 3. Clasificación de las empresas ZOMAC según su tamaño

Tamaño	Microempresa	Pequeña empresa	Mediana empresa	Grande empresa
Activos	Inferiores o iguales a 501 smlmv.	Superiores a 501 e inferiores a 5.001 smlmv.	Superiores a 5.001 e inferiores a 15.000 smlmv.	Iguales o superiores a 15.000 smlmv.
M/cte. Año 2017	≤ \$369.596.000	> \$369.596.000 < \$3.689.323.000	> \$3.689.323.000 < \$11.065.755.000	≥ \$11.065.755.000

Elaboración propia, fuente: Congreso de la República, Ley 1819 de 2016.

Tabla 4. Variación de la tarifa del impuesto de renta de las nuevas sociedades

Periodo Gravable / Tamaño de la Empresa	2017-2021	2022-2024	2025-2027	2027
Micro y Pequeña	0%	25%	50%	100%
Mediana y Grandes	50%	75%	75%	100%

Elaboración propia, fuente: Congreso de la República, Ley 1819 de 2016.

Tabla 5. Requisitos para las nuevas sociedades

Constitución	Estar legalmente constituida en cámara de comercio.
Actividad Económica	En su totalidad deberá ser desarrollada en el municipio Zomac.
Monto de Inversión	Éste depende de la actividad económica que realice la sociedad.
Generación de Empleos	Los empleos que genere la sociedad deben ser directos, a través de la vinculación de personal mediante contratos laborales con fechas de 29/12/2016 hasta 31/12/2027. La cantidad de empleos que debe generar depende del tamaño que tenga la empresa.
Razón Social	Ésta deberá llevar al final, la expresión "Zomac".

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1650 de 2017.

sibilita a las “personas naturales y jurídicas con ingresos brutos iguales o superiores a 33.610 UVT en el año o período gravable, pagar hasta el 50% de su impuesto con la ejecución de obras en estos territorios”. La medida entró en vigencia a partir del segundo semestre del año 2017 y se aplica a

Tabla 6. Actividades que pueden desempeñar las nuevas sociedades

Actividades industriales o agropecuarias	Desarrollar todo el proceso productivo en las Zomac, al igual que vender y despachar sus productos desde las Zomac, hacia otras partes de Colombia o el exterior.
Servicio	Funcionar o prestar los servicios dentro y desde las Zomac, hacia otras ciudades de Colombia o fuera del país.
Comercio	Realizar toda su actividad comercial en las Zomac, los productos podrán ser vendidos y despachados en las Zomac, o hacia otras partes del país o fuera de él.

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1650 de 2017

Tabla 7. Obligaciones tributarias adicionales para las nuevas sociedades

Primero	Inscribirse y mantener actualizado el RUT ante la DIAN, establecer su condición de Zomac e indicar el tamaño de la empresa, previo inicio de la actividad económica.
Segundo	Expedir anualmente un certificado por parte del representante legal y contador público o revisor fiscal, según corresponda, donde conste: La categoría de la sociedad, según su tamaño, la existencia de los activos y su registro conforme a los conceptos contables normativos vigentes en el país, así como la incorporación de los activos al patrimonio bruto de la sociedad; y la información sobre los requisitos de inversión, desarrollo de la actividad, generación de empleo y la ubicación real de la sociedad. (Decreto 1650 de 2017)
Tercero	Enviar la información exógena a la DIAN.

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1650 de 2017.

Tabla 8. Pérdida del régimen de tributación para las nuevas sociedades

Primero	Cambiar el domicilio principal de la sociedad, estando vigente el régimen de tributación, a un territorio distinto de las Zomac.
Segundo	Desarrollar la actividad económica en un territorio distinto a las Zomac.
Tercero	Incumplir con los requisitos de inversión y empleo que señala la norma.
Cuarto	Desarrollar actos que la administración catalogue como abuso en materia tributaria.

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1650 de 2017.

las empresas que tienen ingresos anuales de al menos 1.100 millones de pesos. El mecanismo contempla dos modalidades de pago y es opción del contribuyente escoger alguna de estas:

Tabla 9. Modalidades de pagos de Obras por Impuestos

Modalidad de Pago 1: Destinación hasta del 50% del impuesto sobre la renta y complementario a cargo en el año gravable	Modalidad de Pago 2: Descuento de la inversión como pago efectivo del impuesto sobre la renta y complementario
Es la inversión directa hasta del 50% del impuesto a cargo en la declaración de renta, para la ejecución de proyectos en territorios Zomac, como forma de pago de esta obligación.	Es la inversión directa que hace el contribuyente del impuesto de renta en proyectos de inversión en algún municipio Zomac, cuyo valor supere el 50% del impuesto a cargo.
Debe tener como objetivo “la construcción, mejoramiento, optimización o ampliación de infraestructura y/o dotación requerida para el suministro de los servicios de agua potable, alcantarillado, energía, salud pública, educación pública, y la construcción y/o reparación de infraestructura vial” (Decreto 1915 de 2017).	Deben tener como objeto “proveer infraestructura para el suministro de agua potable, alcantarillado, energía, salud pública, educación pública, y la construcción y/o reparación de infraestructura vial” (Decreto 1915 de 2017).
La obligación tributaria se extingue cuando se haga la entrega total de la obra y esta se encuentre en disposición para uso y funcionamiento, junto con la aprobación expresa del interventor.	Del valor total aportado, el contribuyente cada año podrá hacer uso como un descuento en el pago de su impuesto de renta hasta del 50%, a partir del siguiente año posterior a la aprobación del proyecto, el cual podrá utilizar en cuotas iguales del 10% durante un periodo de 10 años, para ello no requerirá un grado de avance en específico de la obra, sólo se necesita que la entidad competente certifique el cumplimiento del cronograma.

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1915 de 2017

Los proyectos en que decidan invertir los contribuyentes, deben estar formalmente aprobados por la Agencia para la Renovación del Territorio, de ahora en adelante ART, previo visto bueno del Departamento Nacional de Planeación (DNP). Para lograr dicho objetivo la ART tendrá actualizado el Banco de Proyectos a realizar en los municipios ZOMAC, así mismo, el contribuyente puede proponer proyectos distintos a los consignados en este Banco, sin embargo, estos deberán ser sometidos a la aprobación de la Agencia (Decreto 1915 de 2017).

Tabla 10. Procedimiento para el desarrollo de las Obras por Impuestos

Etapa 1	“Presentación y revisión de iniciativas o proyectos propuestos,
Etapa 2	Estructuración, evaluación y registro en el banco de proyectos,
Etapa 3	Selección de proyectos, solicitud y aprobación de su vinculación al pago del impuesto,
Etapa 4	Constitución de la fiducia y preparación para la ejecución del proyecto, y la
Etapa 5	Ejecución y entrega del proyecto” (Decreto 1915 de 2017)

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1915 de 2017.

Es de aclarar que las compañías que se acojan a este beneficio, primero deben escoger del banco de proyectos de inversión en las ZOMAC que se encuentra publicado en la página web de la ART, el proyecto o los proyectos a los cuales quieren vincular su impuesto, así mismo, la selección de un proyecto podrá efectuarse por dos o varios contribuyentes, quienes deben cumplir cada uno con los requisitos legales exigidos. Una vez el proyecto de inversión social sea aprobado, deberán hacerse responsables de toda la ejecución del mismo siguiendo los lineamientos que establece el presente decreto.

Así las cosas, el contribuyente que opte por la forma de pago del impuesto sobre la renta y complementarios a través de este incentivo, una vez seleccione el proyecto o proyectos a los cuales decide vincular sus impuestos (dentro de los tres primeros meses del año siguiente al respectivo período gravable) deberá seguir el procedimiento que se muestra en la Tabla 11.

Incentivos Tributarios y Responsabilidad de las nuevas sociedades ZOMAC frente a la Construcción de Paz en Colombia.

Al analizar la responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en las ZOMAC frente a la Construcción de Paz en Colombia, ésta se enfoca básicamente en cada uno de los requerimientos legales y reglamentarios, que han sido establecidos por las leyes y decretos que regulan los deberes y obligaciones de los contribuyentes beneficiarios de estos incentivos. De allí que, las sociedades que se inclinen por el primer incentivo tributario de Progresividad en el Impuesto Sobre la Renta y Complementarios, deben estar legalmente constituidas, registradas en cámara de comercio y la DIAN,

Tabla 11. Procedimiento a seguir por el contribuyente cuando se ha seleccionado el proyecto

Paso 1	Deberá hacer un depósito del valor total de los impuestos a pagar a través de esta opción, en una fiducia con destino único a la realización de la obra del proyecto.
Paso 2	Le corresponde entregar un cronograma que incluya la preparación del proyecto, la contratación de terceros y la realización de la obra, hasta la entrega final.
Paso 3	Es responsabilidad del contribuyente celebrar las contrataciones necesarias con terceros para la preparación, planeación y ejecución del proyecto, así como la elaboración de la obra, lo cual se realizará conforme a la normatividad que aplica para las relaciones contractuales de carácter privado. En ese sentido, las contrataciones se llevarán a cabo a través de licitación privada abierta, por lo tanto, los terceros estarán vinculados sólo con el contribuyente en los términos de ley del contrato firmado; luego entonces, el Estado no tendrán ningún tipo de responsabilidad en casos de incumplimiento por parte del contribuyente contratante.
Paso 4	Deberá el contribuyente exigirles a los contratistas que constituyan las pólizas a favor de la Nación que sean necesarias para garantizar después de la entrega final de la obra, su realización técnica y la estabilidad de la misma, conforme a las pretensiones del proyecto; en todo caso, éstas no deben tener una vigencia menor de 4 años contados desde la fecha de entrega total de la obra.
Paso 5	Se debe comenzar las actividades de ejecución y construcción, en los términos que señalan las normas que lo reglamentan.
Paso 6	La sociedad debe encargarse de hacer entrega total de la obra construida, la cual debe estar lista para su funcionamiento y uso, dicha entrega debe hacerse acompañada del visto bueno del interventor, en los plazos establecidos previamente en el cronograma. El no poder cumplir con los términos pactados al inicio o con los que corresponden a la ampliación de los mismos, ocasionará unos intereses tributarios de mora que se liquidaran a cargo del contribuyente sobre proporción del monto del impuesto pendiente de ejecutar y al tiempo de atraso en la entrega.
Paso 7	Cuando el contribuyente constituya la fiducia deberá darle la autorización para que ésta de inmediato se entregue la obra, desembolse a la Nación los rendimientos financieros causados por la permanencia del dinero en el patrimonio autónomo, lo mismo deberá hacer con cualquier saldo que quede del valor que se aportó al inicio.

Nota:	Resulta importante anotar que los proyectos de la Zomac de obras por impuestos podrán ser financiados por varios contribuyentes de forma conjunta y a su vez estos no podrán invertir en obras relacionadas con su actividad generadora de renta.
-------	---

Elaboración propia, fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 1915 de 2017.

en su razón social deben anexar al final la expresión “ZOMAC”, así como, desarrollar toda su actividad económica en el municipio que decidieron radicarse y finalmente cumplir durante un periodo de 10 años, con el monto de inversión y generación de empleos que establece el Decreto 1650 de 2017. Por otra parte, los contribuyentes del segundo beneficio, sean personas naturales o jurídicas, pues éste ya no aplica solamente para sociedades, deberán presentar la iniciativa de invertir en un proyecto, luego de ser aprobado, deben constituir una fiducia e iniciar la ejecución de la obra para proceder a cumplir con la entrega final de la misma.

Al caracterizar la normatividad estudiada que fundamenta a las ZOMAC, se encontró que ésta ha estado sujeta a constantes modificaciones por parte del gobierno nacional en los últimos tres años, quien a través de sus decretos reglamentarios busca simplificar el proceso de implementación de los incentivos tributarios al interior de cada empresa y hacerlos efectivos en la sociedad, pues la confusa redacción y los vacíos normativos han hecho que el contribuyente pierda interés en invertir en estos territorios y con ello contribuir con el proceso de paz.

Un hecho que confirma lo expresado anteriormente, fue la expedición del Decreto 2469, el 28 de diciembre del año 2018, mediante el cual el Ministerio de Hacienda reglamentó entre otros aspectos fundamentales del artículo 238 de la ley 1819 de 2016 de obras por impuestos: “los procedimientos para la contratación, las responsabilidades de la gerencia y la interventoría, los ajustes al cronograma antes del inicio de la etapa de ejecución y la fecha de cierre del banco de proyectos para el año 2019” (Instituto Nacional de Contadores Públicos, 2018), temas de gran relevancia que debieron quedar establecidos en la misma ley y no otorgarle dicha responsabilidad al ejecutivo, que ha demostrado que dos años después de promulgada la ley el gobierno aún no termina de reglamentar la materia.

Otra modificación que tuvo este incentivo fue la ley 1943 de 2018, expedida de igual forma, el 28 de diciembre del mismo año, pero por el

Congreso de la República, en esta se concertó que tanto las personas naturales como jurídicas podrán acogerse al incentivo tributario de obra por impuestos, dándole de esta forma la oportunidad a las personas naturales de participar en este beneficio, que antes de la legislación sólo aplicaba para las jurídicas.

En este orden de ideas, es importante mencionar que la reglamentación de este mecanismo de pago de obras por impuestos, no permite que las inversiones que decidan realizar los contribuyentes estén relacionadas con la actividad económica que genera renta en las sociedades; un ejemplo de esta prohibición sería el caso de una sociedad dedicada a la construcción o venta de materiales para la construcción, que no puede participar en proyectos destinados a la ejecución de obras que tengan como finalidad construir un plantel educativo, un hospital, una carretera, un acueducto, o cualquier otra obra de construcción; pues muy a pesar de que estas inversiones estén enfocadas en proyectos que se pueden financiar a través de Obras por Impuestos según lo establecido en el artículo 1.6.5.2.2 del decreto 1915 de 2017, esta inversión en específico está relacionada directamente con la actividad generadora de renta de dicha sociedad.

De lo anterior se puede inferir, que la intención del legislador es evitar que los contribuyentes saquen provecho para sí con este tipo de incentivos, pues de no haber quedado establecida esta salvedad en la norma, las personas responsables del impuesto de renta y complementarios que se acojan a este beneficio, no lo harían para beneficiar a los habitantes del sector; sino para fortalecer su poder económico y disminuir su carga impositiva; ya que están generando renta con una actividad que su fin exclusivo es favorecer a una población en especial víctima del conflicto. En ese sentido, las personas pagan sus impuestos con la misma actividad que los genera y el gobierno estaría respaldando un crecimiento individual de los grandes empresarios y no el desarrollo de la región.

Por último, si se analizan ambos incentivos tributarios, estos no se encuentran equiparados en cuanto al beneficio fiscal que representan para el contribuyente, porque mientras el primero, disminuye el impuesto y en el caso de las micros-pequeñas empresas durante los primeros 4 años la tarifa del impuesto es 0%; en el segundo, el impuesto a pagar sigue siendo el mismo, la diferencia es que la mitad de éste, es decir, el 50% del valor del tributo, puede pagarse con obras en beneficio de la comunidad, sin embar-

go, la persona termina desprendiéndose de la misma cantidad de dinero. No obstante, si traemos a colación el concepto de incentivos tributarios, expuesto al inicio de la presente investigación, se tiene que “son aquellos beneficios que le ofrece el gobierno a los contribuyentes ya sea a través de exoneración o disminución del pago de un impuesto a cargo determinado, con el fin de estimular la economía de un estado”, luego entonces, deben entenderse como “beneficios” desde la finalidad con que fueron creados por el estado para incentivar la economía y no individualmente a un contribuyente.

Así las cosas, lo expuesto en precedencia es una muestra real de que las personas que se acogen a estos incentivos, lo hacen porque están interesadas en contribuir, desde sus posibilidades económicas, con el cumplimiento de uno de los principales objetivos del posacuerdo: la construcción de paz, toda vez que pertenecer a estos regímenes especiales de tributación, implica adquirir nuevas responsabilidades, un grado mayor de compromiso con la comunidad y el Estado y así mismo, requiere de una inversión financiera significativa.

Conclusiones

Con este estudio se logró determinar que la responsabilidad de las nuevas sociedades que operan en las Zonas Más Afectadas por el Conflicto Armado (ZOMAC) frente a la Construcción de Paz en Colombia, juega un papel trascendental tanto en el marco del posconflicto como dentro de la Responsabilidad Social Empresarial, esta nace una vez el contribuyente decide pertenecer al régimen especial de tributación, que aplica para las sociedades que se establezcan o decidan invertir parte de sus recursos destinados al pago de impuestos, en la ejecución de obras en estos territorios.

Así mismo, se establece que en Colombia en virtud del posacuerdo surgen diversas responsabilidades para los agentes del sector público y privado, de allí que el gobierno cuando constituye las ZOMAC en todo el territorio nacional y crea los incentivos tributarios para estas zonas, con la intención de cerrar las brechas de desigualdad socioeconómica y fomentar el desarrollo, traslada parte del compromiso social de construcción de paz, al sector privado para que éste a través de los grandes empresarios inviertan y hagan su contribución social y económica en estas zonas. En consecuencia, la participación de este sector se convierte en protagonista, pues a

- Código de Comercio. (16 de 06 de 1971). Decreto 410 de 1971. Colombia.
- Congreso de la República. (10 de 06 de 2011). Ley 1448 de 2011. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (29 de 12 de 2016). Ley 1819 de 2016. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (29 de 12 de 2016). Ley 1819 de 2016. *Reforma Tributaria Estructural Colombiana*. Colombia.
- Congreso de la República. (28 de 12 de 2018). Ley 1943 de 2018. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (11 de mayo de 2006). Sentencia C-927 de 2006.
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de febrero de 2009). Sentencia C-134 del 2009.
- Corte Suprema de Justicia. (s.f.). sentencia del 6 de junio de 2012, n. 35637; sentencia del 24 de octubre de 2016, SP15267-2016, Rad. 46.075, aprobado acta N° 334, caso Salvatore Mancuso Gómez y otros.
- Debitor. (sf). *Debitor.es*. Obtenido de <https://debitoor.es/glosario/definicion-impuesto>
- Gobierno Nacional. (2017). Decreto 1915 de 2017.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). Metodología de la Investigación. *Sexta*. México: Mc Graw Hill Education. Obtenido de <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Instituto Nacional de Contadores Públicos . (24 de 11 de 2017). *incp.org.co*. Obtenido de <https://www.incp.org.co/decreto-1915-reglamenta-mecanismo-pago-obras-impuestos/>
- Instituto Nacional de Contadores Públicos. (05 de 12 de 2018). *incp.org.co*. Obtenido de <https://www.incp.org.co/minhacienda-propone-mejoras-mecanismo-obras-impuestos-ZOMAC/>
- Jiménez, H. (14 de 03 de 2016). *Universidad Cooperativa de Colombia*. Obtenido de <https://www.ucc.edu.co/prensa/2016/Paginas/post-acuerdo-o-post-conflicto.aspx>
- Lasso, E. & Ibáñez, J. (15 de 01 de 2019). Incentivos tributarios para el posacuerdo. ¿Una apuesta a la construcción de paz en Colombia? *Incentivos tributarios para el posacuerdo. ¿Una apuesta a la construcción de paz en Colombia?* Bogotá, Colombia. doi:<https://doi.org/10.21501/2500-669X.3117>
- Martínez, Y. (14 de 04 de 2014). *eoi.es*. Obtenido de <https://www.eoi.es/blogs/mintecon/2014/04/07/la-responsabilidad-social-empresarial-rse/>
- Ministerio de Hacienda. (2017). *www.minhacienda.gov.co*. Obtenido de http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-092910%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (09 de 10 de 2017). Decreto 1650 de 2017. Colombia.
- Naciones Unidas. (02 de 11 de 2018). *Diseño y Evaluación de Incentivos Tributarios en Países en Desarrollo*. Obtenido de Diseño y Evaluación de Incentivos Tributarios en Países en Desarrollo: http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/02/tax-incentives_sp.pdf
- Presidencia de la República de Colombia. (30 de 03 de 1989). Decreto 624 de 1989. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (11 de 10 de 2016). Decreto 1625 de 2016. Bogotá, Colombia.

- Presidencia de la República de Colombia. (09 de 10 de 2017). Decreto 1650 de 2017. Bogotá, Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (22 de 11 de 2017). Decreto 1915 de 2017. Colombia.
- Puerto, D. (2019). Guía didáctica para la apropiación de los incentivos tributarios del decreto 1650 de 2017-ZOMAC Arauca. *Guía didáctica para la apropiación de los incentivos tributarios del decreto 1650 de 2017-ZOMAC Arauca*. San José de Cúcuta, Colombia. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15532/TRABAJO%20FINAL%20ZOMAC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quintero, L. (sf). *Portafolio.co*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/la-responsabilidad-social-empresarial-una-estrategia-de-gerencia-515003-portafolio>
- Rettberg, A., Medina, D., & Pimienta, L. (31 de 08 de 2018). Estrategias del empresariado colombiano en la construcción de paz (2017 – 2018). *Estrategias del empresariado colombiano en la construcción de paz (2017 – 2018)*. Bogotá, Colombia. doi:<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3242735>
- Rodríguez, D., & Valdeoriola, J. (02 de 2014). Metodología de la Investigación. Obtenido de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/77608/2/Metodolog%C3%ADa%20de%20la%20investigaci%C3%B3n_M%20B3dulo%201.pdf
- Sanín, G. J. (28 de 10 de 2017). *ELMUNDO.COM*. Obtenido de <https://www.elmundo.com/noticia/La-reglamentacion-de-las-ZOMAC/361791>
- Sentencia T-781/14, T-781/14 (Corte Constitucional 20 de 10 de 2014).
- Universidad EAFIT. (sf). *www.eafit.edu.co*. Obtenido de [www.eafit.edu.co: http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/boletines/fiscal/b4.pdf](http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/boletines/fiscal/b4.pdf)
- Vargas, X. (2011). ¿Cómo hacer investigación cualitativa? *una guía práctica para saber que es la investigación en general y como hacerla de tipo descriptivo, desde la revisión documental*. México: ETXETA, SC. Obtenido de <http://www.paginaspersonales.unam.mx/files/981/94805617-Xavier-Vargas-B-COMO-HACER-INVESTIGA.pdf>

Desarrollo constitucional y conceptual del poder constituyente y el poder público en Colombia

*Yissell Orozco Jiménez*¹
*Katia Palencia Sánchez*²

RESUMEN. El poder constituyente es la potencia originaria, extraordinaria y autónoma del cuerpo político de una sociedad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez (Alcalá H. N., 2017). Originario porque no deviene de ningún otro poder que le preceda en existencia, extraordinario ya que solo se da en situaciones o circunstancias especiales y políticamente autónomo al ser este el instrumento a través del cual el pueblo ejerce soberanía. Este poder se concibe en el pueblo, reside en cada una de las personas que conforman el estado, se nutre de las necesidades sociales y se plasma en cartas magnas o en leyes que se convierten en los patrones de conducta que deben seguir quienes hacen parte de una nación. El libro que por excelencia respalda esta figura es la Constitución Política de Colombia, en ella se encuentran plasmadas todas las normas que regularan el Estado, de ahí nacen todo tipo de leyes. Por su parte, el poder público es la facultad que tiene el Estado para some-

1 Especialista en Derecho Administrativo de la Corporación Universitaria del Caribe, Abogada. Email: yissell_orozco@icloud.com, yissell.orozco@cecar.edu.co

2 Doctorante en Ciencias Políticas, de la Administración y relaciones internacionales, Magister en Gobierno y administración pública, Especialista en Derecho Público. Directora del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de la Corporación Universitaria del Caribe CECAR. Docente Investigadora. Katia.palencias@cecar.edu.co.

ter a alguien a realizar determinado acto. El poder público es necesario para el buen desempeño de los grupos sociales que convergen en un mismo espacio físico. Toda sociedad requiere de un orden y normas establecidas que permitan la convivencia humana en armonía, la cual se ve traducida en el ejercicio del poder. Podemos concluir afirmando, que son dos poderes totalmente distintos, que gozan de una estructura claramente diferente y que tienen alcances jurídicos propios. El poder constituyente emana de la voluntad soberana del pueblo, mientras que el poder público nace para proteger y salvaguardar el estado. Podría señalarse que uno depende del otro, pero no por eso afirmar que son iguales, cada uno posee una definición y un área específica.

Palabras Claves: Poder, poder público, poder constituyente, Estado.

ABSTRACT. The constituent power is the original, extraordinary and autonomous power of the political body of a society that dictates the fundamental norms for the organization and operation of its political and legal coexistence, being able to support or cancel the Constitution in its claim to validity. Original because it does not come from any other power that precedes it in existence, extraordinary since it only occurs in special situations or circumstances and politically autonomous as this is the instrument through which the people exercise sovereignty. This power is conceived in the people, resides in each of the people who make up the state, is nourished by social needs and is reflected in magnificent letters or laws that become the patterns of conduct to be followed by those who are part of a nation. The book that par excellence supports this figure is the Political Constitution of Colombia, it contains all the norms that will regulate the State, from there all kinds of laws are born. For its part, public power is the power that the State has to subject someone to perform a certain act. Public power is necessary for the good performance of social groups that converge in the same physical space. Every society requires an established order and norms that allow human coexistence in harmony, which is translated into the exercise of power. We can conclude by affirming that they are two totally different powers, that they enjoy a clearly different structure and that they have their own legal scope. Constituent power emanates from the sovereign will of the people, while public power is born to protect and safeguard the state. It could be pointed out that one depends on the other, but this does not mean that they are equal, each one has a definition and a specific area.

Key Words: Power, public power, constituent power, State.

Introducción

La regla general es que en cada lugar donde exista un grupo de personas, un territorio y una actividad económica se conforme un estado. Un estado que será administrado por personas que ostenten un poder y que se regirán

por unos mandatos establecidos en un cúmulo de normas que se denomina la constitución o en su defecto las leyes. Y es este libro o carta magna la expresión popular por excelencia. En algunos países como España el poder constituyente es la base de su política de Estado, tal y como lo señala el artículo 1 de la Constitución de 1978 en el que se establece que “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (Congreso Español, 1978). Esta afirmación, que no es retórica sino rigurosamente normativa, reconoce que España como realidad nacional y social es el poder constituyente, del que emanan todos los poderes constituidos, que en su vértice superior son el Estado Social y Democrático de Derecho y los valores superiores que como Ética Pública van a identificar el ordenamiento jurídico.

La nación española es así, previa a la Constitución, la realidad fundante básica, el poder constituyente originario. Aparece también como expresión de la soberanía nacional, que reside en el pueblo español. España es la que sostiene, en su condición de poder constituyente, el poder constituido. La legitimidad de origen y de ejercicio del poder y la justicia de su derecho traen causa de la realidad que llamamos España, garantizadora y firme apoyatura de la eficacia de ambas. Toda la estructura de la Constitución de 1978, del poder y del derecho que emanan de ella, se basan en su poder constituyente: España. (Martínez, 2006)

Por su parte, América latina ha liderado procesos de asambleas constituyentes donde a través de la soberana voluntad del pueblo y el impulso de los gobernantes de turno, han logrado modificar las cartas magnas preexistentes. De esta manera podemos afirmar que las constituciones en América latina son relativamente nuevas, muchos de estos procesos no tienen ni siquiera 20 años de haberse llevado a cabo. En países como Ecuador, al terminar el mandato del presidente Gutiérrez, asumió la Presidencia Rafael Correa, quien mediante consulta popular quebró el límite constitucional, y dirigió al pueblo ecuatoriano por el camino constituyente. En Venezuela, se libró una batalla socio-política que llevó al señor Hugo Chávez hacia la presidencia, quien mediante consulta popular (1999) también convocó al pueblo venezolano al proceso constituyente. Ollantay refiere que, en el caso de Bolivia, en 2005, el pueblo eligió como Presidente a Evo Morales, con una mayoría absoluta de congresistas en ambas cámaras, y así se pudo aprobar y promulgar la Ley de Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (2006).

Colombia por su parte no ha sido la excepción, aunque nuestra constitución no es tan nueva como la de nuestros países vecinos, debemos recordar que para el año 1991 se designó una asamblea nacional constituyente que permitió modificar la constitución de 1886. En el año 1991 Colombia estrenaba nueva constitución. En los tres primeros casos,

Bolivia, Ecuador y Venezuela optaron por el camino de procesos constituyentes ampliados e incluyentes (originarios, dignos y soberanos, los autodenominaron). Nacionalizaron sus empresas y bienes privatizados. Redactaron y aprobaron nuevas constituciones políticas con la participación de todos los pueblos (Ollantay, 2017).

Así lograron estatizar la mayoría de las empresas y gracias a ello destinaron los recursos a una supuesta ayuda hacia los más vulnerables, pero ese debate no nos corresponde hacerlo en este trabajo. Por su parte en Colombia eso no ocurrió, es un país que conserva inversión extranjera, empresas privadas y tiene tratados de libre comercio con otros países, en la constitución se mantuvo el mismo modelo económico. Lo anterior nos da a entender que el poder constituyente emanado del pueblo es capaz de reformar una sociedad y que al día de hoy todos los países que han sufrido cambios constitucionales nacieron primero en las movilizaciones populares, la expresión máxima del pueblo termina convirtiéndose en ley, y en este caso en artículos plasmados en una constitución.

El poder público también ha sido protagonista y posee vigencia actualmente. La gran mayoría de países tienen el mismo modelo de poder público dividido en varias ramas, en las cuales endilgan la responsabilidad de actuar en nombre del Estado. En este punto de la investigación podemos acudir a un análisis mucho más profundo a cerca del funcionamiento del poder público del estado en los países que dividen sus poderes según la necesidad de cada sociedad. Por ejemplo, en países como Colombia, Estados Unidos, Brasil, Panamá, Ecuador, Venezuela y Argentina existe una semejanza muy veraz, parece que calcularon la manera de estructurar las ramas del poder público, pero dichas ramas han permitido la concentración del Estado en cabeza de unos pocos que velan por sus propios intereses y terminan favoreciendo a terceros con sobornos, leyes, decisiones judiciales etc. Lo anterior no es otra cosa que la corrupción, conducta que ha permeado todas las instancias del Estado, entre ellas las ramas del poder público. En el área ejecutiva los dirigentes hacen lo que quieren sin

que medie un debido control político, y quien decidiera hacerlo alguna consecuencia acarrea, el órgano legislativo hace leyes para favorecer a sus copartidarios o colegas, se legisla a favor de contratistas y por último el sistema judicial que sanciona a los desfavorecidos, pero beneficia al que tiene como responder económicamente ante las necesidades de quienes administran justicia. Y ni hablar de la congestión judicial que existe en los estrados judiciales.

Con respecto al tema de la corrupción en el poder público del estado, el columnista colombiano Francisco Cortes Rodas dijo:

Colombia es un país muy corrupto. En el Índice de Percepción de Corrupción de 2015 de Transparencia Internacional, que mide la percepción de corrupción en el mundo en una escala que va de 0 (muy corrupto) a 100 (muy transparente), Colombia obtuvo un puntaje de 37. La gran corrupción es la que más atenta contra el patrimonio público: los sobornos para ganar licitaciones en las mega obras de infraestructura; el robo y el mal uso de las regalías en La Guajira, Chocó y Casanare. El Carrusel de la Contratación de la Alcaldía de Bogotá, donde se estima se perdió 500 millones de dólares. El caso de Agro Ingreso Seguro que terminó condenando a prisión al exministro Arias.

La mayoría de gobernantes salientes, jueces, magistrados y ex congresistas de América latina que son quienes ejercen las funciones públicas de un país terminan investigados o judicializados por casos de corrupción que no es otra cosa que las prácticas indebidas que asumen estas personas al momento de ejercer un cargo público. ¿Cómo fue creado el poder público en Colombia? En el año de 1936, se crearon los órganos del poder del poder público; posteriormente, en 1945, por medio de una reforma política, éste se convierte en las tres ramas del poder público que hoy conocemos; y en 1991, a raíz de la expedición de la nueva Constitución, se determinó dividirlo en ramas y órganos. Las ramas continuaron siendo las tres ejecutivas, legislativa y judicial; mientras que los órganos se dividieron en organización electoral y organismos de control. (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015)

Planteamiento del Problema

Antes de formular la pregunta problema, debemos hacer un planteamiento sobre el problema, para lo cual debemos tener presente que el poder constituyente según definición de Carlos Sánchez Viamonte (Viamonte, 1958) es "la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio

la sociedad política se identifica con el Estado para dar nacimiento y personalidad, y para crear sus órganos de expresión necesarias". El único titular de poder constituyente es el pueblo. Por su parte, se entiende por poder público

el ejercicio de ciertas acciones y actividades que la sociedad deja en manos del estado (delega) por entender que estas serán resueltas mejor de manera colectiva. Esta delegación se hace a través de la Constitución que determina el diseño del Estado y los derechos, deberes y garantías que tienen los ciudadanos, y por el voto mediante el cual se eligen a quienes serán los representantes y servidores públicos. (I.P.M Poderes Publicos).

Entonces, para comenzar surge un cuestionamiento, ¿Es lo mismo hablar de poder constituyente y de poder público?, y esto nos ha llevado a formular la pregunta problema principal ¿Cuál ha sido el desarrollo constitucional y conceptual del Poder Constituyente y del Poder Público en Colombia?

Metodología

El presente trabajo de investigación, se ha desarrollado bajo el enfoque metodológico cualitativo, teniendo en cuenta que se basa en recolectar información que facilite resaltar ciertas características del tema objeto de estudio para facilitar su análisis a través de la descripción y el análisis de conceptos constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinales del poder público y del poder constituyente. El método de investigación utilizado fue el deductivo, ya que se analizaron conceptos sobre las figuras jurídicas objeto de estudio para poder concluir que el poder constituyente y el poder público a pesar de que en principio ambos nacen del pueblo, no son lo mismo y llevan consigo funciones distintas. Por último, las técnicas de recopilación de información en esta investigación fueron leyes, jurisprudencia y doctrina sobre el tema en discusión.

Poder público y poder constituyente

Partiendo de la premisa de el poder es la potestad superior del Estado que le permite imponer decisiones de carácter general y regir, aun coercitivamente, a través de normas de carácter obligatorio sobre la convivencia de cuantos residen en su territorio, sujeto a sus facultades políticas y administrativas que los obedecerán. Cada poder que existe dentro del Estado tiene un alcance y una función especial. En este aspecto podemos definir y estudiar cuales son los alcances jurídicos que posee el poder constitu-

yente y cuales son semejanzas, si las hay o diferencias que existen entre el poder constituyente y el poder público. El poder surge como la necesidad de mantener y conservar la convivencia en la sociedad, por consiguiente, si no hay autoridad y orden, se anula la posibilidad de coexistir y de interactuar en una sociedad categorizada como un Estado. Es por esto que se hace necesario investigar sobre el poder público y constituyente, dado que vivimos en sociedad y requerimos un sistema organizado que sepa con firmeza cuáles son sus derechos, pero también cuáles son sus obligaciones y responsabilidades.

Según Machicado, “el poder constituyente es la voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene un pueblo, para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y darse la organización jurídica y política que más le convenga.” (Machicado, 2013). Este poder se concibe en el pueblo, reside en cada una de las personas que conforman el estado, se nutre de las necesidades sociales y se plasma en cartas magnas o en leyes que se convierten en los patrones de conducta que deben seguir quienes hacen parte de una nación. Por su parte, el poder público es la facultad que tiene el Estado para imponer a alguien la realización de una acción definida. Asimismo, el poder público es una necesidad dentro de los grupos sociales que se integran en un mismo espacio físico, ya que se precisa de un orden y de la creación de normas que permitan la armonía en la convivencia del ser humano dentro de la sociedad, la cual se convierte en el ejercicio del poder. ¿Cómo fue creado el poder público en Colombia? En el año de 1936, se crearon los órganos del poder del poder público; posteriormente, en 1945, por medio de una reforma política, éste se convierte en las tres ramas del poder público que hoy conocemos; y en 1991, a raíz de la expedición de la nueva Constitución, se determinó dividirlo en ramas y órganos. Las ramas continuaron siendo las tres ejecutivas, legislativa y judicial; mientras que los órganos se dividieron en organización electoral y organismos de control. (Subgerencia Cultural del Banco de la República, 2015)

Rafillo (2020), ha dicho que “las sociedades son verdaderas constelaciones de poderes, en el sentido de que los grupos humanos adquieren y ejercen poder sobre los demás a medida que ganan recursos o influencia”. Factores como la religión, la prensa y los grupos económico ejercen una cuota de poder en la vida real de la población. En medio de dicho con-

cierto de voluntades, el poder público del Estado *está allí para garantizar un marco mínimo de orden y funcionamiento*. Del mismo modo, esta autora menciona que el poder público es *coercitivo*, ya que puede imponérsele a un individuo sin su consentimiento. *Externo*, porque proviene de instancias diferentes a sí mismo, que son las instituciones. *Autónomo*, dado que las instituciones gozan de autonomía dentro de una jerarquía de poderes, y se encuentran organizadas generalmente en tres ramas distintas, encargadas de vigilar a las demás y sostener un equilibrio o contrapeso.

Gracias a la autonomía de las ramas del Estado ningún poder público puede gobernar la totalidad del Estado. Dichas ramas son: ejecutiva, legislativa y judicial. Del mismo, la autora manifiesta que, según la teoría de la separación de los poderes públicos, las tres ramas del poder público tienen la misión de vigilarse mutuamente y servir de contrapeso a las decisiones de las demás, así como legitimarse las unas a las otras y crear un Estado equilibrado, libre de autoritarismos. Dichas ramas del poder público son:

PODER EJECUTIVO. Representa la conducción política del gobierno, que recae en manos de un presidente, primer ministro o afines, electo por voluntad popular (al menos en los gobiernos democráticos). Forman parte de él también el tren ministerial, los gobernadores, alcaldes e intendentes y los presidentes de los distintos organismos públicos designados por el presidente. Todas estas figuras pueden ser removidas de su cargo por los demás poderes, mediante procedimientos establecidos en la Constitución.

PODER LEGISLATIVO. Se ocupa de redactar las leyes que regulan el funcionamiento de la sociedad y del Estado mismo, lo cual implica crearlas, derogarlas o corregirlas. Dichas leyes pueden ser temporales o permanentes, y en ocasiones pueden ser vetadas por el presidente, o declaradas inconstitucionales por los tribunales judiciales, cuando contradicen lo establecido en la Constitución. Este poder recae sobre el parlamento, cuyos miembros son elegidos por votación popular entre las distintas fuerzas políticas del país.

PODER JUDICIAL. Es quien se encarga de administrar la justicia, es decir, de interpretar lo establecido en la Constitución y las leyes, para hacerlo valer. Esto implica evaluar casos, llevar adelante investigaciones, imponer sanciones y otorgar compensaciones. Este poder suele estar constituido por un árbol jerárquico de tribunales y jueces, designados generalmente

por el poder legislativo o el ejecutivo, y estructurado en distintas salas o cortes para atender cada asunto específico que requiera de la ley (Raffino, 2020).

Por su parte, para Hauriou, el poder público es como “una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y la competencia. Cuando no está sostenido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados” (Hauriou, 1971). El poder público, en síntesis, es necesario para la configuración legítima del estado.

La teoría del Poder Constituyente surge en 1789, durante el auge de la Revolución francesa. Javier Pérez Royo argumenta que “el Poder Constituyente es un instrumento a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamando para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado” (Pérez Royo, 2005). En otras palabras, el poder constituyente es aquel que se ejerce cuando se expide una nueva Constitución, cuando se reforma la existente o cuando se reemplaza por otra. El poder constituyente originario es el que aparece primigeniamente y le da origen al ordenamiento político (Tapias, 2012). Es aquel que da origen a la primera Constitución de un Estado; en el que usualmente es la Asamblea constituyente quien se encarga de aprobar la creación de la carta magna de un país, poniendo de forma notoria jurídica y políticamente su nacimiento. Una vez cumplida su tarea desaparece; sin embargo, esta requiere continuidad, para lo cual crea un órgano encargado de adicionarla y modificarla, de acuerdo a las situaciones o inconvenientes que surjan, este es llamado poder constituyente derivado, instituido o permanente.

El poder constituyente originario puede proceder al crear una Constitución que no sea la primera del país, pero que sufre una transformación radical en todas sus estructuras, consagrando nuevos modelos políticos, sociales y en ocasiones económicos, aunque no se trate de la primera Constitución del país. Si se creara una nueva Constitución por los órganos previstos por la Constitución anterior, surge la actuación del poder constituyente derivado. Por lo tanto, está señalado en la propia Constitución y es quien debe interceder cuando se trata de llevar a cabo una reforma

a la Constitución. Por lo general es desarrollado por una asamblea, congreso o parlamento. Este poder convive con los tres poderes clásicos, en los regímenes de Constitución rígida, cuya función es la creación de las normas constitucionales, las cuales se admiten habitualmente a través de un procedimiento diferente al de las leyes. Sánchez-Viamonte, analiza las características del Poder Constituyente, de la siguiente forma:

- a) Originario: porque es su primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico.
- b) Extraordinario: porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el Poder Constituyente solo actúa cuando es necesario dictar una constitución o reformarla y cesa cuando ha llenado su cometido.
- c) Supremo: porque es superior a toda manifestación de autoridad, desde que la crea o constituye (poder constituido), determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites.
- d) Directo: porque según la doctrina que inspiró su creación, su ejercicio solicita la intervención directa del pueblo. (Viamonte, 1958).

En cuanto a las Similitudes y diferencias entre el poder público y poder constituyente, en el marco de la normativa colombiana, de acuerdo a Hernández (2016), el poder público está en cabeza del estado, mientras que el poder constituyente está en cabeza del pueblo. En Colombia se puede reformar la constitución mediante referendo o plebiscito, estos, aun cuando son convocados por los gobernantes, terminan siendo decididos por el pueblo. Además, no existe desde antes que exista el poder constitucional. De hecho, es de una de las divisiones del poder público (las ramas del poder) que nace el poder constitucional (rama legislativa). El poder público lo ostenta el gobernante de turno, el poder constitucional lo ostenta el pueblo, la corte constitucional y los jueces constitucionales. Algunas similitudes que se pueden encontrar entre estos dos poderes es que ambos hacen parte de la estructura del estado colombiano. Tanto el poder público, como el poder constitucional poseen límites. El público llega hasta donde el marco normativo se lo permita y el constitucional hasta donde el pueblo en su soberanía lo permitan. Los grandes cambios en el poder, tanto en el público como en el constituyente, han sido provocados por grandes manifestaciones ciudadanas.

Poder constitucional y público desde una perspectiva internacional

La regla general es que en cada lugar donde exista un grupo de personas, un territorio y una actividad económica se conforme un estado. Un estado que será administrado por personas que ostenten un poder y que se regirán por unos mandatos establecidos en un cumulo de normas que se denomina la constitución o en su defecto las leyes. Y es este libro o carta magna la expresión popular por excelencia. En algunos países como España el poder constituyente es la base de su política de Estado, tal y como lo señala el artículo 1 de la Constitución de 1978 en el que se establece que “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (Congreso Español, 1978).

Esta afirmación, que no es retórica sino rigurosamente normativa, reconoce que España, como realidad nacional y social, es el poder constituyente, del que emanan todos los poderes constituidos, que en su vértice superior son el Estado Social y Democrático de Derecho y los valores superiores que como Ética Pública van a identificar el ordenamiento jurídico. La nación española es así, previa a la Constitución, la realidad fundante básica, el poder constituyente originario. Aparece también como expresión de la soberanía nacional, que reside en el pueblo español. España es la que sostiene, en su condición de poder constituyente, el poder constituido. La legitimidad de origen y de ejercicio del poder y la justicia de su derecho traen causa de la realidad que llamamos España, garantizadora y firme apoyatura de la eficacia de ambas. Toda la estructura de la Constitución de 1978, del poder y del derecho que emanan de ella, se basan en su poder constituyente: España (Martinez, 2006).

Por su parte, América latina ha liderado procesos de asambleas constituyentes donde a través de la soberana voluntad del pueblo y el impulso de los gobernantes de turno, han logrado modificar las cartas magnas preexistentes. De esta manera podemos afirmar que las constituciones en América latina son relativamente nuevas, muchos de estos procesos no tienen ni siquiera 20 años de haberse llevado a cabo. En países como Ecuador, al terminar el mandato del presidente Gutiérrez, asumió la Presidencia Rafael Correa, quien mediante consulta popular quebró el límite constitucional, y dirigió al pueblo ecuatoriano por el camino constituyente. En

Venezuela, se libró una batalla socio-política que llevó al señor Hugo Chávez hacia la presidencia, quien mediante consulta popular (1999) también convocó al pueblo venezolano al proceso constituyente. Ollantay refiere que, en el caso de Bolivia, en 2005, el pueblo eligió como Presidente a Evo Morales, con una mayoría absoluta de congresistas en ambas cámaras, y así se pudo aprobar y promulgar la Ley de Convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente (2006).

Colombia por su parte no ha sido la excepción, aunque nuestra constitución no es tan nueva como la de nuestros países vecinos, debemos recordar que para el año 1991 se designó una asamblea nacional constituyente que permitió modificar la constitución de 1886. En el año 1991 Colombia estrenaba nueva constitución. En los tres primeros casos,

Bolivia, Ecuador y Venezuela optaron por el camino de procesos constituyentes ampliados e incluyentes (originarios, dignos y soberanos, los autodenominaron). Nacionalizaron sus empresas y bienes privatizados. Redactaron y aprobaron nuevas constituciones políticas con la participación de todos los pueblos. (Ollantay, 2017).

Así lograron estatizar la mayoría de las empresas y gracias a ello destinaron los recursos a una supuesta ayuda hacia los más vulnerables, pero ese debate no nos corresponde hacerlo en este trabajo.

Por su parte en Colombia eso no ocurrió, es un país que conserva inversión extranjera, empresas privadas y tiene tratados de libre comercio con otros países, en la constitución se mantuvo el mismo modelo económico. Lo anterior nos da a entender que el poder constituyente emanado del pueblo es capaz de reformar una sociedad y que al día de hoy todos los países que han sufrido cambios constitucionales nacieron primero en las movilizaciones populares, la expresión máxima del pueblo termina convirtiéndose en ley, y en este caso en artículos plasmados en una constitución.

El poder público también ha sido protagonista y tiene vigencia en la actualidad. La mayoría de los países tiene el mismo modelo de poder público que poseen varias ramas en las cuales endilgan la responsabilidad de actuar en nombre del estado. En este punto de la investigación podemos acudir a un análisis mucho más profundo a cerca del funcionamiento del poder público del estado en los países que dividen sus poderes según la necesidad de cada sociedad. Por ejemplo, en países como Colombia, Estados Unidos, Brasil, Panamá, Ecuador, Venezuela y Argentina existe una semejanza muy veraz, parece que calcaron la manera de estructurar las ramas

del poder público, pero esas ramas del poder público han permitido la concentración del estado en cabeza de unos pocos que velan por sus propios intereses y terminan favoreciendo a terceros con coimas, leyes, decisiones judiciales, etcétera.

Lo anterior no es otra cosa que la corrupción, conducta que ha permeado todas las instancias del estado, entre esas las ramas del poder público. En el área ejecutiva los dirigentes hacen lo que quieren sin que medie un debido control político, y quien decidiera hacerlo alguna consecuencia acarrea, el órgano legislativo hace leyes para favorecer a sus copartidarios o colegas, se legisla a favor de contratistas y por último el sistema judicial que sanciona a los desfavorecidos, pero beneficia al que tiene como responder económicamente ante las necesidades de quienes administran justicia. Y ni hablar de la congestión judicial que existe en los estrados judiciales.

Con respecto al tema de la corrupción en el poder público del estado, el columnista colombiano Francisco Cortes Rodas dijo lo siguiente

Colombia es un país muy corrupto. En el Índice de Percepción de Corrupción de 2015 de Transparencia Internacional, el cual mide la percepción de corrupción en el mundo en una escala que va de 0 (muy corrupto) a 100 (muy transparente), Colombia obtuvo un puntaje de 37. La gran corrupción es la que más atenta contra el patrimonio público: los sobornos para ganar licitaciones en las mega obras de infraestructura; el robo y el mal uso de las regalías en La Guajira, Chocó y Casanare. El Carrusel de la Contratación de la Alcaldía de Bogotá, donde se estima se perdió 500 millones de dólares.

El caso de Agro Ingreso Seguro que terminó condenando a prisión al exministro Arias. Y ahora aparece Reficar con sobrecostos, que ascienden a 4.000 millones de dólares, dos veces el valor por el cual fue vendida Isagén. Y qué decir de los casos de Odebrecht en Brasil, en Venezuela, en Ecuador, y también aquí, en Colombia. La mayoría de gobernantes salientes, jueces, magistrados y ex congresistas de América latina que son quienes ejercen las funciones públicas de un país terminan investigados o judicializados por casos de corrupción que no es otra cosa que las malas prácticas que tiene una persona al momento de ejercer un cargo público.

Desarrollo constitucional del poder constituyente y el poder público en Colombia

Mario Canal Zarama, dice que la discusión sobre el poder constituyente ha sido incluida en las providencias de la Corte Constitucional a partir de

su consagración expresa en el artículo tercero, siempre como desarrollo normativo que, “más que exponer un contenido político en la Constitución, consagra un principio jurídico de unidad que se invoca siempre para subrayar la superioridad constitucional”. No es dable a la teoría constitucional cuestionar la inclusión textual de las facultades soberanas, porque esa es una cuestión asumida por la teoría política de la misma. En todo caso:

La constitución es una norma y su carácter se determina por su principal función: ordenar la vida institucional del Estado con vocación reglamentaria. De ahí la delimitación de las competencias de su guardián y las citas que señalan la posibilidad de aplicar controles normativos únicamente, no de otro tipo. (Zarama, 2012).

A su vez, la Honorable Corte Constitucional ha dicho en Sentencia C-320 de 1997 que:

Se podría objetar también que, mediante estas integraciones normativas, la Corte se convierte en una instancia de revisión oficiosa de toda la legislación, cuando la Constitución le atribuye otra función más específica: pronunciarse sobre las demandas ciudadanas. Según este razonamiento, una norma siempre hace parte de un conjunto normativo mayor, el cual a su vez hace parte de otros conjuntos mayores, que se interrelacionan entre sí hasta abarcar la totalidad del ordenamiento. Entonces, conforme a este argumento, una sola demanda obligaría a la Corte a estudiar todas las regulaciones legales, lo cual no es admisible, pues desvirtúa la función del control constitucional. Esta objeción es en parte válida, por lo cual la Corte entra a precisar el alcance excepcional de la unidad normativa en estos casos. Así, ésta procede cuando [...] la regulación de la cual forma parte la disposición acusada aparece prima facie de una constitucionalidad discutible. En efecto, si esa regulación mayor es constitucionalmente sospechosa, ineludiblemente debe la Corte examinarla, pues no podría declarar constitucional un aspecto de una determinada institución, si ésta última puede ser globalmente inexecutable. (Constitucional, 1997)

El poder público en Colombia está conformado por las ramas: ejecutiva, legislativa y judicial, en organismos de control y electorales establecidos por la Constitución de 1991. La Rama Ejecutiva, se encuentra en cabeza del Presidente de la República y su gabinete de ministros. A nivel departamental se encuentran los gobernadores junto con los diputados y finalmente, en los municipios, el alcalde y el concejo municipal. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 115 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, la Rama Legislativa cuenta con una estruc-

tura bicameral, cámara alta y baja, Senado de la República y Cámara de Representantes respectivamente, que juntos se denominan Congreso de la República. La elección se hace por voto popular. De acuerdo a lo señalado en la Constitución (1991), el Senado está compuesto por 102 miembros. Entre tanto, la Cámara de Representantes la conforman 166 miembros. Y, la Rama Judicial tiene como función administrar justicia en Colombia. Se encuentra constituida por altas cortes: Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura. Del mismo modo la componen las jurisdicciones especiales y la Fiscalía General de la Nación.

Finalmente tenemos los *organismos públicos autónomos*. Entre ellos están órganos de control como el Ministerio Público o Procuraduría y la Contraloría. Siguen los Órganos Electorales como el Consejo Nacional Electoral, Registraduría Nacional del Estado Civil. Finalmente tenemos el Banco de la República y la Comisión Nacional del Servicio Civil. Fue en 1945 que se crearon las tres ramas del poder público mediante una reforma política y fue hasta 1991 con la expedición de la actual Constitución, que se realizó formalmente la división. Según Escandón (Escandón, 2011), a partir de la Constitución de 1991, Colombia se concibe como una nación multiétnica y multicultural, planteando un importante cambio en las reglas de juego: se da origen a la figura de las circunscripciones especiales como instrumento para asegurar la participación de los grupos étnicos y las minorías políticas. En el artículo 171 de la Carta Política, capítulo IV “Del Senado”, se establece que:

Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas [...] Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

De igual manera, para el caso de la Cámara de Representantes se planteó en el artículo 176 que: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cuatro representantes”. Para analizar el impacto de estas curules especiales en la participación política afro e indígena en

Colombia, el presente trabajo parte de un cuestionamiento a la noción de representación política de identidad que da sentido a los espacios reservados con criterios étnicos en el Congreso. Más concretamente, el objetivo principal consiste en cuestionar la noción de identidad de la representación política étnica en Colombia a partir de la evaluación del funcionamiento de las circunscripciones especiales afro e indígenas en el legislativo colombiano, desde su creación en 1991 hasta las recientes elecciones celebradas en marzo del 2010

Conclusiones

Una vez analizado el desarrollo constitucional y conceptual del poder constituyente y el poder público en Colombia, logramos identificar que son dos poderes totalmente distintos, que gozan de una estructura completamente diferente y que tienen alcances jurídicos propios. El poder constituyente emana de la voluntad soberana del pueblo, mientras que el poder público se origina para proteger y salvaguardar el estado. Podría señalarse que uno depende del otro, pero no por eso afirmar que son iguales, cada uno posee una definición y un área específica.

Hoy en día tanto el poder constituyente como el poder público son necesarios e indispensables para la organización del estado y el buen desarrollo de la armonía en la sociedad. Deben trabajar de la mano y así cumplir la función para la cual fueron creados. El éxito de una sociedad es un Estado fuerte y un Estado fuerte se caracteriza por tener la facultad de usar los poderes que ostenta para asumir con respeto la voluntad del pueblo (poder constituyente) y para administrar con seriedad y autonomía los poderes públicos que le pertenecen.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

Alcalá, H. N. (2017). Poder Constituyente, Reforma De La Constitución Y Control Jurisdiccional De Constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales volumen 36* , Pages 327-349.

- Arredondo, E. (2020). *Demanda La*. Valledupar: Legis.
- Asamblea Nacional Constituyente. (julio de 12 de 1991). Constitución Política de Colombia. *Constitución Política ca de Colombia*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Cecar Leyes Info. (07 de julio de 2019). *Leyes Info*. Obtenido de Leyes.info: <https://cecar-leyes-info.ezproxy.cecar.edu.co:2443/buscar?id=&mod=&search=acoso+laboral&opt=YWxs>
- Constitucional, M. A. (03 de julio . de 1997). Sentencia C-320 de 1997.
- Congreso Español. (1978). Constitución de España . *Artículo 1* .
- Escandón, M. P. (2011). Circunscripciones especiales indígenas y afro . En M. P. Escandón. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- I.PM Poderes Públicos. (s.f.). *IPM Poderes Públicos*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de <https://sites.google.com/site/ipmpoderespublicos/>
- Machicado, J. (2013). *Apuntes Jurídicos*. Recuperado el 16 de Mayo de 2020, de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/pcac.html>
- Martínez, G. P.-B. (04 de Enero de 2006). España como poder constituyente. *Diario El País* .
- Ollantay, I. (16 de Octubre de 2017). *Telesurtv*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de <https://www.telesurtv.net/bloggers/Procesos-constituyentes-del-siglo-XXI-en-America-Latina-20171016-0003.html>
- Pérez Royo, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional* (Décima Edición ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Raffino, M. E. (10 de enero de 2020). *Concepto.de*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de <https://concepto.de/poder-publico/>
- Subgerencia Cultural del Banco de la República. (2015). *banrepcultural*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/ramas_del_poder_publico
- Tapías, E. (11 de junio de 2012). *slideshare.net*. Recuperado el 15 de mayo de 2020, de <https://es.slideshare.net/ELENAMELENDEZT/poder-constituyente-originario-y-derivado>
- Viamonte, C. S. (1958). *Manual de Derecho Constitucional* . Buenos Aires: Kapeluz.
- Zarama, M. C. (2012). Poder Constituyente: origen político y producción positivista en el sistema colombiano. En M. C. Zarama, *Poder Constituyente: origen político y producción positivista en el sistema colombiano* (Vol. 12, pág. 93). Santiago de Cali: Criterio Jurídico.



Incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de Derechos Humanos dentro del Caso Giovanni López. Perspectivas jurídicas–sociológicas

*Luis Antonio Corona Nakamura*¹

*Francisco Javier Campos Orozco*²

RESUMEN. El presente trabajo constituye un estudio de las violaciones a derechos humanos que se cometieron en contra de Alejandro Giovanni López Ramírez, asesinado de manera extrajudicial por elementos de la Comisaría de Seguridad Pública de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco el día 04 de mayo de 2020. En ese sentido, se hace una breve reconstrucción de los hechos y se analizan desde una perspectiva jurídico – sociológico, incluyendo elementos como las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos y conceptos de las teorías de Michel Foucault como marco teórico para crear una aproximación estructural del crimen cometido contra Alejandro Giovanni López Ramírez.

1 Abogado, Doctor en Derecho, docente Licenciatura, Maestría y Doctorado, miembro del sin. nivel I, Director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. lacn2004@yahoo.com.mx; ORCID 0000 0003 34126085.

2 Abogado, Licenciado en Relaciones Internacionales, Maestro en Relaciones Económicas Internacionales, a; Doctorante en Derechos Humanos en la Universidad de Guadalajara, abogado adscrito a la Coordinación de Seguimiento de la Comisión Estatal de Derechos humanos Jalisco. fjco3@hotmail.com; ORCID 0000 000

Palabras claves: Caso Giovanni López – Derechos Humanos – Necropolítica – Obligaciones de los Estados – Ejecución extrajudicial.

ABSTRACT. This paper constitutes a study of the human rights violations that were committed against Alejandro Giovanni López Ramírez, extrajudicially murdered by elements of the Ixtlahuacán de los Membrillos Police, Jalisco on May 4, 2020. In that sense, a brief reconstruction of the facts is made and analyzed from a legal - sociological perspective, including elements such as the obligations of States in the field of human rights and concepts from the theories of Michel Foucault as a theoretical framework to create a structural approach to crime committed against Alejandro Giovanni López Ramírez.

Keywords: Giovanni López Case – Human Rights – Necropolitics – Obligations of States – Extrajudicial execution.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar las omisiones e incumplimiento que dentro de las Obligaciones de los Estados en Materia de Derechos Humanos se cometieron en contra de la vida y dignidad de Alejandro Giovanni López Ramírez, asesinado de manera extrajudicial por elementos de la Policía de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco el día 04 de mayo de 2020.

La justificación toral para la elaboración de este artículo versa en evidenciar que el incumplimiento de los Estados ante su compromiso con los Derechos Humanos, puede acarrear graves vulneraciones a la dignidad humana, como las que se analizarán en este caso.

En ese sentido, cabe destacar que en fechas recientes, es decir, desde hace aproximadamente diez o doce años, las ideas y teorías relacionadas con el “poder”, la “cultura”, y el ejercicio de las políticas de dominación o sometimiento, han sido estudiadas y relacionadas con los derechos humanos, su protección, goce y disfrute, así como los dispositivos y estructuras que se han construido y han impedido que la realización y respeto de los derechos fundamentales sean totalmente efectivos. Sobre estos estudios destacan los de Sayak Valencia (2010) relativos a la aplicación de distintas ideas y sistemas económicos que mercantilizan a las personas, privándolas de su dignidad y que conceptualiza utilizando el marco de las teorías del poder y la cultura de Michel Foucault y Achielle Mbembe bajo el nombre de “Capitalismo Gore”.

En esa misma línea discursiva, Ariadna Estévez (2017, 2018), interpreta en distintos trabajos las violaciones a derechos humanos y la fabricación de escenarios propicios para vulnerar la dignidad de las personas, sustentada en ideas de los autores arriba citados, destacando las visiones de la “biopolítica” y “necropolítica”.

Por lo tanto, resulta importante, como se ha señalado, utilizar novedosos marcos teóricos que puedan ampliar la perspectiva para el análisis de casos y espacios o escenarios como el que lamentablemente dio origen a la ejecución extrajudicial del caso Giovanni.

Asimismo, es conveniente señalar que el presente trabajo se apoya en algunos resultados provenientes de los avances del protocolo de tesis de Doctorado en Derechos Humanos (Centro Universitario de Tonalá de la Universidad de Guadalajara) “La relación entre el Neocolonialismo y el Estado fallido: Análisis de violaciones graves a los derechos humanos”¹ en el cual hemos ido desarrollando diversas ideas referentes a las implicaciones de agentes ajenos al Estado o estructuras internas que de manera constante ejercen acciones tendientes a que el aparato o dispositivo gubernamental violente derechos humanos de manera sistemática.

Ahora bien, para la reconstrucción de los hechos que aquí nos ocupan, así como para definir las violaciones a derechos humanos cometidas en contra de Alejandro Giovanni López Ramírez, se utilizaron fuentes periodísticas como el portal especializado *LatinUs*, que fue el primero en denunciar estos hechos.

Además, se empleó el Informe especial que sobre este caso emitió la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (CEDHJ)², a través del cual se evidencian diversas violaciones a derechos humanos como la aplicación de prácticas de tortura, violaciones a derechos de garantías judiciales, ejecución extrajudicial, y omisiones en la aplicación de medidas para proteger la dignidad y vida de Alejandro Giovanni López Ramírez.

Breve reconstrucción de los hechos

Giovanni Alejandro López Ramírez (en adelante Giovanni), era un joven de treinta años, de ocupación albañil, que radicaba en el municipio de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco.

1 En el que el Doctor Luis Antonio Corona Nakamura funge como Co Tutor de tesis y el Maestro Francisco Javier Campos Orozco es el tutorando.

2 Disponible para consulta en <http://cedhj.org.mx/recomendaciones/inf.%20especiales/2020/INFORME%20ESPECIAL%20SOBRE%20EL%20CASO%20GIOVANNI.pdf>

El día 04 de mayo de 2020, Giovanni salió de su domicilio acompañado por familiares a comer, y posteriormente, ya entrada la noche, regresó a su hogar en el fraccionamiento “Los Olivos”, lugar donde fue detenido con lujo de violencia por algunos policías de la Comisaria Municipal de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco, utilizando como pretexto una supuesta falta administrativa y resistencia a ser arrestado, es decir, señalaron los elementos municipales que Giovanni los agredía verbal y físicamente.

Posteriormente, el día 05 de junio de 2020, los familiares de Giovanni acudieron a la Comisaria Municipal a solicitar informes acerca de su situación legal, pero se les informó únicamente que había fallecido.

Por temor fundado a represalias, sus familiares no denunciaron estos hechos sino hasta prácticamente treinta días después de sucedidos, es decir el 03 de junio de 2020, a través de medios de comunicación, particularmente el portal de noticias *LatinUs*, motivo por el cual, distintas organizaciones sociales e instituciones públicas, especialmente la CEDHJ, activaron sus diversos protocolos o herramientas de defensa a favor de la memoria de Giovanni y sus familiares como víctimas indirectas.

En el caso de la CEDHJ, luego de iniciarse acta de investigación y posteriormente queja de oficio, personal de dicho organismo se trasladó a Ixtlahuacán de los Membrillos, para realizar investigaciones y gestiones, obteniendo distintos elementos y evidencias que concluyeron en un *Informe especial sobre el Caso Alejandro Giovanni López Ramírez*, en el que se determinó la existencia de tortura, violación a garantías de seguridad jurídica, al derecho a la vida y a la dignidad, así como ejecución extrajudicial.

No resulta ocioso destacar que por sí sola, cada una de las violaciones arriba señaladas son de alta gravedad y de profunda ofensa para las víctimas indirectas, por lo que el caso ha propiciado distintas manifestaciones y protestas, principalmente en Guadalajara, Jalisco, tanto en la sede del Palacio de Gobierno, como en las instalaciones de la Fiscalía de Jalisco, e incluso en otros Estados de la república, de donde se han desprendido otra serie de violaciones a los derechos de los manifestantes que no se analizaran en este trabajo, pero que también son sumamente graves.

Asimismo, resulta importante asentar que la trascendencia y gravedad del Caso Giovanni ameritó que la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CEDH) ejerciera su facultad de atracción, mediante la cual solicitó

aproximadamente el 9 de junio de 2020 a la CEDHJ para que enviara sus actuaciones y constancias pues se inició una investigación de oficio.

Ahora bien, como ha quedado en evidencia mediante el informe especial emitido por la CEDHJ, Alejandro Giovanni López Ramírez fue víctima de múltiples violaciones a sus derechos humanos, que concluyeron con la privación de su vida a través de una ejecución extrajudicial.

La acción pluriofensiva del Estado, representado por la policía de Ixtlahuacán de los Membrillos, en la dignidad de Giovanni, es el reflejo y rostro de un Estado no solo de excepción, sino excluyente y privativo, que ha tenido la capacidad de reservar, elegir y posponer derechos fundamentales, o el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos, como práctica biopolítica y dispositivo para imponer castigo y sufrimiento.

Cabría pues, en seguimiento del estudio del Caso Giovanni, dar una mirada desde las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos los Estados asumen y deben de cumplir para con su población, con la intención de hacer patente la trascendencia del uso ilegal que las autoridades de Ixtlahuacán de los Membrillos hicieron del poder público.

Algunas Obligaciones que se incumplieron en el Caso Giovanni López

El Estado, como figura jurídica resultante de un pacto social y como actor preponderante de las relaciones internacionales, se encuentra jurídica y moralmente comprometido para cumplir con diversos deberes y obligaciones hacia las personas que se encuentren habitando o transitando en su territorio. Estas obligaciones y deberes parten de los compromisos que se asumen al formar parte de Organismos Internacionales, resultando la más importante por el número de miembros, comités especializados y acciones jurídicas o fácticas, la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El denominado “Sistema Universal de Derechos Humanos” es descrito como “un sistema de normas, órganos y mecanismos de control internacional, autónomo respecto de los sistemas estatales, que tiene por objeto la protección de los derechos del individuo, surgido y desarrollado en el ámbito de la ONU” (Escobar Hernández, 2007, p. 650). Es así que, las principales obligaciones y deberes de los Estados giran alrededor de la órbita de los derechos humanos, no solo en su respeto y observancia, sino en su protección realización, reparación, impulso, y demás compromisos que se

irán analizando a lo largo del presente capítulo y que tendrán como objetivo principal esbozar una especie de mapa que más adelante nos guiará para conocer respecto de las fallas, omisiones, ausencias y violaciones que los Estados sometidos o influidos por ideas neocoloniales realizan constantemente en contra de quienes ocupan su territorio.

En ese sentido, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 y con vigor desde octubre de ese mismo año, señala algunos de los deberes y obligaciones de los Estados que forman esa organización.

Para comprender de manera más profunda las obligaciones y deberes de los Estados, se debe partir, como ya se ha mencionado, de la Carta de San Francisco, para de ahí trazar una línea entre la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos así como Económicos, sociales y culturales, y después Convenciones o Instrumentos regionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos, entendiendo a todos estos como una parte del sistema universal de protección de derechos humanos.

El tema de las obligaciones de los Estados es de gran amplitud en cuanto a las bondades que le otorgan algunos principios/directrices de los derechos humanos como universalidad y pro persona, pues ello permite un sinnúmero de interpretaciones en favor de las personas. Esta situación ha sido definida por Thomas Buergenthal (1983) quien las entendía como ambiguas de forma intencional, es decir que, no son un circuito cerrado sino que están abiertas a la hermenéutica e interpretación.

En ese sentido, autores como Henry Shue (1980)³ y Van Hoof (1984)⁴, idearon distintas clasificaciones o categorías de obligaciones que los Estados deberían de cumplimentar y observar. Ambos autores convergían en algunas acciones que deberían implementarse de manera urgente como el respeto, la protección, la promoción y el aseguramiento de los derechos humanos.

No obstante, y a pesar de la similitud entre las propuestas de ambos autores, en 1987, el relator especial para derechos humanos de las Nacio-

3 1.- Evitar privar un derecho, 2.- Proteger de la privación de un derecho, 3.- Auxiliar a la víctima de la privación del derecho.

4 1.- Respetar, 2.- Proteger, 3.- Asegurar, y 4.- Promover los derechos humanos

nes Unidas, Asbjorn Eide, elaboró un informe respecto a la suficiencia alimentaria como derecho humano, y empleó una esquematización propia de las obligaciones generales de los Estados; según Pezzano (2014), Eide empleó y elaboró una clasificación que le sirvió de marco analítico para estudiar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, particularmente en el ámbito de la alimentación.

De esta forma, Eide reestructura y retoma el esquema propuesto por Shue, mismo que es adoptado por comités de la ONU como el de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y empleado para elaboración de informes en distintos organismos internacionales, siendo además un criterio aplicable a la resolución de casos jurisdiccionales⁵. Este esquema resulta estar integrado por las siguientes obligaciones: 1.- Obligación primaria de Respetar, 2.- Obligación secundaria de Proteger, 3.- Obligación terciaria de Satisfacer (Realizar), en ese sentido, es necesario entender que, de acuerdo a Shue (1989), Eide (1987,1992), Beetham (1995), así como Alston y Steiner (2000), los derechos humanos deben satisfacerse en los tres niveles, pues resulta imposible e impensable, como señala Figueroa (2009), “...entender la protección de los derechos humanos bajo la concepción de que el Estado no mate o no robe, y se limite al respeto o la divulgación sin asumir la responsabilidad y obligación de crear mecanismos eficaces, eficientes, universales y gratuitos para evitar y prevenir que particulares violenten derechos humanos” (p. 322).

Ahora bien, si realizamos un ejercicio de visualizar, a través del esquema de Eide, las graves vulneraciones y daños que se le perpetraron a Giovanni como víctima directa y a sus familiares como víctimas indirectas, nos encontraremos con la siguiente interpretación:

Obligación de respetar.

La obligación de respetar los derechos fundamentales se manifiesta principalmente en la no interferencia u obstaculización por parte del Esta-

5 Figueroa (2009, p. 323) cita a Pellonpaa (1993, p.859), al señalar que existen distintos casos en que Cortes internacionales en materia de derechos humanos han aplicado lo señalado en el cumplimiento de niveles de obligaciones propuesto por Eide, otorga como ejemplos el caso Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso X e Y vs The Netherlands, de la Corte Europea de Derechos Humanos, que, recalca el autor, no son casos de DESC, por lo que se confirma la capacidad y ductilidad del esquema para extenderse al análisis en el cumplimiento de todos los derechos humanos.

do para su pleno ejercicio, ante lo cual “requiere de que el Estado y todos sus órganos y agentes se abstengan de hacer nada que viole la integridad del individuo o infrinja su libertad de usar los recursos materiales disponibles para él en la forma que considere mejor para satisfacer sus necesidades básicas” (Eide, 1992, p.5).

También conocida como “Obligación primaria o primigenia” (Shue, 1984), es la primera que se contrae a la firma, adhesión o ratificación de un Tratado sobre Derechos Humanos, reconociendo como límite del poder precisamente los derechos y libertades fundamentales, sobre lo cual, Ferrer y Pelayo (2012, p. 151), reproduciendo el párrafo 165 del Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), señalan que “... el ejercicio de los Derechos Humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y en consecuencia, superiores a los poderes del Estado”.

Asimismo, la opinión Consultiva OC-6/86 de la CIDH, asume a todos los derechos contenidos en el Sistema Interamericano como

esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

A este respecto, Pezzano (2014) se refiere enmarcando el tema de la supremacía de los DDHH sobre cualquier potestad del Estado, argumentado que estos son anteriores a la constitución del aparato político - jurídico y por lo tanto superiores, ya que nacen de la dignidad inherente a las personas y, por lo tanto, al ser el Estado una construcción humana/social, resulta lógico que la tutela del individuo constituye el deber de mayor importancia para la función pública.

Ahora bien, como señala Nowak (2006), la obligación de respetar no es inerte, sino que manifiesta una voluntad del aparato estatal para abstenerse de restringir los derechos y libertades. Como entonces puede asumirse, de acuerdo a la obligación de respetar, una problemática radica en el control efectivo que se tenga del poder público, es decir, no solo es necesario que los funcionarios conozcan y reconozcan esta obligación, sino que adquieran conocimiento respecto de sus alcances y deberes como sujetos públicos pues el desconocimiento puede ser una causa o motivo de acciones no proporcionales, que traspasan los límites de los derechos humanos y puedan constituir vulneraciones a personas o pueblos enteros.

En la sentencia sobre el caso *Velázquez vs Honduras* (1988), que, por cierto, versó sobre desaparición forzada, la CEDH manifestó sobre la obligación de respetar que

es la primera asumida por los Estados, señalando además que el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

Dicha sentencia se fundamentó principalmente en la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos que los Estados asumieron al suscribir la Convención Americana de los Derechos humanos.

Por lo tanto, de las evidencias que han sido documentadas dentro del Caso Giovanni, se advierte que la Obligación de Respetar fue inobservada por el Estado, y que la violación a su integridad personal y psicológica se realizó de manera activa, esto es, mediante una participación efectiva y material de los agentes del Estado, particularmente los elementos de la policía de Ixtlahuacán de los Membrillos que sea por mando, conducción, o voluntad propia, ejercieron y consumaron una detención arbitraria, tortura, y un asesinato que la CEDHJ determinó ejecución extrajudicial.

Además, de forma más amplia, las víctimas indirectas, familiares de Giovanni, no fueron avisados de la gravedad de las heridas, y aparentemente tampoco del motivo real de detención (si es que existió alguno), por lo que les fue irrespetado el derecho a recibir información acerca de la condición física y situación jurídica de su familiar.

Entonces de acuerdo a los parámetros internacionales y jurisprudencia que aquí se han señalado, los límites del Estado, dibujados en la dignidad de Giovanni, no fueron un freno ni una frontera para detener la agresión y excesos de la policía de Ixtlahuacán de los Membrillos, y tampoco una restricción para el ejercicio de su poder público, de hecho, de alguna manera, su actuar se asemeja más a la constitución de un Estado de excepción como dispositivo biopolítico o necropolítico, en el sentido de gestionar la integridad y vida de una persona.

Ahora bien, es importante destacar, que, por lo menos dentro del Sistema Interamericano, existen casos significativos donde han encontrado a distintos Estados como responsables por incumplimiento e inobservancia de la obligación de respetar. Lamentablemente algunos casos han sido de suma gravedad y “destacan los relativos a desapariciones forzadas, masa-

eres, ejecuciones extrajudiciales y tortura” (Ferrer y Pelayo, 2012, p. 153). En ese sentido, el contexto latinoamericano, desgraciadamente, ha sido un espacio donde de manera reiterada y sistemática se han reproducido daños graves a la dignidad de las personas, incumpliendo con la obligación de respetar.

No obstante, en el caso Giovanni también se evidencia la falta de observancia de otras obligaciones, a continuación de explicará brevemente la “obligación secundaria o de proteger” y como puede interpretarse dentro del Caso que aquí nos ocupa.

Obligación de Proteger

Como quedó asentado a través de la Obligación de Respetar, los agentes del Estado deben abstenerse de realizar actos que violenten derechos humanos, sin embargo, esto no exime que el aparato Estatal deba desplegar y adoptar medidas para que los derechos humanos no se vean vulnerados u obstruidos en su cumplimiento por sujetos o incluso asociaciones privadas.

Entonces, los Estados, dentro de su accionar interno, están obligados a proteger a las personas no solo contra violaciones perpetradas por sus agentes sino por terceros, bajo esta tesisura, la obligación de proteger, conocida también como secundaria, “requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para prevenir que otros individuos o grupos violen la integridad, libertad de acción u otros derechos humanos del individuo, incluyendo impedir el disfrute de sus recursos materiales” (Eide, 1992, p.5).

Como puede percibirse, esta obligación conlleva una función de protección/prevenición, ante la cual el propio Estado es garante de la seguridad de las personas, la apreciación de Serrano (2015) aporta mayores elementos para la comprensión de esta obligación:

...Dirigida a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para prevenir las violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares, así como crear el marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para cumplir ese fin... (El Estado) debe desplegar múltiples acciones a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de sus propios agentes y de particulares. (p.34)

A este respecto, Abramovich y Courtis (2006) dimensionan el alcance de las distintas obligaciones del Estado, en este caso la de “protección”, en

relación con los derechos sociales, señalando que “las obligaciones que los derechos sociales imponen a los particulares en el plano local-nacional se traducen, en el plano internacional, en obligaciones estatales de protección”⁶ (p.121), por lo tanto, en la esfera nacional existe la imposición a los particulares por parte del Estado para conducirse con respeto mutuo, principalmente en temas relacionados con la dignidad humana, y esta imposición, a nivel internacional, resultado de algunos Instrumentos, Tratados y Pactos, como los que aquí se han mencionado, obliga al Estado a generar medidas, planes y esfuerzos para la protección de las personas sujetas a su jurisdicción.

Para Nowak (2006), el Estado debe tomar medidas para evitar que los particulares violen derechos humanos,⁷ y es en este momento donde las interpretaciones de vulneraciones a derechos humanos parecieran estar en el límite de su calificación, es decir, diferenciar entre delito y violación a derechos humanos. En ese orden de ideas, un delito implica la realización de un acto ilícito, que se encuentra prohibido y sancionado por las leyes penales, teniendo o no la intención de perjudicar a otra persona, en cambio, la violación de un derecho humano consiste en toda conducta positiva o negativa mediante la cual un agente directo o indirecto del Estado vulnera, en cualquier persona y en cualquier tiempo, uno de los derechos

6 En ampliación a este concepto, su relación con los DDHH y la R2P, Jiménez (2016) señala que: “...desde 1991, el Consejo de Seguridad ha considerado en varias resoluciones que las crisis humanitarias graves también constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, ampliando esta noción de forma paralela a la conceptualización de seguridad humana. Es decir, la violación de derechos humanos ya no se considera como un asunto estrictamente interno y se ha consolidado la idea según la cual, además de un conflicto armado, también las violaciones graves de derechos humanos y las crisis humanitarias (tanto de origen humanos como natural) pueden ser consideradas como una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales y dar pie a una intervención militar internacional”. (p.2)

7 Conviene aclarar que en el caso de los delitos y agresiones cometidas por particulares principalmente, el Estado adquiere responsabilidad en cuanto tiene conocimiento y su conducta no es conforme a la obligación de Proteger, es decir, no despliegue acciones o respuestas para preservar, prevenir, investigar, sancionar, etc. Parra (2015) ejemplifica lo anterior con el Caso González y otras (Campo Algodonero) vs México, presentado ante la CIDH con sentencia el 16 de noviembre de 2009, en el cual, entre otras cosas, se determina que el Estado Mexicano tenía pleno conocimiento de la desaparición y asesinatos sistemáticos de mujeres en la frontera de Ciudad Juárez, creándose un contexto de hostilidad y violencia contra la mujer, ante lo que no actuó o sus acciones no estuvieron alineadas con la defensa de los derechos humanos y mucho menos con el cumplimiento de la Obligación de Proteger, en este caso se advirtió una responsabilidad de México.

enunciados y reconocidos en los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo que, dependiendo el caso, la consecución de delitos, sobre todo los graves, de manera sistemática y con una respuesta nula o insuficiente por parte del Estado, podría implicar una omisión en su obligación de proteger.

En el plano nacional, de acuerdo a la obligación de proteger, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CEDH) emitió la Recomendación 10 VG/2018, “Sobre la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, por los hechos acontecidos del 18 al 20 de marzo de 2011, en el municipio de Allende, Coahuila, así como por las detenciones arbitrarias y desapariciones forzadas cometidas con posterioridad a dicho evento”⁸, de fecha 16 de marzo de 2018, dentro de la cual, además de encontrar múltiples omisiones por parte del Estado a su obligación de proteger, manifestó que:

553. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que el derecho a la seguridad personal “obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas para proteger a las personas, tanto si están detenidas como si no, contra las amenazas conocidas a la vida, o a la integridad corporal”.

Ahora bien, de lo que hemos asentado acerca de la Obligación de proteger, en relación con el caso Giovanni, resulta lógico entender que no se le brindó protección ni garantías por parte del Estado, sin embargo, obviar esta situación podría evitar que penetremos en distintas áreas de análisis que permitan un mejor acceso a la verdad y a la interpretación de estos lamentables sucesos.

Si bien esta obligación de proteger y su deber de garantía, han sido utilizadas mayormente para explicar la falta de acción u omisiones de las autoridades frente a particulares, en el caso particular de Giovanni, las agresiones de las que fue objeto obligaban a otros elementos de Ixtlahuacán que estuvieran presentes o incluso a cualquier funcionario público a proteger o por lo menos denunciar las vejaciones de que estaba siendo objeto Giovanni.

8 La masacre de Allende es un hecho que se relaciona con el crimen organizado, particularmente con el grupo denominado Zetas, por lo tanto podría inferirse que las vulneraciones y participación del Estado es diametralmente distinta, no obstante, la obligación de proteger implica entre otras cosas la intención, capacidad y esfuerzos que el Estado realice para implementar o ejecutar medidas de protección a las personas, en ambos casos existió una omisión de las autoridades en intervenir de manera oportuna para que los hechos cesaran o, en su defecto, para salvaguardar la integridad de las personas que fueron atacadas.

Asimismo, llama potentemente la atención el hecho de que ninguna autoridad ejerció acción alguna en favor de Giovanni o sus familiares hasta pasados casi treinta días de su asesinato, así como que las víctimas indirectas se vieron forzadas a huir del pueblo por supuestas amenazas y temor fundado a ser dañados en su integridad física, psicológica, o en sus bienes y pertenencias.

De igual manera, en el informe especial de la CEDHJ se menciona que, luego de la detención,

...el alcaide a cargo asentó en la ficha de ingreso que el detenido no se encontraba en buen estado de salud” además de que “... el juzgado municipal no cuenta con médico de guardia en el sitio, y que los servicios médicos están a una distancia de aproximadamente 1.2 kilómetros”.

Por lo tanto, desde la interpretación de la obligación de proteger, la autoridad debió proporcionarle a Giovanni una atención médica inmediata, razonable, lógica y suficiente, así como verificar el origen y causa de las lesiones que presentaba al momento de su presentación. Es de destacar que, en ese momento, el bien jurídico que debió tutelarse de manera principal y ponderada era el de la vida e integridad, y como resulta evidente, nunca se tomaron o adoptaron las medidas necesarias y obligadas para proteger la dignidad de Giovanni.

Queda claro entonces que Giovanni, en su persona, no fue respetado ni protegido, al contrario, de manera alevosa e intencional se ejercieron sobre él distintas formas de tortura, tratos crueles, lesiones, y violaciones a sus derechos de seguridad jurídica, que tristemente tuvieron como consecuencia su muerte.

Luego de interpretar el caso Giovanni a través de la Obligación de proteger, nos aproximaremos a la tercera obligación que Eide ha señalado en su esquema y que corresponde al nivel conocido como “realizar”.

Obligación de Realizar

Como resultado de las obligaciones primaria y secundaria, los Estados están obligados moral y jurídicamente a respetar y proteger los derechos humanos de las personas que se encuentran sujetas a su territorio, empero, estas dos resultan insuficientes para que el ser humano pueda desplegar, con dignidad, toda su capacidad mental, física y emocional, traduciéndola en un proyecto de vida personal o colectivo.

En ese sentido, instrumentos internacionales convencionales como el PIDESC, en su artículo 2.2, señala la obligación de los Estados para la adopción de medidas oportunas, que pueden ser disposiciones legislativas o del cualquier otra índole que fueran necesarias, para hacer efectivos los derechos reconocidos y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas de otro carácter.

Entonces, una tutela efectiva de los derechos humanos por parte del Estado implica que los esfuerzos del poder público se encaminen a que las personas tengan la capacidad y posibilidad jurídica y material de ejercer sus derechos humanos sin mayores límites o ataduras que los procedimientos específicos que la ley pudiera señalar para alguno uno de ellos.

La forma de realizar los derechos humanos y evidenciarlos en el plano material puede darse de varias formas, para lo cual el Estado por lo menos debe, según Steiner y Alston (2000), además de proteger y respetar los derechos humanos, “crear mecanismos institucionales para su realización..., proveer bienes y servicios para satisfacer los derechos, y promover los derechos”. (p. 25). Es así que, la obligación de realizar/satisfacer, para Eide (1992, p.5) “requiere del Estado adoptar las medidas necesarias para asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, las oportunidades de obtener satisfacción de sus necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no puedan ser aseguradas mediante esfuerzos personales”.

En relación con lo expuesto, conviene recordar que, en diferentes Tratados e Instrumentos internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, los Estados han manifestado su intención de que la realización de los derechos humanos, en cualquiera de sus vertientes, sea un aspecto fundamental en sus políticas internas, así como en el ejercicio de su soberanía o acción internacional vía cooperación.

Cabe destacar que esta obligación contiene en sí misma tres subniveles o subespecies, que pueden desplegarse de manera aislada o conjunta tanto para su estudio como operación material, y son las que a continuación se señalan:

Obligación de facilitar o fulfil – facilitate: Podemos entenderla en el sentido del compromiso jurídico que tiene el Estado para facilitar el cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos.

Obligación de hacer efectivo o fulfil – Provide: En cumplimiento de esta obligación, los Estados deben satisfacer los DDHH, esto implica encaminar los

esfuerzos para proveer a las personas de capacidades de goce y disfrute de los derechos, especialmente cuando se encuentran en un estado de incapacidad para ejercerlos por si mismos dadas las condiciones políticas, sociales, culturales o naturales.

Obligación de Promover: Al analizar esta obligación en el esquema de Eide no aparece enlistada, pero años después, en la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, se menciona la necesidad de obligar a los Estados a la adopción de medidas para promover, mantener y reestablecer DDHH. La promoción de los derechos y libertades fundamentales tiende a su divulgación amplia y sin restricciones, convirtiendo al Estado en un ente que no solo está obligado a respetarlos y protegerlos sino a informarle a las personas acerca de su reconocimiento como un ser dotado de dignidad, irrepetible e irremplazable, fortaleciendo con esto al desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, la obligación de realizar también tiene una vertiente de garantía, que se entiende en cuanto al aseguramiento en el cumplimiento de la norma. Según la jurisprudencia de la CIDH, en el párrafo 167 de la sentencia del ya citado Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, se advierte que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo... sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

Entonces, bajo esta óptica, puede asegurarse que la obligación aquí tratada que se alinea a la filosofía realista, donde se busca convertir o traducir el derecho subjetivo en realidad material y tangible, tanto en su disfrute como en ejercicio, exigibilidad y protección. En otras palabras, que el contenido de la norma sea efectivo en su positivización y ejercicio fáctico.

Así pues, conviene asentar que esta obligación reclama del Estado, en algunos casos, un cambio profundo en el entendimiento institucional y la cultura imperante, “también es necesario el cambio de estructuras mentales de dominación y de actitudes arbitrarias de todos los que detentan una función pública, hacia una comprensión humanística de la persona humana porque es el fin supremo de toda la actividad estatal y de poder público”. (Chuquimbalquim, 2008, p.5)

Quedando asentado lo anterior, pudiera asumirse que esta obligación no guarda estrecha relación con el Caso Giovanni, pues en apariencia su narrativa está más orientada a los Derechos Colectivos, o a los Económicos, Sociales y Culturales, sin embargo, cuando admitimos que la cultura de derechos humanos no ha impregnado aún todas las filosofías y estructuras institucionales del Estado, resulta conducente y responsable asumir que la obligación de que Giovanni pudiera tener acceso a sus derechos humanos y a continuar con su proyecto de vida de una manera digna le fue incumplida.

Esto podemos verlo representado en la incapacidad o corrupción de los policías que participaron en su detención y ejecución extrajudicial, así como de los mandos que tenían control efectivo sobre los elementos señalados y que nunca detuvieron dichas agresiones. En este caso, los servidores públicos que privaron de la vida a Giovanni (y en general todos los que de alguna forma lo violentaron en su dignidad) debieron no solo haber aprobado los exámenes de control y confianza, sino que contar con una capacitación efectiva en protocolos del uso de la fuerza, derechos humanos, y otros similares que precisamente permitan a la ciudadanía tener confianza en los servidores públicos, y, más allá de ello, transformar las estructuras violentas y de dominación que se configuran y se hacen simbólicas al interior de algunas de las corporaciones y comisarías de seguridad municipales; y que además se reproducen y recrudecen con los malos tratos, jornadas extenuantes, falta de equipos de trabajo, salarios por debajo del ritmo de vida y calidad que las familias de los servidores públicos merecen.

En el Caso Giovanni, la conducta gubernamental es claramente violatoria de las obligaciones que aquí se han expuesto, pues las autoridades no protegen, no respetan, y tampoco convencen o dan certeza de que los esfuerzos se orienten a crear un entorno seguro en el que se puedan ejercer y disfrutar los derechos humanos y libertades fundamentales, a Giovanni lo asesinaron policías de Ixtlahuacán de los Membrillos, Jalisco, ellos son los culpables, pero en realidad, también le fallaron otras áreas e instituciones encargadas de que esto no hubiera sucedido.

Con todo lo señalado, nos damos cuenta que dentro del Caso Giovanni existe un ambiente y una estructura que lamentablemente no nos resulta ajena o novedosa, de hecho es familiar y típica según los esquemas que se viven día a día en nuestro país.

Desde una visión de miopía decimonónica jurídica, el caso Giovanni podría intentar asumirse como un hecho aislado o momentáneo, pero a través de la cultura de los derechos humanos, en su vertiente de lucha reivindicatoria por un derecho dúctil, dinámico y efectivo, es conveniente, sino imperante, utilizar otras herramientas de estudio y análisis multidisciplinario, que ayuden a dar cuenta de algunos elementos que se ven reproducidos en este caso y que desde la visión teórica de la biopolítica, necropolítica, y dispositivos de gobierno de la escuela “Foucaultiana” pueden explicarse en una aproximación conceptual y contextual de la realidad social.

Aproximación jurídica - sociológica del caso Giovanni López

La concepción política de Michel Foucault tiene sus ejes principales en la disciplina y gubernamentalidad, entendiendo estos de formas sumamente profundas, particularmente relacionadas a la cultura y gestiones del gobierno sobre la vida de sus habitantes, denominando este último proceso como biopolítica.

Una aproximación más a la visión teórica de Foucault, resulta de lo señalado por Estevez (2017), quien citando al propio Foucault señala que “un triángulo: soberanía, disciplina-gestión de gobierno, cuyo blanco principal es la población y cuyos mecanismos esenciales son los dispositivos de seguridad” (Foucault, 1981, p.24).

En ese orden de ideas, la economía, las formas y cultura de las instituciones sociales y de gobierno, así como los procedimientos y procesos que hacen funcionar con cierta conducta al poder público, son principios de la gubernamentalidad, y a su vez la suma de estos factores (y algunos otros) serán el reflejo del “biopoder”, ese que gestiona y decide sobre lo vivo, lo viviente, erige y formula las opciones del cómo vivir.

Además, en etapas más recientes, este poder soberano ha sido entendido, desde una visión epistémica del sur global como “necropolítica”, concepto acuñado por el filósofo camerunés Achille Mbembe (2006).

Este nuevo enfoque se fundamenta en la capacidad del poder soberano para disponer de la vida y muerte de los gobernados como planificación política, extendiendo la dominación política y las prácticas de disciplina, más allá de las ideas del biopoder de Foucault, mediante la aplicación de herramientas de “terror”, que en algunos casos aprovechan la noción ex-

tractivista e individualista de la economía capitalista/neoliberal sobre la industrialización, recurriendo pues a formas cada vez más sofisticadas y violentas para imprimir la letalidad, sea el caso de las violaciones a derechos humanos como arma de guerra o a, como el propio Mbembe lo señala, aparatos burocráticos como el Nazismo o prácticas como el Apartheid.

El estudio de los derechos humanos, su filosofía, aplicación, campo de acción, y desde luego violaciones, han adoptado una metodología multidisciplinaria, por lo que el enfoque de la sociología del derecho y la crítica al ejercicio del poder resulta idóneo para analizar casos como el de Giovanni López.

El contexto en el cual Giovanni se asumía e interpretaba como sujeto, adolece y no es fértil para el crecimiento de la cultura de los derechos humanos, esto ha quedado reflejado con la formación de un dispositivo gubernamental donde las obligaciones de los Estados se vieron supeditadas a una política impregnada de necropoder, esto es: por distintos medios y formas de dominación, la policía de Ixtlahuacán de los Membrillos, reconoció fácticamente que una falta administrativa conllevaba la pena corporal y un castigo disciplinario que desembocó en la ejecución extrajudicial de Giovanni.

Siguiendo esa idea, las prácticas de sometimiento que señala el informe especial de la CEDHJ, así como el aislamiento, la duración de la tortura, la apropiación del territorio y la interpretación de la ley como caso excepcional o Estado de excepción, deben entenderse como un fenómeno estructural y no aislado, que se reproduce y es simbólico en un espacio donde confluyen el crimen organizado y los agentes que detentan el poder público, a veces intrincando sus caminos y otras difuminando sus fronteras.

Ante un panorama así, es francamente difícil que un Estado pueda no solo proteger y respetar, sino adoptar medidas y crear condiciones idóneas para que un ser humano, en este caso Giovanni, pudiera emprender sin barreras económicas, sociales o institucionales un proyecto de vida como meta del ejercicio efectivo de la dignidad humana y el raciocinio.

El pensar y actuar público en algunos espacios como el que circundaba a Giovanni, requieren de sumisión y obediencia al poder, más no a las leyes. El Estado, o los agentes de la Comisaria de Ixtlahuacán de los Membrillos, con independencia de los motivos que originaron su doloso actuar, provienen también de una necesidad de mostrar autoridad a través

de formas y ejemplos donde el monopolio de la violencia pierde su legitimidad al volcarse sobre los propios acreedores del pacto social que da origen al Estado y que debería sustentarse en las ideas de bienestar y seguridad clásicas de Rousseau, del *ius naturalismo* y de los derechos humanos como frontera del poder público, y no en acuerdos donde el ejercicio de dicho poder se vea comprometido por estructuras privadas o públicas que detentan una captura del aparato estatal y por ende lo alejan de su función natural y de su compromiso con el respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales.

Giovanni, entonces, nació, tal y como nosotros, en un espacio y tiempo donde la dignidad humana se ha entendido por algunos funcionarios públicos como una prerrogativa y no como una cualidad irrenunciable de las personas, en una etapa histórica en que el individuo es gestionado como un número y no como una aspiración, y en un momento que, como retrata Argüello (2017, p. 250), “los derechos humanos como tecnología de gobierno dan lugar al surgimiento del homo jurídicus, como el sujeto de derechos autogobernable y socio del neoliberalismo”.

Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos demostrado como el municipio de Ixtlahuacán de los Membrillos, representado por agentes de su Comisaría de Seguridad Pública, incumplieron con las obligaciones que en materia de DDHH asume el Estado mexicano y que, además, en cumplimiento del artículo 1, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estaban jurídicamente comprometidos a observar.

El informe especial emitido por la CEDHJ dio cuenta de varias violaciones graves a los derechos humanos de Giovanni, entre ellos a sus garantías constitucionales, dignidad, tortura, y la consumación de una ejecución extrajudicial. También se advierte, aunque no se menciona directamente, la prestación indebida del servicio público, configurada como una omisión en el actuar de agentes municipales y de la Fiscalía de Jalisco al no informar o presentar queja ante la CEDHJ cuando tuvieron conocimiento de los malos tratos, salud y asesinato de Giovanni.

A través del Esquema de tres niveles de Asbjorn Eide, se han señalado como los policías de Ixtlahuacán de los Membrillos involucrados en estos terribles hechos, se vieron involucrados en un dispositivo gubernamental y

aplicación de prácticas biopolíticas y necropolíticas al decidir no respetar, no proteger y ser cómplices de un entorno en el que los derechos humanos no pueden ni tienen forma de ser ejercitados ni exigidos como escudo de protección.

Por ello, creemos necesario, que desde una visión metodológica multidisciplinaria y académica, se vayan consolidando estructuras y escenarios que puedan hacer aportaciones críticas al cumplimiento y garantía del ejercicio de los derechos humanos, eliminando cualquier vestigio de excesos en el poder público que vuelvan una práctica de dominación repetitiva el castigo y sufrimiento como el que desafortunadamente tuvo Alejandro Giovanni López Ramírez.

Queda como tarea pendiente seguir construyendo puentes entre las distintas áreas del conocimiento que puedan dar cuenta y diseñar herramientas para una más eficaz aplicación de la protección de los derechos humanos, así como para la edificación de una cultura de paz, donde el dispositivo que origina y da pie a violaciones cada vez más graves e incumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, sea sustituido por otro donde la seguridad humana y la dignidad de las personas se encuentre al centro de la protección, respeto y realización de los derechos y libertades fundamentales.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Alston, P. y Steiner, H. (2000). *“International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals”*. EEUU, Oxford.
- Argüello, J. Estévez, *“Derechos Humanos y gubernamentalidad neoliberal: el caso de la consulta previa de los pueblos indígenas”*, en A. y Vazquez, D. (Coord) (2017). 9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos. México. FLACSO, pp. 239-263.
- Beetham, D. (1995): *“What future for Economic and Social Rights?”*, Political Studies, vol. 43, pp. 41-60.
- Buergenthal, T. (1983), *“La Protección de los Derechos Humanos en las Américas”*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Juricentro, pp. 65 y 66

- Buergenthal, T., Y Grossman, C. (1990), *Manual Internacional de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. Costa Rica. Editorial Jurídica Venezuela.
- Carta de las Naciones Unidas.
- Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco (2020). Informe especial sobre el caso Alejandro Giovanni López Ramírez del Municipio de Ixtlahuacán de los Membrillos Jalisco. disponible en <http://cedhj.org.mx/recomendaciones/inf.%20especiales/2020/INFORME%20ESPECIAL%20SOBRE%20EL%20CASO%20GIOVANNI.pdf>. Consultado el día 12 de junio de 2020.
- Chuquimbalqui, B. (2008). *Las obligaciones del Estado ante las desapariciones forzadas de personas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ágora, S/V, S/P.
- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Fondo. Sentencia de 16 de noviembre de 2009
- Eide, A. (1989): "Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach", *Human Rights Law Journal*, vol. 10, pp. 35-51.
- Eide, A. (1992). "National Sovereignty and International Efforts to Realize Human Rights", en Absjorn E. y Berut H. (coord.) *Human Rights in Perspective: A Global Assessment* (Oxford, Blackwell Publishers) pp. 3-30.
- Eide, A. (1995): "Economic, Social and Cultural Rights: a Challenge", en: Eide A, Krause C. y Rosas A. (edit.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook* (Dordrecht 1, Martinus Nijhoff) pp. 15-40
- Escobar, C., (2007) "La protección internacional de los derechos humanos", en Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, Tecnos.
- Estévez, A. y Vazquez, D. (Coord) (2017). "9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos". México. FLACSO.
- Estévez, Ariadna (2017), "La gubernamentalización necropolítica del Estado y la masculinidad hegemónica: dislocación y recomposición ontológica de los derechos humanos", *Derecho y Crítica Social*, vol. 3, no. 1: 45-74
- Ferrajoli, L. (2009). "Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia". España. Trotta
- Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012). *La Obligación de "respetar" y garantizar los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Estudios Constitucionales, año 10, N. 2, pp. 141-192.
- Figuroa, R. (2009). *Justificación del rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud*. Revista Chilena de Derecho, 36, N. 2, pp. 313-342.
- Foucault, M. (2006). "Seguridad, territorio, población". Argentina. FCE.
- Foucault, M. (2009). "Nacimiento de la biopolítica". Madrid. Akal.
- Mbembe, Achille. (2006). *Necropolítica*. Uruguay: Melusina.
- Nowak, M. (2006). "The International Covenant on Civil and Political Rights", en Gómez, F. y Feyter, K. (ed.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*. España. Editorial Universidad de Deusto.

- Pezzano, L. (2014). “*Las obligaciones de los Estados en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos*”. en Anuario Español de derecho internacional, 30, pp.303-346 “*Por no usar cubrebocas policía lo detiene. Lo regresan muerto*”. Portal de noticias LatinUs, fecha 03 de junio de 2020. Disponible en <https://latinus.us/2020/06/03/por-no-usar-cubrebocas-policia-lo-detiene-lo-regresan-muerto/> Consultado el día 12 de junio de 2020.
- Recomendación 10 VG/2018 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (México)
- Serrano, S. (2015). “*Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción*”. México. CNDH
- Shue, H. (1980). *Basic Rights. Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy* Princeton University Press.
- Shue, H. (1984). “*The Interdependence of Duties*”, en: Alston, P. y Tomasevski, K. (edit.), *The Right to Food*. Boston, M. Nihoff pp. 83-95.
- Valencia, S. (2010). *Capitalismo Gore*. Madrid. Melusina,
- Van Hoff, G. (1984): “*The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views*”, en: Alston, P. y Tomasevski, K. (edit.), *The Right to Food*. pp. 97-110

Responsabilidad de las asociaciones público privadas en Colombia, en el marco de la ley 1508 de 2012

*Berónica Narvaez Mercado*¹
*Abraham Junior Dovalé Sajona*²
*Nancy Miranda Ibáñez*³

RESUMEN. La Ley 1508 de 2012 estableció de manera expresa el carácter jurídico de las asociaciones público privadas en Colombia, respondiendo al esquema de contratación de capital público y privado para obras de infraestructura vial y de servicios, por lo que en vigencias pasadas el tema de contrataciones para este tipo de obras presentaba vacíos normativos; con la entrada en vigencia de esta ley el país ha logrado cambios significativos en lo relacionado al sector construcción de vías y servicios. Este trabajo, por lo tanto, desarrolla un análisis de la responsabilidad de las asociaciones público privadas dentro de su marco constitucional, su conceptualización y características. La presente investigación se llevó a cabo desde un enfoque jurídico de carácter cualitativo, utilizando como técnica de investigación la hermenéutica. Logrando concluir que se han visto avances en el sector de infraestructuras y servicios en lo que concierne a ampliación y remodelación de aeropuertos, autopistas nacionales, colegios y hospitales, garantizando el mantenimiento de las obras, buscando brindar una mejor calidad de vida a la pobla-

1 Doctora en Derecho, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe de Colombia, beronica.narvaez@cecar.edu.co, ORCID: 0000-0003-4161-92

2 Especialista en Derecho Administrativo y Abogado de la Corporación Universitaria del Caribe, cecar. Email: abraham.dovales@cecar.edu.co

3 Economista de la Corporación Universitaria del Caribe cecar. majmiranda@gmail.com

ción donde se realiza la inversión, siendo la Responsabilidad de las Asociaciones Público- Privadas en Colombia, en el marco de la Ley 1508 de 2012 compartida.

Palabras clave: Responsabilidad, Asociaciones, Asociaciones Público Privadas y Ley 1508 de 2012

ABSTRACT. Law 1508 of 2012 expressly established the legal nature of public-private partnerships in Colombia, responding to the scheme of contracting public and private capital for road infrastructure works and services, so that in past terms the issue of procurement for this type of work presented regulatory gaps, with the entry into force of this law the country has achieved significant changes in relation to the construction sector and services. This work therefore developed an analysis of the responsibility of public-private associations within its constitutional framework, its conceptualization and characteristics. This research was carried out from a qualitative legal approach, using hermeneutics as a research technique. It concludes that progress has been made in the infrastructure and services sector with respect to the expansion and remodeling of airports, national highways, schools and hospitals, guaranteeing the maintenance of the works, seeking to provide a better quality of life for the population where the investment is made, with the responsibility of public-private partnerships in Colombia, within the framework of Law 1508 of 2012 shared.

Keywords: Accountability, Associations, Public-Private Partnerships and Law 1508 of 2012

Introducción

Durante la última década, se han evidenciado grandes cambios en materia de infraestructura y servicios públicos a nivel internacional y nacional, con base en las necesidades requeridas por la población y los ajustes presupuestales; es así como los gobiernos han acudido a la figura de inversión privada, con el fin de ser más eficaces y eficientes en la optimización de sus recursos permitiendo el desarrollo social y económico del país. En el Reino Unido se introdujo el modelo denominado: The private finance initiative (PFI) (Erazo, 2017), con el fin de lograr la inversión privada, teniendo resultados trascendentales en la aplicación de políticas de industrialización a mediano y largo plazo, y que se han ido adoptando en diferentes países bajo su propia normatividad.

En Colombia mediante el Decreto 222 de 1983, para la celebración de contratos entre la nación y las entidades descentralizadas, se formuló un modelo similar, el cual no cumplió con los resultados esperados al presentar multas y demandas por el retraso en los cronogramas de trabajo acordados. (Becerra, 2014); Para lo cual se crea la Ley 1508 de 2012, en donde

se regula el modelo de las Asociaciones Público Privadas en Colombia, las cuales por medio de un contrato de cooperación a largo plazo entre el sector público e inversionistas privados, buscan impulsar proyectos a nivel del sector infraestructura y social. (Alcaldía de Bogotá), y de ésta forma atraer la inversión privada, empresarios, contratistas y empresas. (Erazo, 2017) El presente estudio busco realizar un análisis de la Responsabilidad de las Asociaciones Público Privadas en Colombia bajo las disposiciones legales determinadas con la entrada en vigencia de Ley 1508 de 2012.

Planteamiento del Problema

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, las Asociaciones Público Privadas en Colombia han sido claves para el desarrollo de la infraestructura en materia de proyectos de 4G y red hospitalaria en el país. Su financiamiento ha sido el punto clave de esta figura jurídica, pues anteriormente la financiación de proyectos se daba por medio del Estado y bajo este modelo la financiación es asumida en un 20% por la firma contratada y el resto por la banca, una vez culminado el proyecto el estado devolverá en partes pactadas los recursos. El Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), en su segundo informe trimestral de 2019, indica que se han incluido 746 proyectos de los cuales 415 han sido desistidos por los proponentes, representando el 55,6% del total. (Departamento Nacional de Planeación, Segundo trimestre de 2019).

Por lo tanto, es pertinente analizar el alcance en materia de responsabilidades de este modelo, pues la firma es la garante de terminar, operar, mantener y cumplir con los estándares de calidad y servicios establecidos en la alianza. (Argos, 2015), ante lo cual se ha planteado la siguiente pregunta problema ¿Cuál es la responsabilidad de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, en el marco de la Ley 1508 de 2012?

Justificación

Debido a las restricciones presupuestales y con el fin de dinamizar la inversión de capitales en el país, se ha llevado a cabo la puesta en marcha las asociaciones público privadas (APP) como medida alternativa de financiamiento e inversión, proporcionando desarrollo y calidad de vida a la población. (Auren, 2019). La creación de la ley 1508 de 2012 que rige las Asociaciones Público Privadas en Colombia, ha permitido crear un tipo de contrato a largo plazo entre el sector público y privado con el fin de mejo-

rar los temas de infraestructura social y de sus servicios en el país. Para tal fin, este tipo de contratos no sólo busca la construcción sino la operación y mantenimiento de las obras. Para Colombia tenemos que entre el año 2016 y 2018 se concedieron 17 proyectos con el modelo de asociaciones público privadas por el orden de los us\$8.400 millones, con un aumento de inversión de us\$16.800 millones, representando 63% del capital privado. (Portafolio, 2019).

La utilidad del presente estudio radica en realizar un análisis de la responsabilidad de las asociaciones público privadas, identificando las características de la responsabilidad en la celebración de este tipo de contratos. Los resultados de este estudio permitirán que la comunidad en general, así como juristas y academia, conformada por su cuerpo de estudiantes, docentes e investigadores desde los distintos grupos de investigación puedan promover políticas que permitan la capacitación y conceptualización de esta norma con el fin de fortalecer los entes territoriales.

Metodología

La investigación es de tipo Jurídico, considerando que se fundamentó en la normatividad vigente colombiana, Ley 1508 de 2012; el enfoque de investigación bajo el cual se realizó este estudio es de carácter cualitativo, el cual recolectó información constitucional, jurisprudencial y doctrinal, con respecto a las Asociaciones Publico Privadas, realizando un estudio de los artículos más relevantes que lo inmiscuyen, teniendo en cuenta las apreciaciones críticas e interpretativas que nos llevan a resolver el tema de investigación.

Desde el punto de vista de las fuentes de información que sirven de apoyo a este estudio, se enmarca dentro del tipo de estudio documental, según Arias (2012) quien define la investigación documental como "... aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos" (p.114). De igual manera, por su contenido, esta investigación se enmarcó dentro de los estudios de tipo jurídico – dogmático. Según Estraña (2009) esta técnica jurídica dogmática reúne los más altos criterios de credibilidad, su originalidad se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, además de ofrecer algunas conclusiones, recomendaciones, en forma de reflexiones finales. Es así que esta técnica se utiliza en revisiones críticas del estado

del conocimiento sobre un problema jurídico, integrando, organizando y evaluando la información contenida en las fuentes del derecho, en estudios de derecho comparado para analizar semejanzas, diferencias y tendencias sobre características o problemas jurídicos en el contexto de realidades socioculturales, geográficas o históricas diversas, con fundamento en las fuentes del derecho o en estudios de investigación jurídica histórica.

Por otra parte, en la presente investigación, se emplea un diseño bibliográfico cuyos datos, según Sabino (2010) “se obtienen de fuentes secundarias” (p. 71), es decir, que han sido previamente obtenidos, procesados por otros investigadores. De igual modo, la técnica será la observación documental, de acuerdo con Nava (2002), que es “aquella que se emplea cuando las unidades de observación están constituidas por documentos” (p. 145), aun cuando se hace uso de la observación fáctica, por tratarse de hechos o fenómenos observables. En lo que respecta a las técnicas de interpretación utilizadas para el análisis de los resultados de la investigación, se acudió a la hermenéutica que significa interpretar, como afirma Martínez (2012), como método utilizado en la investigación científica, pues esta “conlleva necesariamente a una interpretación de los fenómenos estudiados”. (p.89). De igual manera, se emplea la técnica del análisis de contenido, la cual según Ander-Egg (2009) “integra diversos recursos que permiten abordar los eventos de estudio, hechos, situaciones, textos, autores, video, cine, con el interés de profundizar en su comprensión” (p. 217).

La responsabilidad y las asociaciones público privadas

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española (Real Academia Española, 2019) , la responsabilidad surge de la posible obligación de compensar un error y reparar la falta, igualmente de la obligación de tipo moral de quien cometió la equivocación en un asunto específico que lo merezca. La responsabilidad es asumir las consecuencias de los actos que puedan poner en peligro la vida de una persona o de varias, estuviere bien hecho o no y reconociendo los errores cometidos y estando dispuesto a corregirlos.(Sánchez & Morales, 2012). En lo que concierne al Derecho, la responsabilidad jurídica hace referencia a la relación directa que sostiene con el estado, por lo cual los órganos del estado exigen dar cuenta de la transgresión del deber o de la conducta, que ha sido apoyado en una norma jurídica y la cual es coercitiva y para lo cual será objeto de una

sanción jurídica. (Pol, Editorial, & Pol, 2015). En lo que concierne a clases de responsabilidad nos enfocaremos en las que enmarcan el estudio, dentro de las cuales tenemos:

La responsabilidad objetiva, también conocida como teoría del riesgo, se fundamenta en el hecho del resultado producido por el daño, sin tener en cuenta si se cometió bajo dolo o culpa. (Irisarri, 2000). De acuerdo con lo expuesto por (Jimenez, 2003), la responsabilidad objetiva es realizada por el estado mediante un funcionario que la sancione, no es necesario determinar si el autor o persona responsable actuó de forma dolosa, culposa o preterintencional. Lo planteado por (Tamayo, 2007), en lo que respecta a responsabilidad objetiva obedece a una conducta del responsable causante del perjuicio, quien puede exonerarse de toda obligación, al demostrar una casusa de fuerza mayor o culpa de un tercero. Según (Rodriguez, 2016), en la responsabilidad objetiva el responsable en cualquier circunstancia deberá responder por el daño acaecido, teniendo en cuenta que existía un riesgo previsto.

La responsabilidad subjetiva que es propia del ser humano, llevándose a cabo por medio de los actos realizados u omitidos, por lo cual se hace más rigurosa su interpretación. (Férrandez, 2017). En lo que concierne a responsabilidad subjetiva, (Jimenez, 2003), plantea que se hace necesario examinar si el autor es responsable del daño causado, estableciendo la voluntad de éste en el tiempo. La responsabilidad subjetiva precede el actuar doloso o culposo del responsable del daño, sin tener en cuenta que se presente un perjuicio. (Irisarri, 2000). La responsabilidad subjetiva nace ante un daño que debe ser reparado, el cual es antijurídico y donde la culpabilidad se da por parte del responsable.(Sanz Encinar, 2000).

Y, de acuerdo a lo estipulado por (Ossorio, s.f), la responsabilidad contractual se origina por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el acuerdo. Para hacer alusión al concepto de responsabilidad contractual se hace necesaria la existencia de un contrato y que de éste se desglosen responsabilidades por el incumplimiento de los acuerdos pactados en la minuta contractual. (Irisarri, 2000). La responsabilidad contractual nace de la ejecución de un contrato legalmente constituido que no se ha cumplido de forma parcial o total. (Jimenez, 2017). Es menester indicar que, al hacer referencia a este tipo de contratos, debe haber una reparación del daño causado como resultado de la falta al no cumplir con lo acordado en

el contrato por la persona natural o jurídica. (Pizarro, 2010). En palabras de los autores (Henri, Leon, Jean, & Mazeaud, 2010):

La responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio. (p.10).

En cuanto a responsabilidad extracontractual es la que se origina en un hecho jurídico, de no causar daño a otro teniendo la obligación de indemnizar. (Pontificia Universidad Javeriana, 2003). Como lo definen los hermanos (Henri, Leon, Jean, & Mazeaud, 2010), tenemos que en la responsabilidad extracontractual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”. (p.116). La responsabilidad extracontractual teniendo en cuenta la definición de (Ossorio, s.f), nos plantea que nace del daño o perjuicio acaecido por un tercero, sin existir un acuerdo de voluntades en el cual el daño debe repararse. La responsabilidad extracontractual se origina “sin que exista un vínculo jurídico entre las partes como consecuencia de daños personales o patrimoniales, para el cual el autor del daño se encuentra en la obligación de resarcir el daño causado” (Irisarri, 2000).

A su vez, Una asociación es la unión de dos o más personas naturales o jurídicas sin fines lucrativos, que buscan generar un bien social a los asociados o comunidad, en ellas se ejercen derechos y contraen obligaciones. (Gaitán, 2014). Teniendo en cuenta lo establecido por el autor (Ossorio, s.f), la asociación es una agrupación de personas jurídicamente formadas, las cuales persiguen un beneficio social sin ánimo de lucro. Las Asociaciones Público Privadas: De acuerdo con (Guarín & Torres, 2015), las asociaciones públicas privadas nacen del acuerdo legalmente constituido por una entidad privada y el estado, que tiene como finalidad la prestación de bienes y servicios a largo plazo, en donde el organismo estatal y usuarios pactaran cuotas para el financiamiento del contrato, así mismo, ambas partes contarán con deberes y obligaciones enmarcadas en el acuerdo firmado. En palabras del autor (Araya, 2012), las asociaciones público privadas es un tipo de alianza participativa entre el sector público y privado, con un beneficio para todos los actores de la sociedad. Por otro lado, tenemos

la definición planteada por (Erazo, 2017), en donde establece que las asociaciones público privadas son un modelo jurídico que busca incentivar la inversión privada, llevado a cabo por el estado y un particular en todos los sectores que ameriten obras de infraestructura, generando un beneficio para la sociedad.

Las Asociaciones Público Privadas Contractual: En este modelo institucional prima un contrato con disposiciones propias entre el estado y un particular, existiendo prevalencia sobre el estado, en este orden de ideas el estado es el contratante y la entidad privada el contratista. (Erazo, 2017). **Las Asociaciones Público Privadas Institucional:** Se constituyen con la participación de un socio público y privado, a través de una nueva figura contractual, la cual establece responsabilidades y obligaciones de común acuerdo, en donde se comprometen recursos. Una de las formas más utilizadas es la figura de Joint Venture. (Erazo, 2017). **Las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada:** De acuerdo a lo establecido en la ley, los de iniciativa privada se formulan por el socio privado, siendo responsable de los costos, diseños y riesgos. El sector estatal realizará la financiación del 20% del capital invertido y para la recuperación de la inversión se determinará por medio de la utilización económica del proyecto. (Erazo, 2017). **Las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Pública:** como hace referencia a su nombre, este será formulado por el organismo estatal y participación del ente privado. Los aportes públicos serán efectuados por su actividad económica y/o tarifas. (Erazo, 2017).

Asociaciones público privadas en el marco del ordenamiento jurídico colombiano

Al promulgar la Constitución Política de Colombia de 1991 y su artículo 333 se establecieron las primeras bases para la vinculación del capital privado, en los proyectos contemplados por el estado en cuanto a infraestructura y servicios públicos, pasando por una serie de promulgaciones de leyes, decretos y normas que regulan las asociaciones, hasta llegar a la ley 1508 de enero de 2012. (Vargas, 2013). Es así como a partir de este momento identificaremos las características que enmarcan las asociaciones público privadas desde el punto de vista constitucional, jurisprudencial y doctrinal.

Bloque de Constitucionalidad: El Decreto Ley 1467 de 2012, reglamenta la ley 1508 de 2012, el cual establece los parámetros en mate-

ria de términos para la selección, celebración y ejecución de los contratos de asociación público- privadas en el país. (Presidencia de la República, 2012). El documento Conpes 3760 de 2013 (Consejo Nacional de Política Económica y Social de la República de Colombia , 2013), estableció los lineamientos de las asociaciones público-privadas, dentro del cual se plantean la promoción de procesos de selección con transparencia, inversión en infraestructura bajo una aceleración eficaz de su organización, riesgo distribuido, resultados medidos por una gestión contractual, así mismo, optimizar los recursos públicos con la asignación de capital privado.(Orrego, 2017). En el documento Conpes 3819 de 2014 (Consejo Nacional De Política Económica Y Social República De Colombia Departamento Nacional De Planeación., 2014), encontramos que se instauran políticas de cooperación con organismos territoriales y particulares, de manera que sea posible estimular la competitividad y sostenibilidad, teniendo como meta la disminución de la inequidad sectorial y mejoramiento de la infraestructura y servicios del país, en aras de propender una mejor calidad de vida a la población. (Orrego, 2017). El Decreto 063 de 2015, implementa la reglamentación en la inclusión del modelo asociaciones público privadas, en el sector de agua potable y saneamiento básico. (Orrego, 2017) Y el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto reglamentario 1082 del 2015, se da implementación del Registro Único de Asociaciones Público Privada (RUAPP). (Orrego, 2017).

Jurisprudencia: Continuando con el análisis jurisprudencial, se encuentra que en la Sentencia C-050 de 2015, (Corte Constitucional, 2015), la Corte Constitucional señaló que las Sociedades de Economía Mixta pueden ser contratantes más no contratistas, como se describe en el siguiente párrafo: Por consiguiente, la Sala evidencia que la norma se refiere a una limitación prevista por la disposición objetada respecto de la posibilidad de que las entidades excluidas sean contratantes en calidad de *entidades estatales*, sujetas al régimen de contratación pública, más no a la posibilidad de que sean contratistas, en calidad de entidades privadas, sometidas al derecho privado, entendimiento que se deriva del tenor literal de la norma y de su interpretación sistemática con el resto del contenido normativo del artículo 8 objetado, con la Ley 1508 de 2012 y demás leyes concordantes. Por tanto, de conformidad con el enunciado normativo acusado, las entidades excluidas por el párrafo 8 demandado, pueden,

en calidad de contratistas y sometidas al régimen de derecho privado, bajo su propia cuenta y riesgo, presentar proyectos de infraestructura pública o de prestación de servicios públicos, para que las entidades estatales competentes los estudien en el plazo especificado por la propia Ley 1508 de 2012. (Corte Constitucional, 2015)

Así las cosas, las Sociedades de Economía Mixta no son una forma de APP teniendo en cuenta que manejan su propio régimen, sin embargo, podrán bajo el régimen de derecho privado y en calidad de contratistas, presentar contratos para que sean estudiados en el plazo estipulado por la Ley 1508 de 2012. (Erazo, 2017). Mediante Sentencia C-0207-19 la Corte Constitucional, nos indica declara Exequible lo estipulado en el parágrafo 1º del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018, e inexecutable lo contenido en el numeral 4 del inciso segundo salvo:

- a) El inciso primero, que se declara executable, en el entendido de que los reconocimientos a título de restituciones estarán dirigidos al pago del pasivo externo del proyecto con terceros de buena fe. Con el remanente, se podrán reconocer restituciones a favor del contratista, o el integrante o socio de la parte contratista, en los casos en que no esté probado que actuó mediante una conducta dolosa en la comisión de un delito o de una infracción administrativa, dando lugar a la nulidad del contrato por objeto o causa ilícitos, o que participó en la celebración del contrato a sabiendas de tal ilicitud.
- b) La expresión “salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, leasing financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto” contenida en el numeral 4 del inciso segundo, que se declara inexecutable. (Corte Constitucional, 2019).

Doctrina: La doctrina nacional relacionada con la Ley 1508 de 2012, ha sido tema de estudios de varios autores en el país, dentro de los cuales traeremos a relaciones algunas. Para el autor Iván Darío Gómez Lee, define las Asociaciones público privadas como:

La ley 1508 de 2012 define en su artículo 1º a las asociaciones público privadas como un instrumento de vinculación de capital privado para proveer de bienes públicos y de servicios relacionados. Respecto de la provisión de bienes públicos vale la pena eximirlos. (Gómez, 2012). (p.70).

Al hacer alusión a la técnica de financiación Project Finance, los contratos de Asociaciones Público Privadas desde el punto de vista de

instrumentos de financiación, la definen de la siguiente manera: “El Project Finance PF y las Asociaciones Público- Privadas APPS son utilizadas como instrumento de Financiación de proyectos y medio para vincular al sector privado en el desarrollo de infraestructura pública”. (Gonzalez, Rojas, Arboleda, & Botero, 2014). En este orden de ideas el autor Edison Erazo Chapid en su tesis de grado titulada las Asociaciones Público Privadas institucionales en Colombia, nos expresa su concepto de esta forma:

Modelo de negocio financiero, aplicado a través de proyectos de interés general, en donde la necesidad es del estado, para prestar un servicio o adelantar un proyecto de obras públicas, el particular, por su parte, está interesado en participar de los beneficios del vínculo público y privado. (Erazo, 2017)

La responsabilidad de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, en el marco de la Ley 1508 de 2012

Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Con la expedición de la ley 1508 del 2012, se da inicio al nuevo régimen de contratación, el cual busca vincular capital privado y público en materia de infraestructura, servicios y bienes, estableciendo un contrato entre el estado y una persona jurídica o natural de derecho privado. (Becerra, 2014). Este marco normativo está regulado por el Estatuto General de la Contratación Pública (EGCP) y se determina por: (i) redistribución teniendo en cuenta la calidad y estándares, (ii) asignar el riesgo a quien esté en capacidad de operarlos a un costo menor, (iii) comparar las APP con la obra pública, teniendo en cuenta la metodología estipulada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP). (Legis Ámbito Jurídico, 2014). El monto de inversión para la realización de obras bajo iniciativa de Asociaciones Público Privadas sólo puede ser mayor a los seis mil (6.000) smlv. (Erazo, 2017).

Teniendo en cuenta el límite de aportes públicos para ejecutar las APP que provengan de iniciativa privada, el desembolso público no puede exceder el 20% de los recursos para su inversión, y para obras de mantenimiento, operación, mejoramiento y equipamiento lo podrá hacer con recursos provenientes de la actividad económica. Teniendo en cuenta que deben financiar su capacidad económica con proyectos auto sostenibles.

(Legis Ámbito Jurídico, 2014). Al abarcar el tema de las entidades y los sectores excluidos de la ley 1508 de 2012, en el numeral octavo se encuentra consagrado la exclusión de las sociedades de economía mixta y sus sucursales con aportación del estado menor al 50%, sociedades entre entes públicos en las que el estado contribuya con una participación menor al 50% y las empresas industriales, comerciales y de servicios públicos domiciliarios del estado, cuando su dinamismo comercial obre como contratantes, con el fin de salvaguardar sus actividades comerciales y contractuales reguladas por el Derecho Civil y Comercial. (Legis Ámbito Jurídico, 2014).

En lo relacionado con las adiciones, para las de iniciativa públicas, existe un máximo sobre el 30% del valor del recurso público que se estipule o el 20% sobre el plazo que se pactó en el inicio. (DNP, 2013). Lo que concierne al tiempo máximo de ejecución de los proyectos es de 30 años, excepcionalmente habrá un plazo superior, el cual deberá contar con un concepto del Consejo de Política Económica y Social (CONPES), que se dará en la etapa de estructuración. (DNP, 2013). El ámbito de aplicación de esta ley se da en el desarrollo de la infraestructura productiva del país, permitiendo realzar los sectores productivos que contribuyen al crecimiento económico, dentro ellos encontramos, sector transporte, movilidad, comunicaciones y logística, lo relacionado a la provisión de bienes y servicios públicos, así mismo, tenemos en sector de infraestructura social conformado por educación, salud, edificios públicos, penitenciarias, deporte y cultura. (DNP, 2013).

Conclusiones

Se ha logrado analizar que la Responsabilidad de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, en el marco de la Ley 1508 de 2012 es compartida, pues es asumido por quien mejor lo pueda administrar. Las asociaciones público privadas buscan la vinculación de capital privado y público, favoreciendo el crecimiento de la economía, la competitividad, la mejora en la calidad de vida de la población beneficiaria, rigiendo el interés general por el particular. La ley 1508 de 2012, establece dos clases de modalidades de proyectos, bajo iniciativa pública el cual es estructurado por el ente público con participación del privado, con aportes de recursos públicos y/o su explotación y de iniciativa privada en donde el sector privado tiene la responsabilidad de estructurar bajo su cuenta el proyecto. Las Apps re-

presentan un nuevo camino en materia de contratación en nuestro país, el cual aún se encuentra en sus primeros años de creación legal, sin embargo, se han visto avances en el sector de infraestructuras y servicios en lo que concierne a ampliación y remodelación de aeropuertos, autopistas nacionales, colegios y hospitales, garantizando el mantenimiento de las obras, buscando brindar una mejor calidad de vida a la población donde se realiza la inversión.

Declaración de no conflictos

Los autores del presente capítulo, manifestamos que no existe conflicto de intereses ni de principios éticos al realizar la presente investigación y, la misma, está elaborada meramente con propósitos académicos para la Universidad de Guadalajara.

Referencias bibliográficas

- Alcaldía de Bogotá . (s.f.). Obtenido de ABC Asociaciones Público privadas. Recuperado de alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVO&p_NORMFIL_ID=2955&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILENAME
- Araya, J. (Noviembre de 2012). *www.academia.edu*. Obtenido de https://www.academia.edu/3366350/Alianzas_P%C3%BAblico_Privadas_y_Participaci%C3%B3n_Unan%C3%A1lisis_desde_la_Teor%C3%ADa. Recuperado de Alianzas público-privadas y participación: un análisis desde la teoría
- ARGOS. (Octubre de 2015). Obtenido de *Las Asociaciones Público Privadas En Cinco Preguntas*. Recuperado de <http://grandesrealidades.argos.co/las-asociaciones-publico-privadas-en-cinco-preguntas/>
- AUREN. (25 de Julio de 2019). *Asociaciones Publico Privadas, Alternativa Para El Desarrollo De Infraestructura*. Obtenido de <https://www.auren.com/es-MX/blog/sector-publico/2019-07-25/asociaciones-publico-privadas-alternativa-para-el-desarrollo-de-infraestructura>.
- Becerra, L. (Noviembre de 2014). *Universidad Militar Nueva Granada*. Obtenido de Recordando La Historia De Las Asociaciones Publico Privadas. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/13153/Ensayo%20de%20grado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Código Civil. (s.f.). Ley 791 de 2002.
- Congreso de la República. (28 de Octubre de 1993). *Secretaría del Senado*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html. Recuperado de Estatuto General de Contratación. Ley 80 de 1993
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2014). Obtenido de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/conpes_3820.pdf. Documento Conpes 3820

- Consejo Nacional de Política Económica y Social de la República de Colombia . (2013). *Departamento Nacional de Planeación DNP*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>. Recuperado de Documento Conpes 3760
- Consejo Nacional De Política Económica Y Social República De Colombia Departamento Nacional De Planeación. (2014). *Departamento Nacional de Planeación*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3819.pdf>. Recuperado de Documento Conpes 3819 de 2014
- Constitución Política de Colombia*. (1991).
- Corte Constitucional. (2015). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-050-15.htm>. Recuperado de Sentencia C-050 de 2015
- Corte Constitucional. (2019). *Corte Constitucional*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-207-19.htm>. Recuperado de Sentencia C-207 /19
- Departamento Nacional de Planeación. (Segundo trimestre de 2019). Obtenido de Informe trimestral del Registro Único de Asociaciones Público- Privadas (RUAPP). Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Informe%20T%202019.pdf>
- DNP. (2013). *colaboracion.dnp.gov.co Abecé Asociaciones Público Privadas* . Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/HA01%20ABC%20APP%202016.pdf>
- Erazo, E. (2017). *Las Asociaciones Público Privadas Institucionales en Colombia*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Fernández, A. (2017). *juridicas.unam.mx*. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4488/10.pdf>. Recuperado de La Responsabilidad Civil Subjetiva
- Gaitán, Ó. (Enero de 2014). *Camara de Comercio de Bogotá*. Obtenido de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/8345/Guia%20Practica%20Entidades%20sin%20Animo%20de%20Lucro.pdf?sequence=1>. Recuperado de Guía P' ractica de las entidades sin Animo de Lucro y del Sector Solidario
- Gómez, I. (2012). *El Derecho de la Contratación Pública Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos*. Bogotá: Primera Edición Legis S.A.
- Gonzalez , J., Rojas , M., Arboleda, C., & Botero, S. (2014). *Research Gate*. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/271449337_Project_Finance_y_Asociaciones_Publico-Privada_para_la_provision_de_servicios_de_infraestructura_en_Colombia. Recuperado de Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de
- Guarín, P., & Torres, L. (2015). *Procuraduría General de la Nación*. Obtenido de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>. Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada
- Henri, Leon, Jean, & Mazeaud. (2010). *Obra Citada*.
- Irisarri, C. (2000). *Universidad Javeriana* . Recuperado el 25 de Septiembre de 2019, de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>. Recuperado de El Daño Antijurídico y La Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano

- Jimenez, D. (Julio de 2003). Obtenido de Responsabilidad Objetiva. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/descargas/institucional/pubFile1031831/daniel-jimenez2.pdf>
- Jimenez, L. (2017). *Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13599/FINAL%20I%20TESIS%20LUISA.pdf?sequence=1>. Recuperado de La responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial
- Legis Ámbito Jurídico. (19 de Septiembre de 2014). *ambitojuridico.com Las APP y los nuevos retos en la gestión de los asuntos públicos*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/educacion-y-cultura/las-app-y-los-nuevos-retos-en-la-gestion-de-los-asuntos>
- Ossorio, M. (s.f). *Herrera Penalzoza*. Obtenido de <http://herrerapenalzoza.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicas-y-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>. Recuperado de Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales
- Pizarro, C. (2010). *“La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno” en Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños y perjuicios*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pontificia Universidad Javeriana. (Marzo de 2003). *Pontificia Universidad Javeriana*. Obtenido de <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS54.pdf>. Recuperado de Análisis de la Responsabilidad Jurídica en el ejercicio de la actividad Médica
- Portafolio. (16 de Mayo de 2019). *Colombia, el segundo más propicio para las APP en Latinoamérica*. Obtenido de <https://www.portafolio.co/economia/infraestructura/colombia-el-segundo-mas-propicio-para-las-app-en-latinoamerica-529654>
- Presidencia de la República. (6 de Julio de 2012). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48266>. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48266>. Recuperado de Decreto Ley 1467 de 2012
- Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la lengua española, 23.ª edición*. Recuperado el 08 de 09 de 2019, de <https://dle.rae.es/>
- Rodriguez, M. (1 de Noviembre de 2016). *Universidad de Los Andes*. Recuperado el 10 de Septiembre de 2019, de https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri612.pdf. Recuperado de Concepto y alcance de la responsabilidad objetiva
- Senado de la República. (30 de Diciembre de 1993). *Congreso de la República*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0105_1993.html. Recuperado de Ley 105 de 1993
- Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil (t. I)*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Vargas, M. (2013). *Universidad EAFIT*. Obtenido de <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5236/Una%252520aproximacion%252520a%252520las%252520asociaciones%252520publico%252520privadas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Recuperado de aproximación teórica a las asociaciones público-privadas



Anexo

Rubrica de evaluación pares ciegos

Revisión de formato y contenido para comunicaciones académico científicas publicables por la Maestría en Derecho, Universidad de Guadalajara CUSUR.

Fecha de revisión _____

Código del capítulo evaluado _____

Estimado evaluador, antes que nada, le agradecemos su apoyo consistente en la revisión y evaluación de los productos académicos de los alumnos y profesores de la Maestría en Derecho, este es un ejercicio que nos permite garantizar producción científica de calidad.

De favor le pedimos que marque los rubros que se solicitan en cuerpo del documento y dictamine sobre el documento evaluado.

Nota: este es un proceso de evaluación por pares con la técnica de doble ciego, por lo tanto, los capítulos son remitidos sin autores, asimismo, los autores no conocerán quienes fueron sus evaluadores. El dictamen final será remitido por el coordinador de la obra con base a los dictámenes.

2= Cumple

1= Trabajar

0= No cumple

NA= No aplica

Criterio	2	1	0	NA	Comentarios
La extensión del artículo es de mínimo 20 cuartillas y máximo 25 cuartillas.					
Se identifica claramente la modalidad y relevancia.					
El título es de máximo 15 palabras y describe el contenido del documento.					
El resumen muestra en 200 palabras una breve introducción, objetivo, método y resultados/ conclusiones del contenido del documento.					

Contiene entre 3 a 5 palabras claves después del resumen que describen el contenido del documento.					
Criterio	2	1	0	NA	Comentarios
La introducción muestra una descripción breve de lo que trata el capítulo, la relevancia, planteamiento, justificación y el propósito u objetivo.					
Objetivo, es coherente y permite responder la(s) pregunta(s) de investigación					
Metodología, se describe el tipo de estudio, se identifican y describen las fuentes de información/ participantes, bases de datos consultadas, así como los criterios y procedimiento de selección, estrategia de búsqueda de textos, describe las técnicas, métodos para el análisis de datos y las consideraciones éticas.					
Resultados, se relacionan con los objetivos presentan un análisis propio					
Conclusiones, se fundamentan en los textos analizados, reportan los principales hallazgos del estudio, son claras y concretas que manifiestan la postura del o los autor(es).					
Las referencias son pertinentes y actualizadas					
Criterio	2	1	0	NA	Comentarios
La totalidad de las referencias se encuentran citadas en el texto					
La totalidad de citas se encuentran en el listado de referencias					
Se utiliza el sistema de referencias de la Asociación Psicológica Americana (APA)					

Los cuadros, gráficas, tablas, esquemas o mapas se identifican con un encabezado y están numerados, tienen buena calidad igual o mayor a 300 dpi y señalan la fuente					
Existe una adecuada redacción sin errores ortográficos ni gramaticales					

Dictamen:

Favor de anotar y en su caso explicar y/o justificar el dictamen, los tres dictámenes posibles son: aceptado, aceptado con correcciones, no aceptado.

Dictamen:**Observaciones:**

Por último, favor de firmar el presente documento, en caso de que no le sea posible entregarlo físicamente a la coordinación de la Maestría en Derecho, favor de remitirlo por correo en formato PDF.

Nombre y firma del evaluador



Tomo 3 Red Jurídica

Intersecciones del Derecho México-Colombia

Se terminó de imprimir en enero de 2021 Diseño e impresión:

Amaya ediciones S de RL de CV

Enrique Díaz de León 514-2 Guadalajara, Jalisco. México

www.amayaediciones.mx

informes@amayaediciones.mx



El tercer tomo de la colección **RedJurídica**, es el resultado del trabajo realizado por estudiantes y docentes de la Maestría en Derecho de Universidad de Guadalajara en la sede Centro Universitario del Sur, y cuyas aportaciones pretenden contribuir en la generación del conocimiento y el fortalecimiento de las ciencias jurídicas.

Su construcción tuvo la participación de expertos externos nacionales e internacionales que colaboraron bajo la técnica de pares ciegos, pasaron por un proceso de revisión disciplinar y metodológica por parte del comité editorial interno del programa; en la última de revisión se hizo uso de herramientas anti plagio en la que se buscó estar por debajo de los porcentajes de coincidencias que actualmente se permiten, situación que abonó a fortalecer la autenticidad de las propuestas.

En esta edición se incorporan las colocaciones del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad de Guadalajara en su sede Tonalá, y se integraron propuestas de la Coordinación de Posgrados del Corporativo Universitario CECAR de Colombia con quienes se tienen lazos de colaboración muy estrechos.

ISBN: 978-607-8408-48-1



9 786078 408481

ISBN: 978-607-8408-63-4



9786078408634