

JUS

REVISTA JURÍDICA
CUERPO ACADÉMICO DERECHO CONSTITUCIONAL
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN

Núm. 11 Vol. 2 Mayo-Agosto 2023



U N I V E R S I D A D A U T Ó N O M A D E S I N A L O A



JUS

REVISTA JURÍDICA

CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN-UAS

Número 11, volumen 2, mayo-agosto 2023.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA

DIRECTORIO

DR. JESÚS MADUEÑA MOLINA

Rector de la UAS

DR. GERARDO ALAPIZCO CASTRO

Secretario General

DR. JORGE MILÁN CARRILLO

Secretario Académico Universitario

DR. MARIO NIEVES SOTO

Director General de Investigación y Posgrado

DR. ANDRÉS AVELINO SARABIA RÍOS

Director de la Facultad de Derecho Culiacán

COMITÉ EDITORIAL

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ

Director general JUS

DRA. SONIA ELIZABETH RAMOS-MEDINA

Editora en jefe JUS

DR. MANUEL ANTONIO DURÁN-LUZURIAGA

Editor Asociado

DR. CARLOS FRANCISCO CAMERO RAMÍREZ

Gestor editorial JUS

MC. JOSÉ VLADIMIR PAREDES CUEVAS

Corrector de estilo

LIC. HÉCTOR CARLOS LEAL LÓPEZ

Soporte Técnico

CONSEJO ARBITRAL



Consejo Arbitral Internacional

Dr. Miguel Ángel Andrés Llamas –
Universidad de Salamanca, España
Dr. Juan Manuel Bautista Jiménez –
Universidad de Salamanca, España.
Dra. Eleonora Mesquita Ceia –
Universidad Federal do Rio de Janeiro, Brasil.
Dr. Manuel Alcántara Sáez –
Universidad de Salamanca, España.
Dr. Walter Reifarth Muñoz –
Max Planck Institute Luxembourg / USAL.
Dra. Ana Teresa Intriago Ceballos –
Universidad Central del Ecuador, Ecuador.
Dra. María Mercedes Iglesias Baréz –
Universidad de Salamanca, España.
Dra. Mayda Goite Pierre –
Universidad de la Habana, Cuba.
Dr. Iván Llamazares Valduvico –
Universidad de Salamanca, España.
Dr. Carlos Eduardo Saraza Gómez –
Fundación Universitaria del Área Andina,
Colombia.
Dr. Arnel Medina Cuenca –
Universidad de la Habana, Cuba.
Dr. José Luis Domínguez Álvarez –
Universidad de Salamanca, España.
Dra. Celín Pérez Nájera –
Universidad de Ciego Ávila Máximo Gómez
Báez, Cuba.
Dr. Francisco Sánchez López –
Universidad de Salamanca, España.

Consejo Arbitral Nacional

Dr. Raúl Montoya Zamora –
Universidad Juárez del Estado de Durango.

Dr. Miguel Paradela López –
Tecnológico de Monterrey Campus Querétaro.
Dra. Gabriela Valles Santillán –
Universidad Juárez del Estado de Durango.
Dra. Aurea Esther Grijalva Eternod –
Universidad de Guadalajara.
Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta –
Universidad Autónoma de Querétaro.
Dr. Ramón Gil Carreón Gallegos - *Universidad*
Juárez del Estado de Durango
Dra. Sonia Escalante López -
Universidad de la Policía del Estado de
Sinaloa.
Martín Gallardo García -
Universidad Juárez del Estado de Durango
Dr. Dasaev Sosa Arellano –
Universidad Autónoma de Baja California.
Ma. Magdalena Alanís Herrera –
Universidad Juárez del Estado de Durango
Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano –
Universidad Autónoma de Nuevo León.
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez –
Universidad Juárez del Estado de Durango.

Consejo Arbitral Local - UAS

Dr. Gonzalo Armienta Hernández
Dr. Francisco Álvarez Valdez
Dr. Mauro Sandoval Ceja
Dr. José Rodolfo Lizárraga Russell
Dra. Guadalupe Davison Corrales
Dr. Jesús Manuel Niebla Zatarain
Dr. Andrés Avelino Sarabia Ríos
Dra. Lucía Becerra Hernández
Dr. Orlando Gutiérrez López
Dr. Pablo Alfonso Aguilar Calderón
Dra. María Delgadina Valenzuela Reyes
Dra. Denise Díaz Quiñonez

El Consejo Editorial de JUS Revista Jurídica agradece las generosas colaboraciones realizadas por investigadores nacionales e internacionales pertenecientes a reconocidas universidades y centros de investigación que participaron como pares evaluadores. En honor a sus contribuciones, se divulgan sus nombres, lo que permite a una publicación de acceso abierto mantener la integridad de su procedimiento de evaluación y asegurar estándares de calidad.

REVISTA JUS DEL CUERPO ACADÉMICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, vol. 2, núm. 11, mayo- agosto 2023, es una publicación cuatrimestral editada por la Universidad Autónoma de Sinaloa, a través de la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán. Av. Las Américas, s/n, Col. Ciudad Universitaria, Culiacán Rosales, Sinaloa. Tel. 667 712 8805. Editor responsable: Sonia Elizabeth Ramos-Medina. Correo electrónico: revistajus@uas.edu.mx Reservas de Derechos al Uso Exclusivo Núm. 04-2016-052414163800-102, ISSN: 2448-7392, Licitud del título Núm. 16780, ambos otorgados por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. JUS Revista Jurídica permite el acceso sin restricciones a todo su contenido desde el momento de su publicación (Open Access), cuyos contenidos se difunden con una licencia Creative Commons Reconocimiento- No Comercial – Compartir igual 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0). Dado que cada artículo es obra original del autor, esta revista rechaza cualquier reclamación legal derivada del plagio o de la reproducción total o parcial de trabajos publicados con anterioridad. En su lugar, el autor de cada artículo será considerado legalmente responsable.

JUS Revista Jurídica se encuentra registrada en los siguientes índices y directorios nacionales e internacionales:



CONTENIDO

La Constitución y los derechos humanos de las mujeres en México 7

The Constitution and women's human rights In Mexico

Alba Victoria **López Salazar**

Límites al derecho: politización y corrupción del sistema judicial en Ecuador 31

Limits to the law: politicization and corruption of Ecuador's judicial system.

Francisco **Castillo Merino**

Estudio comparativo entre México, España, Estados Unidos de América y Chile sobre el derecho de acceso a la información pública..... 56

Comparative study between Mexico, Spain, The United States of America, and Chile on the right of access to public information

Karla **Ortega Flores**

La revocación de mandato en México: análisis jurídico..... 98

The revocation of mandate in Mexico: a legal analysis.

Felipe César **González Morga**

Derecho penal del enemigo como mecanismo estratégico para combatir a sujetos potencialmente peligrosos..... . 112

Criminal law of the enemy as a strategic mechanism to combat potentially dangerous subjects

Eduardo Daniel **Vázquez Pérez**





EDITORIAL

En línea con el vínculo entre reflexión académica y realidad social *JUS Revista Jurídica* pone a consideración este nuevo volumen. Sus artículos discurren sobre diferentes temáticas que mantienen un hilo conductor: el enfoque jurídico sobre temas de actualidad sin dejar de lado cuestiones de doctrina.

A través de un destacado análisis histórico-normativo Alba López presenta la evolución en los derechos de las mujeres. Si bien el énfasis se pone en la vulneración de estos derechos, sus propuestas apuntan a una transformación integral (con perspectiva de género) capaz de incluir actores e instituciones involucrados en la aplicación de derechos.

Con un análisis de caso Francisco Castillo propone una hipótesis reveladora: la capacidad de influencia que tienen el poder político y económico sobre el sistema de justicia. Como consecuencia directa se altera la efectividad de la normativa generando espacios para la proliferación de problemas sociales.

En el contexto social actual el derecho al acceso a la información se ha constituido en uno de los puntos medulares para la reflexión jurídica. Karla Ortega realiza un estudio comparado de cinco países presentando detalles de cómo ha surgido la legislación, los procesos de acceso y las instituciones garantes.

Mediante un ejercicio de análisis en profundidad Felipe González nos muestra los entresijos de una importante herramienta político-jurídica: la revocación del mandato. El texto nos muestra algunos rasgos: su incorporación reciente, su capacidad para generar espacios de debate y participación.

Frente a la tradicional postura del derecho penal garantista Eduardo Vázquez presenta un planteamiento distinto: el derecho penal del enemigo. Su texto analiza la posibilidad de implementar este enfoque en entornos con altos niveles de violencia a fin de anticipar las respuestas a riesgos futuros.

Autores y equipo editorial hemos aunado esfuerzos para ofrecer un material que propenda a la reflexión y el análisis con el nuevo protagonista que cierra la triada: Ud. estimada/o lector.

Manuel Antonio Durán-Luzuriaga
Editor asociado JUS





ARTÍCULO

OPEN ACCESS

La Constitución y los derechos humanos de las mujeres en México

The Constitution and women's human rights in Mexico

Alba Victoria López Salazar

0000-0002-1410-7779

Recibido: 09 de diciembre 2022.

Aceptado: 27 de junio 2023.

Sumario

I. Introducción. II. Los derechos fundamentales femeninos en la legislación internacional. III. La mujer y sus derechos humanos en la Constitución de 1917. IV. Casos emblemáticos de transgresiones graves en materia de derechos humanos de mujeres en México. V. Conclusiones. VI. Propuestas.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.



La Constitución y los derechos humanos de las mujeres en México

The Constitution and women's human rights in Mexico

Alba Victoria López Salazar*

Resumen

A lo largo de la historia, las mujeres han protagonizado diversas luchas para obtener el reconocimiento de sus derechos, especialmente el de la igualdad. Han sido víctimas de discriminación y consideradas como meros objetos o propiedad del sexo masculino, debido al arraigado sistema patriarcal que se ha transmitido de generación en generación y que se refleja tanto en las costumbres como en la legislación. El objetivo de este trabajo es analizar de manera concisa los antecedentes de la legislación nacional e internacional que ha reconocido y plasmado los derechos de las mujeres. Para ello, se recurre a distintos métodos y técnicas de investigación, que permiten consultar los diversos mecanismos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres. Especialmente, se utiliza el método histórico para estudiar los orígenes y la evolución de los derechos humanos de las mujeres, y se recurre al método sociológico-jurídico para revisar casos emblemáticos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos de las mujeres en México.

Palabras Clave: Derechos de las mujeres, Igualdad de género, Discriminación, Sistema patriarcal, Marcos legales.

Abstract

This article presents a succinct analysis of the historical and international legal frameworks surrounding the recognition and protection of women's rights. Women have long been at the forefront of struggles for equality, facing discrimination and objectification within a deeply entrenched patriarchal system. Drawing on various research methods and techniques, including the historical and sociological-legal approaches, this study explores the origins and evolution of women's human rights while examining emblematic cases of systematic violations in Mexico. By shedding light on the progress made and challenges that remain, this research contributes to the ongoing pursuit of gender equality and social justice.

Keywords: Women's rights, Gender equality, Discrimination, Patriarchal system, Legal frameworks.

“Las mujeres, aunque extremadamente visibles como seres sexuales, permanecen invisibles como seres sociales”.
Monique Wittig¹

* Profesora e investigadora de tiempo completo (Facultad de Derecho Culiacán). Email: alba@uas.edu.mx.

¹ Escritora francesa, teórica feminista, entre sus obras destacan: Las guerrilleras en 1969, El cuerpo lesbiano en 1973, entre otros.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta investigación es estudiar y analizar el origen y la evolución de los derechos fundamentales y libertades de las mujeres en México, centrándose en aspectos históricos destacados que resaltan el papel fundamental de los movimientos feministas. A continuación, se presenta un breve resumen de las contribuciones realizadas por estos movimientos para lograr el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres en convenciones, declaraciones, tratados internacionales y el marco jurídico a nivel nacional y local.

Históricamente, la búsqueda de igualdad y reconocimiento entre hombres y mujeres ha sido un objetivo central en los diferentes movimientos feministas. Se considera que desde el siglo XVII, en Europa, mujeres como Olympe de Gouges², quien, elaboró un documento al que denominó Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana, parafraseando a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, buscando así emancipar a la mujer, y lograr el reconocimiento de la igualdad de derechos entre las personas: mujeres y hombres.

En ese contexto, el movimiento feminista se enfocaba en cuestiones éticas y análisis políticos, ya que el derecho a la educación no estaba presente y los hombres ejercían el poder sobre las mujeres. Se discutía abiertamente sobre la desigualdad entre hombres y mujeres, ya que se consideraba que estas últimas carecían de la capacidad de razonar.

En 1622, Marie de Gournay redactó un tratado sobre la igualdad entre hombres y mujeres, siendo una de las primeras referencias en la lucha por los derechos humanos de las mujeres. Posteriormente, en 1625, Catherin de Vivonne, marquesa de Rambouillet, estableció un albergue con un salón donde mujeres y hombres podían entablar conversaciones, siendo otro ejemplo destacado de mujeres que contribuyeron a la lucha por los derechos de las mujeres.

Sin embargo, fue en el siglo XVIII, durante el movimiento de la Ilustración, cuando el feminismo emergió como resultado de la Revolución Francesa. La caída de la aristocracia proporcionó a las mujeres la oportunidad de unirse y comenzar a difundir su lucha a través de boletines y otros materiales. Así, el feminismo ha sido objeto de estudio y análisis en distintas etapas a medida que ha evolucionado.

² Olympe de Gouges es el pseudónimo de Marie GOUZE. Fue guillotizada el 3 de noviembre de 1793.

De esta manera, surgió lo que se conoce como la primera ola del feminismo, que abarcó la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX. Esta etapa se caracterizó por el racionalismo, donde la ciencia y la racionalidad se destacaron como principios fundamentales. El empirismo también fue importante, estableciendo que el conocimiento se deriva de la experiencia y los hechos. Además, el utilitarismo enfatizó que la veracidad de una teoría se basa en su valor práctico. Durante esta etapa, el movimiento feminista buscó el reconocimiento de prerrogativas como el acceso a la educación, al trabajo, a los derechos conyugales y los relacionados con la descendencia. Asimismo, como el derecho a votar y ser votadas.

De la misma manera, el feminismo ilustrado o de la ilustración estableció la equidad entre hombres y mujeres, reprochó la hegemonía del hombre, reconoció los engranajes sociales y culturales que intervienen en la cimentación del sometimiento femenino y confeccionó tácticas para lograr la liberación mujeril.

La segunda ola del movimiento feminista, que se desarrolla desde el sufragismo hasta Simone de Beauvoir, cuenta con destacadas figuras como Emily W. Davison, quien perdió la vida el 4 de junio de 1913 debido a sus ideas. En esta etapa, la lucha se centró en obtener la aprobación para que las mujeres pudieran participar en las elecciones. Las sufragistas inglesas habían estado luchando durante sesenta años por este reconocimiento. Sin embargo, dicho movimiento sufragista surgió a finales del siglo XIX en Norteamérica. En 1848, en Seneca Falls, se publica la Declaración de Sentimientos, considerada el documento fundacional del sufragismo en Estados Unidos.

En 1868, surgió la Asociación Nacional Pro-Sufragio de la Mujer (NWSA, por sus siglas en inglés), cuyas principales fundadoras fueron Elizabeth Cady Stanton y Susan B. Anthony. Esta organización tenía como objetivos primordiales la inclusión de las mujeres en las elecciones y su derecho al acceso a la educación. En 1869, Stuart Mill publicó "La sujeción de la mujer", considerado un texto fundamental para las feministas de la época.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las mujeres se vieron relegadas al ámbito doméstico, dando paso a la tercera ola del feminismo, caracterizada por las "tres C": Casa, Calceta y Cocina. La domesticidad obligatoria volvió a prevalecer, y muchas mujeres fueron despedidas de sus empleos. En 1963, Betty Friedan publicó su influyente libro "La mística de la feminidad", una de las obras destacadas de ese periodo.

El 29 de octubre de 1966, se fundó la Organización Nacional de Mujeres en Estados Unidos de América (NOW, por sus siglas en inglés), cuyos objetivos incluían la

promoción de la equidad de oportunidades, el fin de la exclusión de las mujeres y grupos vulnerables, el acceso de las mujeres a la educación, así como la igual representación de mujeres y hombres en comités y delegaciones de agrupaciones y organizaciones políticas, entre otros aspectos.

En la actualidad, se encuentra en curso la cuarta ola del movimiento feminista, donde diversas organizaciones y colectivos marchan en las calles para exigir justicia por los miles de mujeres desaparecidas o asesinadas de manera violenta. También se denuncian cientos de casos de acoso y hostigamiento en espacios públicos y privados, ya sea en entornos laborales, educativos o virtuales, entre otros.

Estos acontecimientos evidencian que, si bien se han logrado avances en la lucha por el avance y reconocimiento de los derechos de las mujeres, muchas de las pioneras en este movimiento han sido víctimas de violencia y han perdido sus vidas por sus ideales de equidad, justicia y libertad.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FEMENINOS EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

Son diversos los tratados, convenciones o declaraciones internacionales ratificados y firmados por el Estado Mexicano que comprenden derechos humanos de las mujeres, entre ellos se pueden glosar:

a) Convención Universal de Derechos Humanos³

Declaración que establece un avance en materia de prerrogativas y derechos fundamentales. Fue redactada por comisionados de las diferentes latitudes del orbe con distintos antecedentes legales y culturales, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, con fecha 10 de diciembre de 1948 en su Resolución número 217 A (III). Establece principalmente, los derechos humanos y fundamentales universales, además cuenta con una traducción a más de 500 lenguas. En su prefacio establece que la emancipación, la probidad y la unión universal tienen por principio la evocación de la grandeza y dignidad connatural y de prerrogativas idénticas e irrenunciables de las personas. Comprende fundamentos como el de no distinción y proclama la reminiscencia de prerrogativas a todo ser, sin distinción alguna, sexo, creencia, religión, edad, origen, entre otras. Cabe destacar, que aun cuando se habla de

³ Consultada en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

no discriminación, en el año de su aprobación, gran parte de los Estados no contemplaban el sufragio femenino. El texto consta de 30 artículos, entre los que destacan:

El primer numeral, que se refiere al nacimiento de las personas con libertad e igualdad, dotadas de derechos, razón y conciencia. El segundo numeral, que establece que todos los individuos gozan de derechos y autodeterminación reconocidos en la Declaración, sin distinción por raza, sexo, color, idioma, religión, entre otros. En cuanto al tercer numeral, se reconoce el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal; resulta evidente que el fenómeno de los feminicidios, que representa una violencia extrema contra las mujeres basada en su género, infringe este artículo, resultando en desapariciones y muertes de mujeres.

Por su parte, el séptimo numeral establece la igualdad ante la ley sin ninguna discriminación, así como la protección igualitaria por parte de la legislación. El artículo vigésimo tercero señala el derecho de toda persona a elegir libremente su profesión y empleo, a condiciones de trabajo equitativas, a un salario satisfactorio que garantice una vida digna para sí y su familia, así como el apoyo en caso de desempleo. Además, el artículo vigésimo cuarto garantiza el derecho al descanso, el tiempo libre, las vacaciones y otras prestaciones relacionadas.

Por último, el vigésimo quinto numeral reconoce los derechos y la asistencia especial tanto para las mujeres en etapa de maternidad como para la infancia⁴.

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16-Dic-1966).

Establece que acorde a los fundamentos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la autodeterminación, la probidad y la unión en el universo tienen como principio el reconocimiento de la honra inherente a todos los integrantes del linaje humano y de sus derechos idénticos e irrenunciables.

Consta de VI partes en las que se desarrollan sus 53 artículos. Por ejemplo, el artículo vigésimo tercero enuncia que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y, por ende, merece protección por parte del Estado. Reconoce el derecho tanto de hombres como de mujeres a contraer matrimonio y formar una familia. Asimismo, el artículo

⁴ Para ampliar información, consulte la Declaración Universal de Derechos Humanos.

vigésimo sexto establece el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, sin hacer distinciones, y garantiza igual protección por parte de la legislación.

c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales.

Se conforma por V partes en las que se comprenden sus 31 artículos.

A decir, el numeral tercero señala que los Estados Parte se responsabilizan de garantizar a todas las personas al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos económicos, sociales y culturales; por su parte, el artículo séptimo reconoce el derecho de toda persona a condiciones laborales igualitarias y confortables.

d) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Su prefacio establece que su propósito es consolidar la región, adentro del cuadro de las organizaciones demócratas, un sistema *de autodeterminación personal* y de *justicia general, fundada en consideración a las prerrogativas fundamentales de las personas*.

Se conforma por once capítulos, 82 artículos, entre los que destacan en materia de derechos humanos de las mujeres, los siguientes:

El cuarto numeral establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida, desde el momento de la concepción, y que nadie puede ser privado de su vida de manera arbitraria. En relación con el artículo quinto, se regula el respeto a la integridad corporal, mental y moral de todos los hombres y mujeres. Por otro lado, el numeral onceavo señala que toda persona tiene derecho al respeto de su honor y reputación, y a ser reconocida en su dignidad. Finalmente, el vigésimo cuarto numeral establece que todas las personas son iguales ante la ley y, por lo tanto, gozan de la misma protección y garantías legales⁵.

e) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Es un pacto universal que reconoce y ampara prerrogativas para las féminas.

La CEDAW es trascendental, ya que es el primer mecanismo que contempla expresamente la situación estructural de quebranto de las mujeres, sopesa las diversas formas de segregación que viven e instaura parámetros de acciones y políticas públicas para su combate. En treinta artículos, considera prerrogativas (como la equidad, probidad personal, intervención política y ciudadanía, entre otros), define a la discriminación ejercida en contra de la mujer, por lo que fija guías y tácticas para eliminarla y materializar la equidad y paridad entre las personas tanto en el entorno público como

⁵ Para ampliar información, consulte la Convención Americana de Derechos Humanos.

privado, de la misma manera para espacios educativos, sociales, económicos, culturales, políticos y laborales.

Favorece tanto a hombres como a mujeres, por lo que es un instrumento útil en la protección y defensa legal y política en materia de derechos humanos, pues esta encauzado en la lucha, por medio de la enseñanza y las acciones y políticas públicas, de la percepción estereotipada de las personas. Así pues, la CEDAW dispone de los siguientes puntos:

1. La exigencia de suprimir la falsa percepción de que las féminas son sumisas.
2. El ímpetu por una educación innovadora en la que el cuidado de las personas sea una corresponsabilidad compartida entre hombres y mujeres.
3. El efectivo acceso a servicios de salud para planificar familia, al momento del embarazo, parto y puerperio.
4. La abolición de todas las formas de comercialización, circulación y abuso sexual en contra de mujeres y niñas.
5. Participación mayoritaria de mujeres en el espacio público y el pleno respeto por sus derechos políticos.

En su artículo primero expresa que discriminación contra la mujer es:

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

México, al ratificar dicha Convención, se comprometió a armonizar su legislación, para con ello, poder combatir y eliminar la discriminación contra las mujeres.

f) **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁶**

Describe a la violencia ejercida en contra de las mujeres, de esta manera, erige el derecho de éstas a vivir una vida libre de violencia, por lo que recalca a esta conducta como una violación de los derechos humanos y de las libertades esenciales limitando así el goce y ejercicio de sus derechos.

Por primera vez un tratado internacional enuncia la mejora de mecanismos de apoyo y garantía de los derechos de las mujeres como primordiales para el combate del

⁶ Adoptada por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos (OEA) en junio 9 de 1994, es conocida como la Convención Belem do Pará.

fenómeno de la violencia contra su probidad física, carnal y psíquico, en los entornos público como en el privado, y su reincorporación social.

Así pues, surge la interrogante: ¿Cuáles derechos reconoce y protege la Convención? Éstos se contemplan en los numerales del tercero al sexto, estableciendo en términos generales que:

Las mujeres tienen derecho a vivir libres de violencia, tanto en los espacios públicos como privados, así como a ser valoradas y educadas libre de roles y estereotipos de género, de prácticas sociales y culturales basadas en la sumisión y sometimiento. Se contempla también el derecho a la evocación, disfrute, actuación y tutela de todos los derechos humanos y las libertades consagradas por los pactos regionales e internacionales sobre derechos humanos, los cuales incluyen, entre otros: el derecho a la vida; al respeto sobre su plenitud corporal, mental y su moralidad; derecho a libertad y seguridad personales y a no ser sometida a torturas; el derecho a protección familiar y respeto a su dignidad como persona; el derecho a igual protección ante la ley y de la ley; el derecho a un recurso fácil y ágil ante los tribunales competentes, que la proteja contra actos que vulneren sus derechos, a la libertad de asociación y reunión, a la libertad de practicar religión y/o creencias de su elección y a tener idéntico acceso a las funciones públicas de su país y participación en los asuntos públicos, incluida, la toma de decisiones.

III. LA MUJER Y SUS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Dentro de la batalla histórica de las féminas por la evocación a sus derechos destaca, sólo por mencionar algunos, su derecho para acceder a educación, a la igualdad, al trabajo, derechos políticos, civiles y familiares, así como sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros.

En el contexto de la legislación mexicana, es evidente que ha habido diversos documentos en los cuales los derechos de las mujeres han sido relegados y pasados por alto. Históricamente, se les asignaba un papel subordinado en la sociedad y la familia, siendo su principal función la obediencia hacia el padre y el esposo. Esta visión limitaba su capacidad de tomar decisiones y autogobernarse de forma independiente.

Este breve pasaje por la legislación mexicana inicia en 1812 con la Constitución de Cádiz, la que establece que la soberanía radica en el pueblo, perteneciendo a éste el

derecho de erigir sus leyes en igualdad de los súbditos del imperio; así, para 1814 la Constitución de Apatzingán recogió los Sentimientos de la Nación, estableciendo derechos humanos como el de igualdad, seguridad, propiedad y libertad.

Para 1824, la Constitución dio vida al federalismo y entre sus disposiciones constituye una república representativa, popular y federal; reconoce libertades como la de escribir y publicar ideas políticas sin censura previa, entre otras. Para los años 1835-1836, las Siete Leyes Constitucionales fijan el periodo presidencial en ocho años, dividiendo a la nación en departamentos, éstos a su vez en demarcaciones y éstos en secciones.

En 1843, las Bases Orgánicas de la República Mexicana establecieron la pena capital y limitaron la libertad de imprenta. Posteriormente, en el Acta Constitutiva y de Reforma de 1847, se establecieron garantías individuales (actualmente conocidas como derechos humanos) para los habitantes de la nación. Además, se eliminó el cargo de vicepresidente y se implementaron elecciones directas para la selección de diputados, senadores, presidente de la república y miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Finalmente, en 1857, la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), señaló que [...] Los derechos del hombre son la raíz y el propósito de las instituciones sociales, aboliendo la esclavitud, otorgando libertades laborales, de propiedad, de expresión de las ideas, imprenta, libertad de asociación, reconociendo que los varones mexicanos tienen derecho a voto, casados y con 18 años cumplidos o 21, si no lo son.

De acuerdo con la Dra. María Delgadina Valenzuela Reyes, en su artículo titulado “Evolución Legislativa sobre los Derechos e Igualdad Jurídica de la Mujer en México” en el que señala que:

“La ley del matrimonio civil de 1859 de don Benito Juárez cambia la estructura que había en ese entonces y quitó a la Iglesia su competencia para los actos referentes al estado civil de las personas, declarando que es jurisdicción del Estado; respecto al Código Civil de 1884, se puede mencionar que reduce la mayoría de edad de 25 a 21 años de edad; en éste, el adulterio de la mujer constituye una causal de divorcio mientras que, sí el hombre la cometía, sólo es causal sí ello se realizaba dentro de la casa conyugal; por su parte, la Ley de Relaciones Familiares expedida el 7 de abril de 1917 es la primer gran victoria en el movimiento de liberación de la mujer, declarando que: los derechos y las obligaciones personales de los

consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, se ha otorgado al marido”⁷.

Se puede observar que, antes de la Ley de Relaciones Familiares, la legislación civil mexicana otorgaba un trato diferenciado e inequitativo a mujeres y hombres en lo que respecta a la vida marital. Según lo indicado por la autora Valenzuela Reyes, el adulterio era considerado una causa de divorcio cuando era cometido por la mujer, mientras que, en el caso del hombre, solo tenía ese efecto si se cometía en el hogar conyugal.

La Constitución de 1917 otorgó a las mujeres mexicanas diversos derechos. Por ejemplo, el artículo 123 estableció protecciones laborales específicas para las mujeres, marcando una diferencia en el trato en comparación con los hombres. En la segunda fracción, se prohibieron actividades nocivas y riesgosas, así como el trabajo nocturno e industrial, y se restringieron los trabajos en espacios comerciales después de las diez de la noche.

En la quinta parte, se estableció que las mujeres, durante los tres meses previos al parto, no debían realizar tareas físicas que implicaran un trabajo significativo. Además, se les concedió un mes de descanso remunerado antes del parto. Durante la lactancia, se otorgaron dos descansos extraordinarios de treinta minutos cada uno para amamantar a sus bebés.

Por último, en la séptima parte, se plasmó un precepto en materia de igualdad, sentando las bases para la promoción de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres [...] “para labor igual debe concordar paga similar”, sin importar género ni origen⁸.

IV. CASOS EMBLEMÁTICOS DE TRANSGRESIONES GRAVES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE MUJERES EN MÉXICO.

A lo largo de este apartado se analizarán dos resoluciones de transgresiones graves en materia de derechos humanos de mujeres; por un lado, una sentencia a nivel internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre asesinatos violentos de mujeres en Ciudad Juárez, Chihuahua y el por otro, la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en forma particular, de las mujeres y su acceso a la justicia en el caso Mariana Lima Buendía.

⁷ VALENZUELA REYES, María Delgadina. Evolución Legislativa sobre los derechos e igualdad jurídica de la mujer en México. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 10, enero-junio de 2010, pp. 325-345.

⁸ *Ibidem*.

Francisco Ibarra Palafox, en un artículo publicado en el número 86 de la revista Derecho Internacional, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, señala que:

Entre 1993 y 2005 han tenido lugar en esta ciudad fronteriza [se refiere a Ciudad Juárez] una serie de homicidios y desaparición de mujeres. Las cifras sobre el número de mujeres asesinadas o desaparecidas varían, según provengan de organismos e instituciones vinculadas al Estado mexicano, de organismos internacionales encargados de la protección de derechos humanos, o bien, de organizaciones no gubernamentales (ONG).

[...] Así, por ejemplo, el citado autor señala que la Comisión Nacional de Derechos Humanos reporta en su informe especial 263 homicidios y 40 desapariciones; la CIDH señala en su informe que se detectaron 268 homicidios y 257 reportes de mujeres desaparecidas; Amnistía Internacional reporta 370 mujeres asesinadas y 70 desaparecidas; por su parte, la organización no gubernamental denominada Nuestras Hijas de Regreso a Casa (NHRC) creada por familiares de las víctimas, reporta más de 430 homicidios y más de 600 desapariciones⁹.

Las desapariciones y asesinatos violentos de mujeres en México han resultado en graves violaciones de derechos humanos. Aunque las cifras pueden variar entre las autoridades, las asociaciones, los colectivos y las familias de las víctimas, así como entre otras agrupaciones nacionales e internacionales, es innegable que se han reportado miles de casos de mujeres desaparecidas y asesinadas en las últimas tres décadas.

De forma acertada, Ibarra Palafox, señala que, a pesar de las diferentes indagaciones desarrolladas a las desapariciones y asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, no existe certeza en el número de casos o cifras oficiales, ni determinantes y estadísticas confiables. Las autoridades aluden a números inferiores si se confrontan con las cifras de organizaciones de la sociedad civil. La realidad es que una de los imperfectos en este caso es la inexistencia de un mecanismo que permita calcular de forma precisa cuántas personas de género femenino desaparecieron o fueron asesinadas en aquella ciudad de la frontera norte.

⁹ IBARRA PALAFOX, Francisco, “La responsabilidad internacional del Estado por omisión. Reflexiones a partir de los homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez, México”, Derecho Internacional, México, septiembre, 2006, pp. 1-19.

Según el autor mencionado, se observó una preocupante coincidencia en los asesinatos de varias jóvenes, quienes compartían similitudes físicas, edad y apariencia. Estas mujeres eran inicialmente privadas de su libertad y luego se encontraban sin vida, mostrando signos evidentes de violencia. Ante esta situación, las autoridades consideraron la posibilidad de que estos secuestros y asesinatos fueran obra de un mismo individuo, lo que llevó a investigar la existencia de un homicida en serie.

Por lo anterior, las autoridades detuvieron a dos hombres que conducían los autobuses que transportaban a las féminas a sus espacios laborales, en particular, a las maquiladoras donde trabajaban. Como resultado de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), firmado en 1993 y con vigencia a partir del 1 de enero de 1994, cientos de personas de diferentes zonas del país —no sólo del norte de México— fueron contratadas para desarrollar jornadas completas de trabajo a bajo costos, al extremo de laborar en horarios extraordinarios y en horas que las colocaban en riesgo tanto en su entereza corporal como íntima.

Así pues, diferentes dependencias internacionales y organizaciones de la sociedad civil llegaron a documentar a partir de 1993 las desapariciones y homicidios de niñas y mujeres de Chihuahua, en particular, en Ciudad Juárez.

De este modo y a manera de ejemplo, para 1997 la Comisión Estatal de Derechos Humanos en Chihuahua, abrió una investigación de queja por treinta y seis asesinatos violentos en contra de mujeres cometidos en Juárez en un periodo que comprende de 1996 a 1997.

Para inicios del año 1998, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) atrae la queja, por considerar a esos hechos como trascendentes y de interés local y nacional¹⁰.

Complementando lo mencionado anteriormente, a pesar de las acciones emprendidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), las desapariciones y asesinatos de mujeres persistieron en la región. Entre los lugares recurrentes donde se encontraban restos humanos se destacan las lomas de Poleo y el campo algodonero.

Debido a la importancia del fenómeno de las desapariciones y asesinatos violentos de mujeres, en 1997 la CNDH emitió una resolución en la que instaba al gobierno de Chihuahua y al ayuntamiento de Ciudad Juárez a llevar a cabo procedimientos que se

¹⁰ FERRER MACGREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso campo algodonero*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. XXXIV.

ajustaran a la ley en las investigaciones relacionadas con las desapariciones y homicidios de mujeres en esa ciudad. Esto condujo a la formación de grupos multidisciplinarios encargados de llevar a cabo las labores de investigación necesarias para resolver estos casos.

Sin embargo, uno de los casos más destacados entre el total de mujeres desaparecidas y asesinadas fue el descubrimiento de los cuerpos en un campo de algodón en Ciudad Juárez, Chihuahua. Esta situación adquirió tal relevancia que el Estado mexicano enfrentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) debido a estos hechos.

Así pues, M. Mariño, narra que entre los días seis y siete de noviembre del año 2001 se encontraron en un campo de algodón ocho cuerpos en avanzado estado de descomposición, tratándose de niñas y mujeres de entre catorce a veintiún años de edad. De forma curiosa, los cadáveres se situaban frente a las oficinas de la Asociación de Maquiladoras de Ciudad Juárez, en las que laboraban las víctimas, con el propósito evidente de desafiar, afrentar e intimidar a las mujeres de Ciudad Juárez¹¹.

M. Mariño continúa precisando que, es posible comprobar el grado de exención que reinó —gracias a que las autoridades municipales en Ciudad Juárez— no realizaron las investigaciones de los casos de desapariciones de las féminas. Según los testimonios de los familiares de las víctimas, las autoridades justificaban la demora en las investigaciones argumentando que las niñas y mujeres desaparecidas habían huido con sus novios. Este discurso por parte de las autoridades resulta profundamente misógino y patriarcal, ya que es posible que, si se hubiera iniciado la búsqueda en las primeras horas tras los reportes de desaparición, algunas de las víctimas podrían haber sido encontradas con vida. Después de descubrir los restos en el campo de algodón. M. Mariño señala que:

Después del descubrimiento de los restos en el campo de algodón, las autoridades anunciaron haber determinado la identidad de los cuerpos. Todos ellos correspondían a mujeres y presentaban señales de tortura, mutilación y violencia sexual extrema. Sin embargo, la identificación realizada por el Estado en el año 2001 solo pudo ser confirmada como veraz en el 2007 para cuatro de los cuerpos, gracias al trabajo llevado a cabo por el equipo argentino de antropología forense¹².

En los casos iniciales de desapariciones y asesinatos de mujeres en Chihuahua, existían sospechas de que las autoridades modificaban las escenas o lugares donde aparecían los restos en avanzado grado de descomposición y en algunos casos, con vestimenta, es

¹¹ M. MARIÑO, Fernando, *op. cit.*, p. 285.

¹² *Ibidem*, p. 286.

posible que ocurriera por su falta de pericia, por ello fue necesario acudir a los familiares para el reconocimiento de los cuerpos de niñas y mujeres. Las autoridades recibieron críticas por su enfoque "forense", ya que se limitó únicamente a la identificación basada en la ropa de los cadáveres, según relatos de los propios familiares. En la actualidad, el alto costo de los reactivos limita la realización de pruebas de ADN, lo que genera demoras en las investigaciones de casos de desapariciones o feminicidios, según han señalado las propias familias. Derivado de lo anterior, M. Mariño continúa señalando que:

Las actuaciones procesales que llevaron en Ciudad Juárez en el caso campo algodonerero demuestran la ineficacia en las investigaciones a nivel nacional y local de los Ministerios Públicos y Policías Judiciales, incapaces de realizar cualquier investigación y por la falta del más elemental equipo para realizar las pruebas periciales¹³.

Por lo tanto, una hipótesis planteada sugiere que la falta de pruebas de ADN y necropsias adecuadas condujo a errores en la identificación de los cuerpos de las víctimas, lo cual se atribuye al deficiente desempeño de las autoridades de Ciudad Juárez y a la indiferencia por parte del gobierno estatal.

Para el mes de marzo del año 2002 sólo tres de las ocho mujeres encontradas en campo algodonerero fueron identificadas, por ello, sus madres lograron presentar el caso ante la CoIDH, gracias al apoyo de instituciones de familiares de mujeres víctimas de desaparición y homicidio en Chihuahua. Se trataba pues, de una fémina de dieciocho años y dos menores de edad.

Los hallazgos en el campo de algodón revelaron que solo se logró identificar a tres de los ocho cuerpos encontrados. Esta situación plantea una pregunta inquietante: ¿cuántos cuerpos de mujeres y niñas más permanecen sin identificar hasta la fecha en México?

De acuerdo con Eduardo Ferrer MacGregor y Fernando Silva García, en el año 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ya había documentado los casos de privación de libertad y homicidios violentos de mujeres en Juárez. Esto se basó en la visita realizada a Ciudad Juárez por parte de la relatora sobre derechos de la mujer, Marta Altolaquirre Larraondo. Durante su visita, Altolaquirre Larraondo destacó que las víctimas eran mujeres jóvenes, con edades comprendidas entre los quince y los veinticinco años. Algunas de ellas eran estudiantes, mientras que muchas trabajaban en la industria maquiladora o en comercios locales. Además, se observó que algunas de estas

¹³ Ibid.

mujeres eran recién llegadas a Juárez, emigrantes de otras entidades de México, principalmente del sur del país.

Las familias de estas jóvenes habían denunciado su desaparición, días o semanas después aparecían los cuerpos desechados en terrenos infecundos o zonas periféricas de Juárez; en su mayoría presentaban signos de violencia de tipo sexual, torturas y en algunos casos, con ablaciones¹⁴.

Uno de los factores que atrajo la atención de organismos gubernamentales y de la sociedad civil hacia los casos de privación de la libertad y homicidios violentos de mujeres en Juárez fue la presunta existencia de un patrón en las víctimas. Se observó que las mujeres afectadas eran jóvenes, con edades comprendidas entre los quince y los veinticinco años, y muchas de ellas eran estudiantes o trabajadoras en la industria maquiladora. Además, se destacó la similitud física entre las víctimas. Estas circunstancias llevaron a la teoría de que podría tratarse de un asesino serial. Sin embargo, debido a la falta de pericia de las autoridades en las investigaciones y a la impunidad que prevalecía, esta teoría no pudo ser confirmada.

Martha Patricia Castañeda Salgado, Patricia Ravelo Blancas y Teresa Pérez Vázquez, en su artículo titulado "Feminicidio y violencia de género en México: omisiones del Estado y exigencia civil de justicia", resaltan varias irregularidades en las investigaciones relacionadas con los feminicidios y la violencia de género en Chihuahua. Mencionan testimonios que denuncian casos de tortura a personas detenidas por las autoridades, acusadas de ser presuntamente responsables de desapariciones y asesinatos violentos de mujeres. Algunas de estas personas han sido encarceladas durante años con escasa evidencia de su responsabilidad.

Lo anterior pone de manifiesto la actuación arbitraria de las autoridades en Juárez, ya que también se privó de su libertad a los señores Víctor Javier García Uribe, conocido como "el Cerillo", y Gustavo González Meza, apodado "la Foca". Ambos fueron acusados y arrestados por el presunto asesinato de ocho mujeres cuyos cuerpos fueron encontrados en el campo algodonerero en el año 2001. Además, Cynthia Louise Keicker, conocida como "la Cheyenne", y el músico Ulises Perzabal Ibáñez, apodado "la Changa", también fueron encarcelados bajo la sospecha de haber asesinado a Viviana Rayas.

Las privaciones a la libertad y homicidios violentos de mujeres en Juárez revelan

¹⁴ FERRER MACGREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *Los Feminicidios[...]*, op. cit., pp. XXXVII y XXXVIII.

una característica particular: la negligente actuación del gobierno. Ya que se han identificado graves violaciones a los derechos humanos tanto de las víctimas y sus familiares, como de los llamados chivos expiatorios. Fue evidente una estrategia errónea de las autoridades al encarcelar y someter a tortura a presuntos culpables con el objetivo de obtener declaraciones de culpabilidad. Específicamente, dos choferes de camiones, conocidos como "el Cerillo" y "la Foca", quienes transportaban a las trabajadoras de las maquilas, fueron víctimas de violaciones a sus derechos humanos, incluyendo el derecho a la libertad, entre otros.

Por estas causas, los familiares de las víctimas, ante el escepticismo de que los culpables ya estuvieran detenidos, continuaron su lucha y clamor de justicia, organizándose, pidiendo asesoría y persistiendo en su lucha para que se detuviera a los culpables reales de las privaciones de libertad y homicidios violentos de mujeres en la localidad.

Los familiares de las mujeres víctimas de asesinato violento, cuyos cuerpos fueron encontrados en el campo algodonero, se encontraban cansados de la indiferencia de las autoridades en Juárez y de cómo el caso se convirtió en un espectáculo mediático durante la detención de presuntos responsables. Por esa razón, decidieron recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con el fin de que el caso de las tres víctimas del campo algodonero fuera presentado ante dicha instancia. Su objetivo era que la CIDH interviniera y pudiera emitir un fallo adverso contra el Estado mexicano debido a su inadecuada capacidad para esclarecer y resolver los casos de privación de libertad y homicidios violentos contra mujeres en Juárez, Chihuahua.

Las familias de las mujeres asesinadas en Juárez acuden ante la CIDH para exigir justicia. Según explica Fernando Ibarra Palafox, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) tiene competencia para determinar la violación grave de los derechos humanos. Sin embargo, para que la CoIDH pueda ejercer su jurisdicción en un caso, el Estado acusado de presuntamente haber violado un derecho humano debe aceptar su jurisdicción contenciosa. En el caso específico que nos ocupa, conocido como el caso del campo algodonero (González y otras), México ha aceptado este requisito. Por lo tanto, las víctimas de una violación de derechos reconocidos en tratados o convenciones internacionales no tienen legitimidad para llevar el caso directamente ante la CoIDH, sino que deben hacerlo a través de la CIDH.

Así, Ibarra Palafox continúa precisando que:

“Ningún caso contencioso puede ser llevado a la Corte IDH hasta que la Comisión lo examine previamente y con ello determinar la existencia de fundamentos necesarios que hacen presumible la violación de derechos humanos. Por esto ello es trascendental el papel que sobre el análisis de fondo realice la Comisión IDH. Al final, si la Corte IDH llega a inferir que el Estado participó en la transgresión de derechos humanos, declarará la responsabilidad del Estado y podrá determinar el saneamiento o compensación pertinente”¹⁵.

La explicación proporcionada por el autor citado es precisa en cuanto a cómo los familiares de las víctimas del campo algodonero acuden a un organismo internacional como la CIDH. Esto se debe a la impunidad que prevalecía en Juárez y en todo México, frente a este fenómeno de desapariciones y asesinatos violentos de mujeres, se establece que:

En febrero de 2005 admitió los tres casos por violaciones de varios artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la [Convención de Belem do Pará]. La Comisión, valorando dicha petición y el incumplimiento de las recomendaciones efectuadas al Estado mexicano, decidió el 4 de noviembre de 2007, someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica para ser juzgado, sin admitir la ampliación de la demanda para las otras cinco víctimas¹⁶.

Este suceso se convirtió en el precedente por el cual México tipificara los homicidios violentos de mujeres como feminicidios, de forma adicional la Corte Interamericana de Derechos Humanos le suscribe una serie de recomendaciones, por ejemplo, crear políticas públicas para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres.

Para 2007 —señala Ferrer Mac-Gregor—, la Comisión decidió interponer una petición ante la CoIDH en contra de México, por su presunta responsabilidad en la privación de la libertad y ulterior deceso de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos restos mortales se localizaron en el campo algodonero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001.

Lo anterior se suscitó gracias al tiempo transcurrido desde la desaparición y localización de las víctimas y la nula respuesta de las autoridades, pues las familias de las víctimas no lograban una investigación seria y completa, ni se establecía responsabilidad o sanción a perpetradores ni a funcionarios por incumplimiento a sus obligaciones¹⁷.

¹⁵ IBARRA PALAFOX, Francisco, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁶ M. MARIÑO, Fernando, *op. cit.*, p. 287.

¹⁷ FERRER MACGREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *op. cit.*, p. XLII.

Esta petición ante la Corte IDH se resuelve en el año 2009. Es conocida como la resolución del incidente González y otras (campo algodonerero), y es un referente importante que dictamina la Corte IDH, pues establece una serie de sugerencias para México; a manera de ejemplo, la creación y ejecución de acciones y programas públicos para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres.

La sentencia del caso González y otras versus México destaca diversos aspectos en los que se señala la culpabilidad del país por la violación de derechos humanos. Algunos ejemplos de estos derechos violados incluyen el derecho a la vida, la integridad y la libertad personal de las tres víctimas del campo algodonerero. Además, se evidencia el incumplimiento de su deber de investigar y proteger los derechos mencionados anteriormente, así como la vulneración de los derechos de la niñez. Asimismo, se transgredió el derecho a la dignidad personal debido a los sufrimientos impuestos a las familias de las víctimas y los actos de acoso y persecución que sufrieron¹⁸.

Con base en lo expuesto, queda claro que el Estado mexicano ha vulnerado una amplia gama de derechos reconocidos a niñas y mujeres, los cuales están contemplados en convenciones internacionales que México ha firmado y ratificado. La obligación del Estado mexicano es clara: debe capacitar a los funcionarios y al personal judicial en cuestiones de género, implementar protocolos de búsqueda y alerta, como la Alerta Amber y el Protocolo Alba. Sin embargo, según lo señalado en informes del Comité de Derechos Humanos, el Comité CEDAW y organizaciones no gubernamentales, existe un nivel medio-bajo de cumplimiento por parte de México de esta sentencia emitida por la Corte IDH.

En el contexto nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo sucesivo (SCJN), emitió una resolución sobre de derechos humanos, en forma particular, de las mujeres y su acceso a la justicia en el caso Mariana Lima Buendía a quien, en palabras de su señora madre, doña Irinea Buendía Cortez [...] “la asesinó su esposo, quien pertenece a la corporación judicial en Toluca, y al que premian haciéndolo comandante”¹⁹.

La relevancia de esta resolución de la SCJN en el amparo en revisión 554/2013 constituye un primer pronunciamiento emitido por este máximo tribunal mexicano con relación a un feminicidio. De la misma manera se ordena a las autoridades del Estado de

¹⁸ M. MARIÑO, Fernando, *op. cit.*, p. 288.

¹⁹ PADGET, Humberto y LOZA, Eduardo, *Las muertas del estado: feminicidios durante la administración mexiquense de Enrique Peña Nieto*, Ed. Grijalbo, México, D.F., 2014, P. 26.

México de realizar las actuaciones e indagaciones aplicando la metodología con *perspectiva de género* en el caso de la muerte violenta de Mariana Lima Buendía, dando cumplimiento a la normatividad constitucional y legal. Sentando un precedente judicial en materia de asesinatos violentos de mujeres, porque gracias a esta resolución del máximo tribunal mexicano, en todo hecho en el que una mujer es privada de la vida con rastros o indicios de violencia, la autoridad está obligada a abrir una carpeta de investigación por el delito de feminicidio.

Recapitulando los hechos, el 28 de junio de 2010 fue la última vez que se vio con vida a Mariana Lima Buendía. Al día siguiente, el 29 de junio, su cuerpo sin vida fue encontrado alrededor de las 07:00 horas por su cónyuge Julio César Hernández Ballinas, quien es un policía judicial del Estado de México. Mariana había contraído matrimonio con Julio César el 13 de diciembre de 2008 en una ceremonia civil.

Conforme lo asentado en el expediente 554/2013, Mariana manifestó a su media hermana que a las cuatro semanas de casados había sido golpeada por su esposo, el cual le había “jalado los cabellos y cacheteado” porque a él no le habría gustado el desayuno.

Los familiares y amigos de la víctima, Mariana Lima Buendía, narran hechos y situaciones similares a la mencionada anteriormente. A lo largo del expediente, se pueden observar una serie de irregularidades por parte de las autoridades encargadas de la investigación. Según las declaraciones del señor Hernández Ballinas, su esposa habría cometido suicidio. Sin embargo, debido a la falta de acción penal por parte de las autoridades, la madre de la víctima, la señora Irinea Buendía, presenta una serie de recursos legales que llegan hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En un fallo histórico, la Suprema Corte emite una resolución que establece un precedente en materia de perspectiva de género. La Corte determina la obligación de las autoridades de investigar los asesinatos violentos de mujeres bajo protocolos y con una perspectiva de género. La resolución anteriormente mencionada, correspondiente al expediente 554/2013 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha convertido en un referente en la lucha contra los asesinatos violentos de mujeres. Esta resolución insta a las autoridades a aplicar un instrumento que permita llevar a cabo investigaciones a nivel ministerial, policial y pericial con una metodología basada en la perspectiva de género. Estas pautas establecen reglas mínimas con estándares internacionales y de debida diligencia.

El caso de Mariana Lima Buendía es solo uno de muchos en el país. La resolución del expediente mencionado se ha convertido en una herramienta jurídica y didáctica a la

que recurren defensores de derechos humanos y de mujeres víctimas de violencia extrema. Tanto la doctrina como la legislación denominan a este fenómeno como: feminicidio.

V. CONCLUSIONES

Tras largos años de lucha por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, las mujeres han sido víctimas de discriminación, tratos crueles, inhumanos y degradantes. A pesar de ello, gracias a tratados internacionales y a la legislación nacional y estatal en México, se les han reconocido derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la educación y a la igualdad, entre otros. Sin embargo, en la realidad, estos derechos parecen quedar solo como buenas intenciones plasmadas en papel, ya que las mujeres mexicanas siguen enfrentando roles impuestos por la sociedad basados únicamente en su género. A pesar de los desafíos, las mujeres mexicanas han demostrado una gran tenacidad y han logrado unirse con otras mujeres para alzar la voz y defender la igualdad de género. Sin embargo, la igualdad entre hombres y mujeres sigue siendo un tema pendiente en la agenda pública no solo en México, sino también en otros países de América.

VI. PROPUESTAS

A continuación, se presentan una serie de propuestas para abordar la problemática de los derechos humanos de las mujeres y promover la igualdad de género:

Primera: Es necesario realizar estudios y análisis de los derechos humanos, en particular los derechos de las mujeres, para que estas puedan identificarlos y hacerlos valer. También es fundamental educar con perspectiva de género para contribuir a la eliminación de estereotipos y así reducir las violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres.

Segunda: Es importante incorporar la perspectiva de género en los planes de estudio de las instituciones de educación superior y la educación básica. Esto permitirá alcanzar la igualdad sustantiva al promover una visión equitativa y libre de prejuicios de género desde temprana edad.

Tercera: Es crucial actualizar a los operadores judiciales en derechos internacionales de derechos humanos y perspectiva de género. Esto garantizará el acceso

a la justicia para las mujeres y sus familias, alineando las prácticas judiciales con los estándares internacionales de derechos humanos y la igualdad de género.

Cuarta: Es necesario socializar y difundir los mecanismos estatales, nacionales e internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres. Esto asegurará el respeto de estos derechos y facilitará el acceso a la justicia para las mujeres.

Quinta: Es fundamental exigir a las autoridades responsables de llevar a cabo investigaciones que estas se realicen bajo estricto respeto a los protocolos y con perspectiva de género. Esto contribuirá a resolver los feminicidios en México y asegurará el acceso efectivo a la justicia para las víctimas y sus familias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTAÑEDA SALGADO, Martha Patricia et al. "Feminicidio y violencia de género en México: omisiones del Estado y exigencia civil de justicia." Iztapalapa. *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 34, no. 74, enero-junio de 2013.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando. Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso campo algodoner. México: Editorial Porrúa, 2011.
- HENRÍQUEZ MALDONADO, Laura. *Las garantías individuales y los derechos humanos de las mujeres*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/29.pdf>
- IBARRA PALAFOX, Francisco. "La responsabilidad internacional del Estado por omisión. Reflexiones a partir de los homicidios y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez, México". *Derecho Internacional*. México, septiembre, 2006.
- PADGETT, Humberto y LOZA, Eduardo. *Las muertas del estado: feminicidios durante la administración mexiquense de Enrique Peña Nieto*. México: Editorial Grijalbo, 2014.
- QUINTANA OSUNA, Karla I. El caso de Mariana Lima Buendía: una radiografía sobre la violencia y discriminación contra la mujer. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 38, enero-junio, 2018.
- SOLÍS GARCÍA, Bertha. *Evolución de los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>

VALENZUELA REYES, María Delgadina. Evolución Legislativa sobre los derechos e igualdad jurídica de la mujer en México. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. Núm. 10, enero-junio de 2010, pp. 325-345 Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9614/11644>.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Declaración Universal de Derechos Humanos: Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW): Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belem do Para): Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belem do Para). Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica): Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Consulta versión oficial de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sitio web de la Cámara de Diputados de México o en página oficial del Diario Oficial de la Federación.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

Animal Político. "Por primera vez, un feminicidio llega a la Suprema Corte: esta es la historia de Mariana Lima." Animal Político, 25 de marzo de 2015. Disponible en: bit.ly/3PaxgEr.

- CIMAC Noticias. "Continúa SCJN sin incorporar sentencia de Mariana Lima en su protocolo para juzgar con perspectiva de género." Disponible en: bit.ly/3qKfluW.
- CIMAC Noticias. "Este año podría haber una sentencia contra feminicida de la hija de la defensora Irinea Buendía." Disponible en: bit.ly/3OST2eR.
- Consejo de la Judicatura Federal. "Igualdad. Revista del Consejo de la Judicatura Federal", número 10, 2016." Disponible en: <https://www.cjf.gob.mx/salaprensa/RevistasInstitucionales/2016/Igualdad102016.pdf>.
- Expansión. "SCJN da fallo histórico en el caso de Mariana Lima y reabre el expediente." Expansión, 25 de marzo de 2015. Disponible en: bit.ly/3qKfqPg.
- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas - Universidad Carlos III de Madrid. "El derecho a una vida libre de violencia y la igualdad de género." Disponible en: bit.ly/45EOsHK.
- Jornada. "Se cumplen 10 años del feminicidio Mariana Lima Buendía en Neza." La Jornada, 28 de junio de 2020. Disponible en: bit.ly/45oNSht.
- Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio. "Mariana Lima." Disponible en: <https://www.observatoriofemicidiomexico.org/mariana-lima>.
- PUDH - Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM. "Olympe de Gouges y la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana." Disponible en: bit.ly/3KU0LYK.
- Red Nacional de Refugios AC. "SCJN. Irinea Buendía. Sentencia del 17 de diciembre de 2014." Disponible en: <https://redtdt.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/SCJN.IrineaBuend%C3%ADa.pdf>.



ARTÍCULO

 OPEN ACCESS

Límites al derecho: politización y corrupción del sistema judicial en Ecuador

Limits to the law: politicization and corruption of Ecuador's judicial system

Francisco Castillo Merino

 0000-0002-4053-4352

Recibido: 22 de enero 2023.

Aceptado: 25 de julio 2023.

Sumario

I. Introducción. II. El sistema de Justicia en Ecuador desde la constitución del 2008. III. La Justicia entre 2007–2017. IV. La justicia entre 2017–2021. V. Estado de la justicia entre 2021–2023. VI. Conclusiones.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.



Límites al derecho: politización y corrupción del sistema judicial en Ecuador

Limits to the law: politicization and corruption of Ecuador's judicial system

Francisco Castillo Merino*

Resumen

El artículo señala que la práctica judicial en Ecuador no refleja el espíritu normativo y está influenciada por una cultura de corrupción y falta de aplicación justa de la ley. Así mismo, destaca que el sistema de justicia ecuatoriano es deficitario y ha llevado al deterioro de las relaciones sociales, el crecimiento de la delincuencia, el crimen organizado y la corrupción institucionalizada. Se trata de un análisis de caso, recurriendo a fuentes primarias y secundarias, desde un enfoque descriptivo, teniendo como hipótesis, que la justicia en el Ecuador no es objetiva e independiente del poder político y económico. La discusión se centra en el análisis de indicadores que corroboren esta hipótesis en los últimos tres gobiernos, ahí nos encontramos con varias limitaciones, sobre todo con respecto a la información académica inexistente para los últimos dos gobiernos, por lo que el artículo adquiere un carácter exploratorio y descriptivo.

Palabras clave: Justicia, Sistema de Justicia, Corrupción, Poder Judicial, Ecuador.

Abstract

The article highlights that the judicial practice in Ecuador deviates from its normative spirit and is heavily influenced by a culture of corruption, resulting in an unfair application of the law. Additionally, the Ecuadorian justice system is found to be deficient, leading to the deterioration of social relations and fostering the growth of delinquency, organized crime, and institutionalized corruption. The study follows a case analysis approach, utilizing both primary and secondary sources to examine the issue descriptively. The underlying hypothesis posits that justice in Ecuador lacks objectivity and independence from political and economic power. The discussion revolves around analyzing various indicators that support this hypothesis, particularly focusing on the last three governments. However, it should be noted that the availability of academic information is notably limited for the last two administrations, prompting the article to adopt an exploratory and descriptive character.

Keywords: Justice, Justice System, Corruption, Judicial Power, Ecuador.

I. INTRODUCCIÓN

Desde el rediseño constitucional de 2008, el sistema de justicia en Ecuador fue pensado para que sea autónomo e independiente, con la responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos y administrar justicia de forma objetiva. Sin embargo, en los 15 años de vigencia ha demostrado ser deficitario, debido a la falta de independencia con respecto al poder político, la falta de difusión de las decisiones judiciales, la calidad de formación de los jueces, la concepción de la carrera judicial, los procedimientos legales engorrosos y la ausencia de incentivos institucionales a la integridad y ética pública.

Las cifras sobre corrupción en Ecuador reflejan en gran medida la inoperancia del sistema de justicia y la percepción ciudadana corrobora dicha inoperancia. La corrupción es percibida como un problema grave, las instituciones políticas, los partidos políticos y los jueces son considerados como las entidades más corruptas.

En 2011 se emprendieron reformas para fortalecer el sistema de justicia; pero, con la crisis política sostenida en los últimos dos gobiernos, el fortalecimiento institucional ha disminuido, afectando la calidad del sistema de justicia especialmente con los cambios estructurales adaptados para favorecer intereses políticos.

En los gobiernos de Lenin Moreno y el actual de Guillermo Lasso, se ha generalizado la sensación de utilización del Sistema de Justicia para perseguir a enemigos políticos, restándole capacidad operativa, lo que se ha manifestado en crecimiento del crimen organizado, crisis carcelaria, aumento de la sensación de corrupción y la inseguridad ciudadana.

Con la problemática antedicha, las siguientes secciones de este artículo analizan el estado del Sistema de Justicia en los últimos tres gobiernos abarcando el período 2008-2022, haciendo hincapié en las acciones más significativas emprendidas por cada gobierno y sus repercusiones en la calidad de este servicio público.

II. EL SISTEMA DE JUSTICIA EN EL ECUADOR DESDE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

Desde el rediseño constitucional de 2008 se establece un esquema de cinco poderes: Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral, de Transparencia y Control Social. El Poder

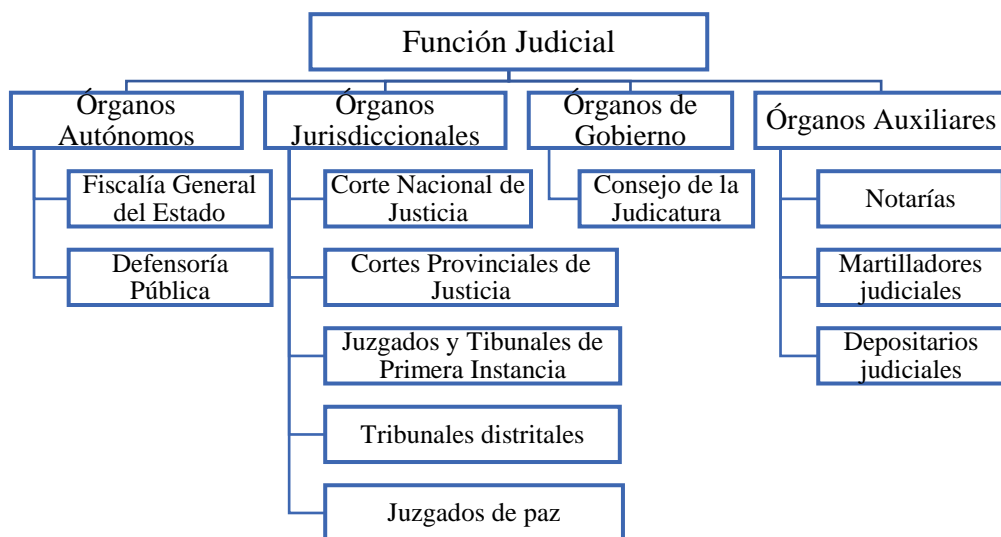
Judicial se concibe como autónomo e independiente²⁰. Además, la Constitución establece que la Función de Transparencia y Control Social tiene la facultad para designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura; así como cumplir el rol de moderador de las veedurías ciudadanas anticorrupción.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social-CPCCS elige a los cinco integrantes del Consejo de la Judicatura a partir de ternas enviadas por el presidente de la Corte Nacional de Justicia, Fiscal General del Estado, Defensor Público, Función Ejecutiva y Función Legislativa²¹.

La naturaleza de este organismo (CPCCS) grafica muy bien la diferencia que Mouffe hace al respecto de la política y lo político; donde la política es el campo de desenvolvimiento de los actores políticos y el entramado de acciones en miras a la consecución y tenencia del poder; mientras que lo político, comprende la forma en que el tejido social se ha instituido²²; este quinto poder no responde a la política, sino a lo político.

Con respecto a la Función Judicial, la Constitución, prevé organismos autónomos, órganos jurisdiccionales, órgano de gobierno y órganos auxiliares, tal como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico 1. Estructura de la Función Judicial en Ecuador



Fuente: Constitución Política del Ecuador, Título IV, Capítulo cuarto.

²⁰ Constitución Política del Ecuador (en adelante CPE) art. 168.

²¹ CPE, 2008, art. 179.

²² MOUFFE, Ch. *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2011. Primera edición.

En un orden jerárquico, quien coordina la Función Judicial es el Consejo de la Judicatura, por debajo de éste está la Corte Nacional, luego las Cortes provinciales, los Juzgados de primera instancia, los Tribunales distritales y los Juzgados de paz. Así mismo, el Consejo de la Judicatura regula a los órganos auxiliares. Un dato importante es que norma también a las Notarías, las mismas que antes de 2008 funcionaban como negocios particulares independientes. El Consejo de la Judicatura no tiene incidencia en los órganos autónomos como la Fiscalía General y la Defensoría Pública. Con este aparataje, se garantiza que la función judicial administre justicia con la libertad de un organismo autónomo y con la eficiencia de un servicio público que demanda la ciudadanía.

En cuestiones de materia jurídica, la Constitución, jerarquiza la promoción y resguardo de los derechos humanos, por encima de cualquier otra materia; además, inserta una serie de candados para garantizar el posible cambio del esquema constitucional²³. La figura del Juez constitucional adquiere la responsabilidad de guardián, con lo cual se busca garantizar equilibrio entre “democracia formal, los derechos fundamentales y el juez constitucional como garante”²⁴.

Este horizonte normativo busca la consecución de un Estado Constitucional de Derecho que plasme los ideales, donde la justicia vaya más allá de lo distributivo “*dar a cada uno lo debido*”²⁵, donde “cada uno pueda conservar lo que le pertenece contra los demás”²⁶; incluso, donde se pueda practicar la justicia retributiva que consiste en que el que más tiene, contribuya con el que menos tiene pudiendo sentir “que somos más plenamente humanos cuando contribuimos con el bien común”²⁷.

Así, la dimensión ideal de justicia subyace a la política entendida como *bien común*. Si el bien común es el objetivo de toda sociedad, todo el aparataje estatal; los poderes del Estado y sus dependencias apuntan al Sumak Kawsay o Buen Vivir²⁸. Esto significa que la Política y la Justicia, sin diluirse la una en la otra, están al servicio del Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, para normar la aplicación de la justicia y también la política, en cuanto esferas que organizan a la sociedad: “cualquier derecho, es un conjunto de normas que tiene como objetivo regular las relaciones entre sujetos y ser un mecanismo para ejercer

²³ CPE 2008, Art. 444.

²⁴ ÁVILA, R. *Neconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 87.

²⁵ PLATÓN. *La República*. Biblioteca Virtual Universal. 2003, p. 6.

²⁶ KANT, I. *Principios Metafísicos del Derecho*. [trad.] G. Lizárraga. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1873, p.53.

²⁷ SANDEL, M. *La Tiranía del Mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Londres: epub libre, 2021, p 159

²⁸ CPE 2008, Título II DERECHOS.

control social sobre un grupo humano”²⁹. Además, este conjunto de normas es expedido por una autoridad estatal que tiene competencia para ello; es decir, que ha sido legitimada por la ciudadanía o según los mecanismos establecidos en la misma Constitución haciendo énfasis en el componente de la institucionalidad, que tiene relación directa con la cultura, la política y la moral dominante³⁰.

Desde esta perspectiva, el Derecho entendido como “un conjunto de normas que tienen por objeto regular las relaciones entre sujetos de una misma sociedad, empezando por la sana distribución de los ingresos, patrimonios, deberes, derechos, poderes, oportunidades, oficios y honores”³¹, se constituye en una herramienta para alcanzar la justicia.

Por tanto, Derecho y justicia son conceptos inseparables. El Derecho, se constituye en “el más eficaz instrumento para lograr la convivencia pacífica entre los seres humanos, tiene como fin supremo la concreción del valor superior de la justicia”³², que se concreta en la defensa de los derechos humanos, la práctica de los principios generales del derecho, los valores y postulados éticos.

En este panorama, el juzgador se encuentra en una encrucijada: muchas veces la normativa del derecho existente por sí misma no alcanza para satisfacer las demandas de justicia que la ciudadanía exige al Poder Judicial, se necesita de la interpretación y discrecionalidad del juez, quien debe actuar según los principios de la justicia retributiva como ideal; guiado además, por el derecho positivo; es decir, por las normas y los criterios establecidos en la Constitución y la jurisprudencia existente. Pero, en definitiva, ninguna decisión judicial que deriva en sentencia se hace únicamente en base al derecho positivo, sino que tras de ellas “suelen esconderse cuestiones morales y/o políticas de importancia, que deben ser resueltas, con militante sentido de justicia”³³.

La discrecionalidad del juez también es una ventana abierta para que ingrese la corrupción, especialmente donde existe escasa institucionalidad y pocos mecanismos de control. Es lo que sucede en Ecuador, donde la Constitución provee una amplia gama de garantías jurisdiccionales³⁴, como: acción de protección, *hábeas corpus*, *hábeas data*, y las medidas cautelares que son medidas de tutela o amparo de acción extraordinaria, las

²⁹ ÁVILA, R. *Neconstitucionalismo y Sociedad*, op. cit., p. 19.

³⁰ Ídem.

³¹ SANDEL, M. *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate, 2012, p. 30.

³² VAN ROMPAEY, L. El Derecho y la Justicia. *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, núm. 8, vol. 4, 2012, p. 87.

³³ Ídem

³⁴ CPE 2008, arts. 86-94.

mismas que han tenido un uso marcado por la irregularidad puesto que muchos jueces han usado y abusado de estas herramientas jurídicas para beneficiar a políticos y funcionarios corruptos³⁵, pero también a delincuentes y narcotraficantes³⁶.

Según el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, en una escala de 0 a 100, donde cero es muy corrupto y 100 muy transparente, o en una polarización agrupada de 0 a 49 como muy corrupto y de 50 a 100 como menos corrupto, el Ecuador ocupa el número 36³⁷.

Según este mismo índice, desde el 2012 hasta el 2020, la corrupción en Ecuador habría bajado sustancialmente, lo que mejora su calificación, subiendo de 32 puntos en el 2012 a 39 puntos en el 2020, cayendo 3 puntos en el 2021 y manteniéndose con la misma puntuación en el año 2022, tal como se observa en el siguiente gráfico.

³⁵ En los últimos años, muchos políticos han recurrido a la figura de *habeas corpus*, cuando enfrentaban problemas con la justicia ordinaria o procesos de control. Señalaré algunos. Guadalupe Llori, ex presidenta de la Asamblea Nacional, fue destituida de ese cargo por irregularidades, pero interpuso una acción de protección para mantenerse en el cargo y le fue concedida, aunque al final no se hizo efectiva por la independencia de poderes. Recuperado de: <https://acortar.link/pDzQ2D> [último acceso: 07/06/2023].

Lo mismo sucedió con el ex vicepresidente Jorge Glas, condenado por corrupción, recurre a esta misma figura para salir en libertad, aunque luego la medida fue revertida. Recuperado de: <https://acortar.link/ggThs7> [último acceso: 07/06/2023].

Otro caso sobre el abuso de esta figura es el de los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Hernán Ulloa, María Rivadeneira, Sofía Almeida, Francisco Bravo, Javier Dávalos, Graciela Estupiñán y David Rosero. de este organismo fueron destituidos por la Asamblea Nacional mediante Juicio Político, estos pusieron una acción de protección y les fue concedida, pero posteriormente quedó sin efecto por apelación de independencia de funciones Recuperado de: <https://acortar.link/ZLMBu9> [último acceso: 10/07/2023].

Lo mismo ocurrió con el presidente de la Corte Nacional de Justicia Iván Saquicela, Sancionado por irregularidades, también interpuso una acción de protección. Recuperado de: <https://acortar.link/Wnp3pR> [último acceso: 10/07/2023].

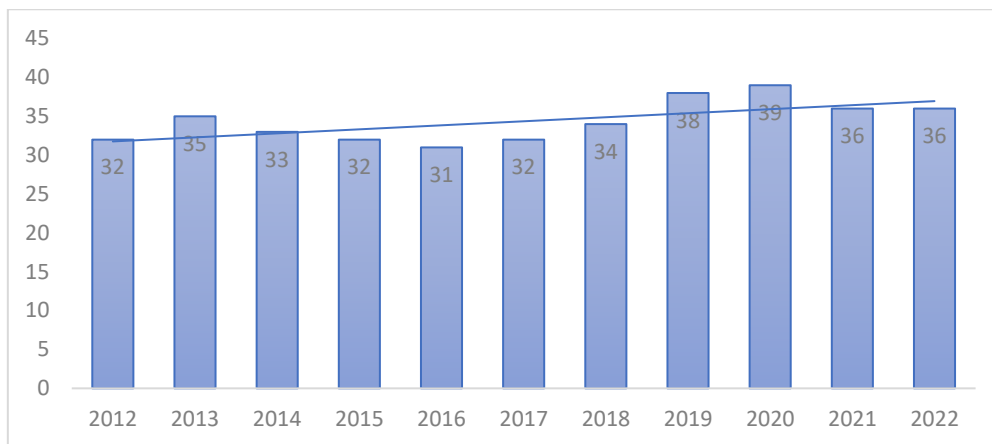
Fausto Murillo, Vocal y luego presidente del Consejo de la Judicatura, también fue destituido del cargo por tener impedimento para ejercer cargos públicos, presentó acción de protección contra lo actuado por los consejeros de Participación Ciudadana y Control Social. Recuperado de: <https://acortar.link/u6zekW> [último acceso: 10/07/2023].

³⁶ Daniel Salcedo, encarcelado por una serie de delitos, entre los principales, peculado y fraude procesal. Recuperado de: <https://acortar.link/WtMv9u> [último acceso: 07/06/2023].

Leandro Norero, encarcelado por lavado de activos, tráfico de armas y narcotráfico. Logró que un juez revocara su sentencia, la misma que tiempo más tarde se apeló y quedó sin efecto, por lo que siguió preso, hasta que murió en la última revuelta carcelaria. Recuperado de: <https://acortar.link/0uXf63> [último acceso: 07/07/2023].

³⁷ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepción de la Corrupción 2022. [En línea].

Gráfico 2. Puntuación de la corrupción en el Ecuador entre el 2012 y 2022

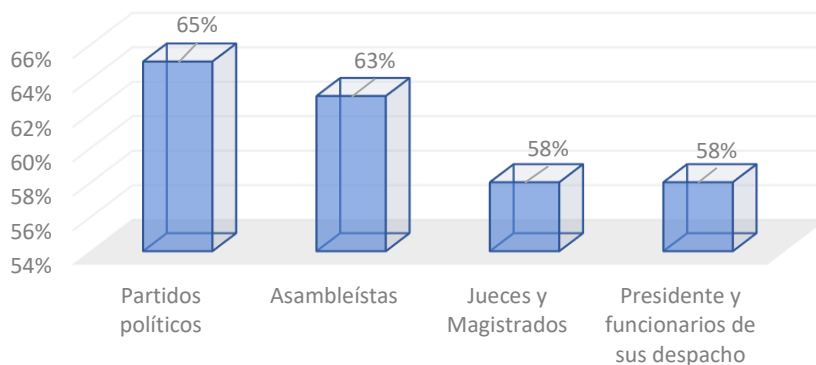


Fuente: Transparencia Internacional (2022).

La Fundación Ciudadanía y Desarrollo en el “Barómetro de la corrupción”, donde se mide la percepción ciudadana, indica que las cifras son preocupantes: 9 de cada 10 ecuatorianos consideran que la corrupción es un problema grave³⁸.

Según esta misma organización, entre las instituciones más corruptas están: en primer lugar, los partidos políticos; en segundo lugar, la Asamblea Nacional; en tercer lugar, los jueces y magistrados; en cuarto lugar, el presidente y los funcionarios de su despacho, tal como se muestra en el gráfico siguiente.

Gráfico 3. Percepción de la ciudadanía sobre las instituciones más corruptas en el Ecuador



Fuente: Fundación Ciudadanía y Desarrollo 2022.

³⁸ FUNDACIÓN CIUDADANÍA Y DESARROLLO. *Barómetro de la corrupción. Ecuador 2022*. Quito: Fundación Ciudadanía y Desarrollo. 2022.

Ahora bien, “las principales causas de la corrupción en América Latina son: las desigualdades sociales y la debilidad institucional”³⁹, las mismas que se muestran en: la financiación política, el tráfico de influencias, el soborno, el conflicto de interés entre asuntos públicos y privados, la contratación de funcionarios públicos⁴⁰. Para Ecuador estos indicadores ratifican la tendencia de la región.

Según Basabe⁴¹, en Ecuador se pueden identificar por lo menos seis causas de corrupción judicial: En primer lugar, están los mecanismos de difusión de las decisiones judiciales, en la medida que estas se publiquen, por lo menos en la web institucional y sean de acceso público, bajaría el nivel de corrupción. En segundo lugar, está la calidad en la formación profesional de los jueces y operadores de justicia. A mayor formación, menor propensión a la corrupción. En tercer lugar, está la concepción de la carrera judicial como mecanismo de ascensos y traslados de los jueces y fiscales; están dispuestos a pagar para ascender o mantenerse en lugares con mejores niveles de vida. En cuarto lugar, están las características de los procedimientos utilizados para el trámite de los procesos legales; mientras más engorroso es un procedimiento y más difícil el acceso de las personas a la justicia, se abre la posibilidad de pedir sobornos o de ofrecerlos. En quinto lugar, estaría la presencia o no de incentivos institucionales a los jueces que no incurrir en actos de corrupción, como el reconocimiento a la integridad y a la ética pública. Finalmente, se identifica el grado de distribución del poder político: a medida que el poder político se encuentra más fragmentado las probabilidades de corrupción judicial van en descenso.

En un análisis general de Latinoamérica, en 2017 las principales razones para que los operadores de justicia recurran a prácticas corruptas eran: el desconocimiento de la ley, intereses económicos; y, se identifica un nuevo indicador: la presión o amenazas de grupos criminales⁴², entre otras patologías sociales y económicas institucionalizadas o informales⁴³. Según el portal GK, en 2022 en Ecuador dos docenas de Jueces están en

³⁹ OEA. *Desigualdades e inclusión social en las Américas*. Costa Rica: OEA/Ser.D/XV.11, 2011.

⁴⁰ DESHAZO, P. Esfuerzos Contra la Corrupción en América Latina. Lecciones aprendidas. Documentos de Política sobre las Américas, Vol. XVIII, Estudio 2, 2007.

⁴¹ BASABE, S. Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador. *Perfiles Latinoamericanos*, N° 42. Vol. 21, 2013 pp. 79-108.

⁴² GARCÍA-SAYÁN, D. *Corrupción, derechos humanos, independencia judicial*. UNODC, 2017. [En línea].

⁴³ VILLORIA, M.; IZQUIERDO, A. *Ética Pública y Buen Gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos, 2016.

investigación por corrupción⁴⁴ y el Gobierno del presidente Lasso denunció por lo mismo a cinco más⁴⁵.

Al realizar un análisis de los sistemas de justicia en Chile, Perú y Ecuador, Basabe, encuentra tres periodos de tiempo comparables. Aquí destaco los datos para Ecuador, que son significativos y que dan indicios sobre una variable que se debería contemplar para reducir la corrupción en el sistema de justicia.

El primer periodo que iría desde 1997 hasta 2004, donde la designación de jueces de la Corte Suprema es vitalicia, dando estabilidad al Poder Judicial, un incremento en la calidad de los jueces de las diferentes instancias y una modificación del poder político no sólo en la arena judicial sino también política⁴⁶.

Un segundo periodo que iría de 2005 a 2008, donde se careció de Corte Suprema así como de Tribunal Constitucional, pero los niveles de corrupción se mantienen igual que el periodo anterior; y, el tercer periodo, que va de 2008 a 2011 donde a manera de conjetura Basabe sostiene que la corrupción judicial ha ganado terreno⁴⁷. Usa una escala de uno a diez, donde 10 significa ausencia total de corrupción judicial y 1 significa presencia total de corrupción judicial. Tal como se explica en la siguiente tabla.

Tabla 1. Percepción de la corrupción Judicial en Ecuador.

País	Periodo 1	Periodo 2	Periodo 3
Ecuador	5,78	5,52	3,76

Fuente: Basabe (2013).

Lo que muestran estos datos es que cuando los jueces son funcionarios de carrera y no tienen que preocuparse por su estabilidad laboral, tienen menos incentivos para recurrir a prácticas corruptas. En cambio, cuando los jueces saben que cumplirán estas funciones por un periodo corto y sin derecho a reelección, buscan la forma de sacarle provecho y asegurar su futuro económico, por eso el nivel de corrupción judicial sube como se puede ver en el último periodo.

La justicia en Ecuador es elevada a categoría de servicio público, lo que significa que debe satisfacer los derechos fundamentales de todos los ciudadanos por igual, lo que supondría “hacerse cargo de los problemas reales que viven cotidianamente las personas

⁴⁴ BORJA, M. Los tentáculos de la corrupción asfixian a la función judicial. 2022. [En línea].

⁴⁵ PRIMICIAS. Gobierno formalizó la primera denuncia contra ‘jueces corruptos’. 08 de febrero 2023 [En línea].

⁴⁶ BASABE, S. Explicando la corrupción, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁷ Ídem.

de carne y hueso”⁴⁸. Pero entonces ¿por qué tenemos un sistema de justicia corrupto e ineficiente?

No se trata de leyes, ya que contamos con una Constitución progresista, garantista de derechos que otorga derechos incluso a la naturaleza para protegerla y ya no explotarla indiscriminadamente. Nuestra constitución tiene 444 artículos que regulan una amplia gama de situaciones, ha sido estructurada con amplios cuerpos legales en todos los ámbitos del Derecho que recogen jurisprudencia de Alemania, Italia y España⁴⁹.

En consecuencia, el sistema de justicia deficitario del Ecuador no depende de la calidad de las leyes, sino de la calidad de instituciones y funcionarios operadores de justicia, los mismos que tienen una formación deficiente, no especializada, carente de valores y principios, como afirma Ávila “buena parte del problema que aqueja a la aplicación de justicia a través del sistema jurídico ecuatoriano recae sobre el sistema educativo”⁵⁰.

Otro aspecto que hace deficiente al sistema de justicia ecuatoriano es su dependencia del poder político y económico, de modo que la justicia es lo que estos poderes dictaminan⁵¹. Los datos de corrupción y el análisis del funcionamiento jurídico coinciden en señalar que en Ecuador hay escasa independencia de poderes y que la función judicial está fuertemente influida por otros factores. Un ejemplo son algunos medios de comunicación⁵², que manipulan la verdad posicionando en la opinión pública criterios previamente elaborados para influir en los fallos según intereses a los que responden⁵³.

En este sentido, el sistema de justicia en Ecuador enfrenta desafíos significativos relacionados con la corrupción, la falta de independencia y la selectividad en la aplicación de la ley. Para superar estos desafíos, se requiere un plan integral que aborde las desigualdades sociales, fortalezca las instituciones y promueva una verdadera revolución educativa en el campo del Derecho, para así poder contar con operadores de justicia

⁴⁸ ÁVILA, R. *Neconstitucionalismo y Sociedad*, op. cit., p. 10.

⁴⁹ RAMÍREZ, C. (coord.) *Instituciones jurídicas en perspectiva comparada*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.

⁵⁰ ÁVILA, R., *Neconstitucionalismo y Sociedad*, op. cit., p. 38.

⁵¹ JADÁN, D. *Independencia judicial y poder político en Ecuador*. Quito: UASB, 2019, p. 45-47.

⁵² BLESÁ, A. Medios de comunicación y democracia: ¿El poder de los medios o los medios al poder? *Sphera Pública*, Vol. 6, 2006, pp. 87-106.

⁵³ PÁSARA, L. El conflicto entre medios de comunicación y justicia. *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, IIIJ, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 3, México, D.F. 2003.

íntegros y probos que garanticen una justicia efectiva y equitativa para todos los ciudadanos.

III. LA JUSTICIA ENTRE 2007-2017

Como lo veíamos anteriormente, en el tercer periodo de administración de la justicia en Ecuador (2008 - 2011), la corrupción y deterioro del sistema de Justicia son significativos, de ahí que el Gobierno presidido por Rafael Correa, acorde al espíritu de la Constitución de 2008, propusiera un sistema de Justicia más robusto, especializado, con una fuerte institucionalidad.

Para lograr este objetivo convocó a una Consulta Popular, dado que según lo estipula la Constitución por el principio de separación de poderes, el ejecutivo no podía modificar el sistema de justicia. “Aprobadas las reformas propuestas por un escaso margen, el primer paso fue la instalación del Consejo de la Judicatura de Transición; el siguiente fue el concurso para integrar la nueva Corte Nacional”⁵⁴. Se mostraba intención de transparencia por lo que se contrató al ex magistrado español Baltasar Garzón, como responsable de una veeduría internacional.

El Consejo de la Judicatura articulaba la Corte Nacional de Justicia y las Cortes Provinciales, con sus diferentes juzgados especializados. Así, el Sistema de administración de justicia parecía dar grandes cambios, con los jueces/as brindando una tutela efectiva y adecuada, además accesible a todas las personas. El poder judicial se fortalecía, adquiriendo capacidad para atender las pretensiones legítimas de los ciudadanos⁵⁵.

Técnicamente, la función Judicial se volvió más ágil debido al aumento del número de operadores de justicia; los pobres tenían acceso a la justicia, porque se crearon instancias de representación y acompañamiento judicial gratuito. Se construyó infraestructura, se descentralizó el poder judicial, de alguna manera se especializó a los jueces proporcionándoles cierta estabilidad durante un periodo de nueve años en funciones, sin derecho a reelección para el caso de los jueces nacionales y seis años para los jueces de las cortes provinciales.

⁵⁴ PÁSARA, L. *Independencia Judicial en la reforma de la Justicia Ecuatoriana*. Fundación para el debido proceso, 2014, p. 9.

⁵⁵ AGUIRRE, V. *La administración de Justicia en Ecuador 2012*. Programa Andino de Derechos Humanos, 2013, pp. 11-25.

Así mismo, al juez se le otorgó “una responsabilidad protagónica como guardián de los derechos establecidos en la Carta Magna”⁵⁶. De este modo los incentivos que tienen los abogados para postularse a la judicatura también cambiaron; se mantendrán algunas, como el prestigio, el ascenso social, lo económico, el mejoramiento del currículum, cuando dejen sus funciones⁵⁷. La estabilidad laboral de nueve años es cerca de media vida profesional, con un relacionamiento cercano a actores de la política, toda vez que ya no son postulados por el poder político.

Lo que buscaba el nuevo sistema de justicia era evitar la corrupción, apoyado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se designaban los jueces y las demás autoridades de control. Se pretendía que los jueces no tuvieran vínculos políticos, ya que eran elegidos en base a méritos. Se quería mantener la independencia del poder judicial porque en el antiguo sistema de Justicia quien elegía a los jueces era el Parlamento, entonces ponían a jueces afines a su ideología política⁵⁸, para así buscar impunidad en sus actividades reñidas con la ley. Los jueces dependían del poder parlamentario, porque, así como los nombraban podían destituirlos en cualquier momento.

No obstante, cabe señalar que la convocatoria al referéndum para modificar la función judicial fue vista y criticada como una intromisión del Ejecutivo en el poder judicial^{59, 60, 61}, mientras desde el Ejecutivo se afirmaba, que era la única manera de terminar con un poder judicial ineficiente y corrupto⁶². Todo esto en el marco del discurso oficial de lucha contra la delincuencia, la corrupción y la liberación de la justicia de las manos de la “partidocracia”⁶³. La justificación la encontró el presidente Correa en el discurso de que “el presidente de la República no sólo es jefe del Poder Ejecutivo, es jefe de todo el Estado ecuatoriano”⁶⁴.

⁵⁶ PÁSARA, L. 2003, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ BASABE, S. *Jueces sin Toga: Política judiciales y toma de decisiones en el tribunal constitucional del Ecuador 1999-2007*. Quito: Flacso- Ecuador, 2011.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ CASTRO, C. Consulta, Reforma Penal y Desmantelamiento del Estado Constitucional, *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, N°. 11, feb/mar, 2011, pp. 59-64.

⁶⁰ WRAY, N. La propuesta de consulta pone en riesgo el estado constitucional de derechos y justicia. *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, N°. 11, feb/mar, 2011, pp. 43-47.

⁶¹ TRUJILLO, J; ÁVILA, R. La situación de la justicia, hoy. *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, núm. 12 oct/nov 2012, pp. 38-43.

⁶² STORNAIOLO, U. ¿Meter la mano en la justicia? Ya está metida hace años. *Criterios Digital*, 27 de 04 de 2022. [En línea].

⁶³ PÁSARA, L. 2014 *op. cit.*, p. 68.

⁶⁴ ORTIZ, J. Para que sepan quién es “el jefe”. *La República*. 02 de noviembre de 2011. [En línea].

Esto significaba para muchos como Grijalva⁶⁵, Basabe y Llanos⁶⁶, que la Justicia en Ecuador está condenada a seguir dependiendo del poder político: “la reforma emprendida en el mandato de Correa no sería más que otro episodio en la larga historia de subordinación judicial”⁶⁷. En efecto, “los cambios normativos realizados al poder judicial solo han servido para modificar los actores que lo manipulan, manteniendo inalterada la relación de dependencia de los jueces hacia los políticos”⁶⁸.

La opinión pública estaba dividida, algunos afirmaban que era una iniciativa para perpetuarse en el poder⁶⁹ y tener jueces a su medida; no obstante, después que Correa terminó su tercer mandato se le siguieron 51 procesos, varios de ellos cayeron por sorteo en el despacho de la Jueza Camacho⁷⁰; esto deja dos posibilidades: en realidad los jueces que se nombraron con la reforma de Correa eran correístas, por lo que el gobierno posterior de L. Moreno, no se arriesgaba a que los juicios contra su antecesor cayeran en manos de estos jueces porque no progresarían; o en realidad los jueces son serviles al poder político de turno. En ambos casos tendríamos un sistema de justicia corrupto que oscila según los vaivenes de la política, tal como se ha evidenciado en los últimos años en diferentes fallos judiciales a favor de criminales políticos y narcotraficantes⁷¹.

IV. LA JUSTICIA ENTRE 2017-2021

A pocos meses de asumir el Poder, el presidente L. Moreno propuso “descorreizar el país”, proceso que fue posible con el apoyo de la ciudadanía mediante un Referéndum y Consulta Popular en 2018. Las cinco primeras preguntas correspondían a referéndum porque implicaban cambios a la Constitución y las dos últimas eran de consulta popular.

⁶⁵ GRIJALVA, A. “De la propuesta a la vigencia. La justicia constitucional ecuatoriana en perspectiva”. En Martínez, D. (ed.) *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012. pp. 170-190.

⁶⁶ BASABE, S.; LLANOS, S. La Corte Suprema del Ecuador en el período democrático (1979-2013): Entre la inestabilidad institucional y la influencia partidista. *América Latina Hoy*, Vol. 67, 2014, pp. 15-63.

⁶⁷ GRIJALVA, A., *op. cit.*, p. 175.

⁶⁸ BASABE, S.; LLANOS, S., *op. cit.*, p. 44.

⁶⁹ LEÓN, J. El referéndum: una estrategia para acumular más poder. *La Tendencia*, Revista de análisis político, N° 11, feb/mar 2011, pp. 26-32.

⁷⁰ Daniella Camacho, juez de la Corte Nacional de Justicia desde el 2018, se hizo conocida por llevar varios juicios contra el expresidente Rafael Correa, empezó con el caso Balda, luego sentenció al vicepresidente Jorge Glas, al secretario de la Presidencia Alexis Mera, al mismo Rafael Correa en el caso arroz verde y a otros altos mandos del correísmo.

⁷¹ SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN DE LA PRESIDENCIA. Presidente Lenín Moreno instó a la Función Judicial a trabajar con compromiso por el país y a no dejar delitos en la impunidad. 03 de septiembre de 2021. [En línea].

Tabla 2. Preguntas de Referéndum y Consulta Popular del 2018

Preguntas de Referéndum	Preguntas de Consulta Popular
1. ¿Está usted de acuerdo con que se enmiende la Constitución de la República del Ecuador, para que sancione a toda persona condenada por actos de corrupción con su inhabilidad para participar en la vida política del país, y con la pérdida de sus bienes?, según lo dispuesto en el Anexo 1	6. ¿Está usted de acuerdo con que se derogue la Ley Orgánica para Evitar la Especulación sobre el Valor de las Tierras y Fijación de Tributos, conocida como “Ley de Plusvalía”, según el Anexo I?”
2. ¿Para garantizar el principio de alternabilidad, está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que todas las autoridades de elección popular puedan ser reelectas por una sola vez para el mismo cargo, recuperando el mandato de la Constitución de Montecristi y dejando sin efecto la reelección indefinida aprobada mediante enmienda por la Asamblea Nacional el 3 de diciembre de 2015, según lo establecido en el Anexo 2?	7. ¿Está usted de acuerdo en incrementar la zona intangible en al menos 50.000 hectáreas y reducir el área de explotación petrolera autorizada por la Asamblea Nacional en el Parque Nacional Yasuní de 1.030 hectáreas a 300 hectáreas?
3. ¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como dar por terminado el período constitucional de sus actuales miembros, y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos de acuerdo al Anexo 3?	
4. ¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que nunca prescriban los delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes, según el Anexo 4?	
5. ¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para que se prohíba sin excepción la minería metálica en todas sus etapas, en áreas protegidas, zonas intangibles y centros urbanos, de conformidad con lo establecido en el Anexo 5?	

Fuente: Consejo Nacional Electoral (CNE)

Ante este referéndum y consulta popular, en su momento había quienes⁷², sostenían que era una clara dedicatoria al ex presidente Correa para darle muerte política. Especialmente con las tres primeras preguntas que estarían pensadas para este propósito.

Por ejemplo, la primera estaría pensada para buscar una sentencia por corrupción y condenarlo, como en efecto pasó, aunque inicialmente no lo condenaron por corrupción

⁷² PÉREZ, A. Ecuador: Sí a la ‘descorreización’. Radio Francia Internacional, Noticias América. 2018. [En línea].

sino por influjo psíquico. La segunda, elimina la reelección indefinida, dando la posibilidad de reelección por una sola vez, de modo que Correa como había sido reelegido dos veces ya no pudiera hacerlo más. Y la tercera, habría pretendido cesar a los funcionarios del Consejo de Participación Ciudadana, que eran acusados de correistas y además tenían en marcha concursos para designar Fiscal general, Contralor, Procurador, Jueces de las Cortes y Defensor del Pueblo, entre otros.

La Fiscalía sustanció 51 procesos penales contra Correa llegando a sentenciarlo por influjo psíquico en el Caso “Arroz Verde”⁷³ y en un proceso exprés, mientras otros procesos como el caso Odebrecht, Ina Papers que involucraba al presidente Moreno, siguen en investigación. Estos hechos, llevan a inferir a algunos periodistas⁷⁴, académicos y analistas jurídicos⁷⁵ que el sistema de justicia ecuatoriano imparte una justicia selectiva que responde al poder político, que muchos de los juicios seguidos a personajes del correísmo son claros indicios de persecución política. Por ejemplo, señala Granja, el caso Arroz Verde, es una vergüenza para la justicia ecuatoriana y el encarcelamiento de Jorge Glas con un código derogado hacen presumir imparcialidad⁷⁶, lo mismo piensa Zambrano⁷⁷.

Al ganar el referéndum, suspendieron todos los concursos iniciados, los Consejeros dejaron sus cargos y se nombró un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio, que terminó designando de manera muy rápida a estas autoridades, con concursos cuestionados como el de la Fiscal, que con un puntaje de 10/20 en el examen escrito y un puntaje y 49 sobre 50 en méritos, más la exposición oral, que alcanzó, 28,17 puntos sobre 30, ocupó este cargo, aun cuando había mejores puntuados, al menos en las dos primeras fases que no las evaluaba el Consejo Transitorio, tal como se muestra en las siguientes dos tablas:

⁷³ FUNCION JUDICIAL. Proceso N°. 17721-2019-00029G. 26/04/2020, 613 [En línea]. Ver páginas 383-385.

⁷⁴ REVISTA CRISIS. Corrupción y justicia selectiva: Ecuador camino a la dictadura del capital. 23 de junio de 2020. [En línea].

⁷⁵ Por ejemplo: Rafael Oyarte, Pedro Granja y Alfonso Zambrano

⁷⁶ GRANJA, P. *El Caso Sobornos, un examen 10/20*. Guayaquil: ONI, 2020.

⁷⁷ ZAMBRANO, A. *El Caso Sobornos. Ocaso del Garantismo Penal, estudio doctrinario y jurisprudencial*. Guayaquil: Murillo Editores. 2021.

Tabla 3. Mejores tres puntuados en el concurso de méritos y oposición para designar al Fiscal General 2018.

Fase 1: Méritos				Fase 2: oposición		
Postulantes			C. Méritos	Postulantes		C. Méritos
Merck	Milko	Benavides	50	Fausto	Trujillo Castillo	45
Benalcázar						
Lady	Diana	Salazar	49	María	Bayas Santillán	44,6
Méndez						
Jaime	Guerrón	Hernández	47	Jorge	Ballersteros	44,5
				Ballersteros		

Fuente: Informe de Veeduría al concurso público de Méritos y Oposición para designación de la primera autoridad de la Fiscalía General del Estado de la Fundación Ciudadanía y Desarrollo.

Como se puede ver, Diana Salazar no era la mejor puntuada hasta el momento, en oposición estaba en el lugar 23 de 26 participantes, Para la exposición oral ya quedaban únicamente 14 postulantes, de los cuales Diana Salazar ganó el concurso con cuestionamientos.

Tabla 4. Resultados del Concurso de Méritos y Oposición para la designación de Fiscal 2018.

Postulantes	Méritos	Examen	Oposición	suma	Ac. Afirmativa	Final
Lady Diana Salazar Méndez	49	10	28,17	87,17	+1	88,17
Merck Milko Benavides Benalcázar	50	13	22,17	85,17	N/A	85,17
Javier Vitervo Bósquez Villena	44,01	15	19,83	78,84	N/A	78,84

Fuente: Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio.

Ante este hecho, 12 de los 14 participantes, presentaron recursos de revisión por sentirse afectados, pero el Consejo de Participación Transitorio no dio paso a este pedido y posicionó a Diana Salazar Méndez como Fiscal General.

El desmantelamiento institucional emprendido por L. Moreno, significó el inicio de una nueva etapa en la Justicia ecuatoriana, con estos procesos se debilitó la

institucionalidad no solo de la fiscalía, sino también de la Función Judicial en su conjunto. Se eliminó el Ministerio de justicia y Derechos Humanos, que tenía la rectoría del sistema penitenciario⁷⁸, se eliminó la Secretaría de Inteligencia⁷⁹, se eliminó el Ministerio del Interior que regía a la Policía Nacional para fusionarlo con la Secretaría de la Gestión Pública⁸⁰.

Todo esto resta capacidad preventiva y operativa al sistema de justicia y las consecuencias son: el aumento del crimen organizado, la inseguridad ciudadana, la corrupción y la delincuencia común.

V. ESTADO DE LA JUSTICIA ENTRE 2021-2023

Al asumir el poder el presidente Guillermo Lasso continuó en la misma línea de Lenin Moreno, también se sumó al proyecto de descorreización del país y como era de esperarse, los indicadores de deterioro de la institucionalidad del estado y en materia de justicia cada vez se acentúan más.

Por ejemplo, con respecto a la violencia, los homicidios intencionados, crecieron en un 83%, ubicando a Ecuador entre los países más violentos, con un promedio de 25 asesinatos por cada 100 000 habitantes⁸¹. Entre el 2021 y 2022, sucedieron 11 masacres carcelarias con 413 fallecidos⁸². Con respecto a la sensación de corrupción el 62% de los ciudadanos y expertos consultados aseguran que existe corrupción en el servicio público⁸³.

Otro aspecto importante que pone en evidencia la crisis del sistema de justicia son los datos sobre personas privadas de libertad que aún no han recibido sentencia. En 2014, había 3312 personas con esta situación en las cárceles de Ecuador⁸⁴. Este fenómeno obedecía a malas prácticas de los operadores de justicia que en algunos casos respondían

⁷⁸ EL UNIVERSO. Extinción del Ministerio de Justicia preocupa a defensores de derechos humanos. 27 de agosto 2018. [En línea].

⁷⁹ EL COMERCIO. Presidente eliminó oficialmente la Senain. 21 de septiembre 2018. [En línea].

⁸⁰ EL UNIVERSO. Desaparece el Ministerio del Interior para dar paso al Ministerio de Gobierno. 02 de agosto 2019. [En línea].

⁸¹ MELLA, C. Guayaquil, la ciudad ecuatoriana donde cunde el terror del crimen organizado. 09 de abril 2023. [En línea].

⁸² PRIMICIAS. Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses. 07 de octubre 2022. [En línea].

⁸³ FUNDACIÓN CIUDADANÍA Y DESARROLLO, *Barómetro de la corrupción... op. cit.*

⁸⁴ TORRES, A. (ed). 3312 inocentes estuvieron presos o enjuiciados en Ecuador. 26 de enero 2014. [En línea].

a la presión mediática ya que se necesitaba un chivo expiatorio para el sistema y las estadísticas, para tranquilizar la opinión pública y los medios de comunicación⁸⁵. En 2022 se realizó un censo penitenciario y aunque no se reveló cuantos presos encarcelados se consideran inocentes, sí reveló que existen 14 800 sin sentencia en firme⁸⁶, es decir que podrían ser declarados inocentes.

Con los datos señalados es previsible que muchas personas de las que actualmente permanecen en los centros de privación de libertad no han cumplido un proceso de juzgamiento que determine su situación legal. En las crisis carcelarias antes mencionadas, muchos de los que fueron asesinados, ni siquiera tenían sentencia ejecutoriada, lo que evidencia la fragilidad del sistema de justicia.

La sensación que tiene la mayoría de la población ecuatoriana es que en el país no existe justicia y el 73% de las personas encuestadas sostiene que la corrupción aumentó en el último año⁸⁷. En un estudio publicado por el diario El Universo, se evidencia que “las mujeres son las que más desconfían de la justicia con el 84,89%, en comparación con los hombres con el 80,86%”⁸⁸.

En este panorama, los encuestados expresan que el factor económico condiciona fuertemente el acceso y aplicación al sistema judicial. Se tiene la impresión que todo el sistema es corrupto, debe haber algunas salvedades, no obstante, con los datos ampliamente señalados se puede afirmar que vivimos en una sociedad de privilegios donde el factor económico condiciona de manera importante tanto el acceso como la aplicación de justicia.

A todas luces, el sistema de justicia ecuatoriano ha fomentado prácticas como la deshonestidad, la corrupción y todo tipo de injusticias cometidas contra la ciudadanía cuando se supone que dicho sistema está diseñado para castigar y controlar ese tipo de conductas.

⁸⁵ ÁVILA, R. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A. 2013. 297 p. Primera edición.

⁸⁶ PORTAL NOTIMÉRICA. Ecuador reconoce que el 40% de los presos de sus cárceles no tiene sentencia en firme. 08 de octubre 2022. [En línea].

⁸⁷ FUNDACIÓN CIUDADANÍA Y DESARROLLO, *Barómetro de la corrupción...*, op cit.

⁸⁸ EL UNIVERSO. El 83 % de los ecuatorianos no confía en la justicia. Aquí las razones., 07 de febrero 2022. [En línea].

VI. CONCLUSIONES

El artículo examina la aplicación de justicia en Ecuador abordando la situación del sistema jurídico y su evolución desde la Constitución de 2008. Se analizan las causas y consecuencias de la corrupción en el sistema judicial, así como los intentos de reforma realizados en el gobierno de la Rafael Correa y los cambios posteriores en los gobiernos de Lenin Moreno y Guillermo Lasso.

Se destaca que, a pesar de contar con una Constitución progresista y garantista de derechos, el sistema de justicia ecuatoriano enfrenta problemas de corrupción e ineficiencia. Se menciona la existencia de una élite de jueces y operadores judiciales que actúan de manera inconsistente y sin mecanismos adecuados de control. La falta de coordinación entre la teoría y la práctica de la justicia se ha constituido como un factor determinante en el deterioro de las relaciones sociales, el crecimiento de la delincuencia y el crimen organizado y la institucionalización de la corrupción.

Entre 2007 y 2017, se emprendieron reformas con el objetivo de fortalecer el sistema de justicia, incluyendo la creación del Consejo de la Judicatura de Transición y la implementación de concursos para designar a las autoridades judiciales. Sin embargo, se plantea que estos cambios no lograron romper la dependencia del poder político y la influencia de los intereses particulares en la justicia.

En los gobiernos posteriores, se observa un proceso de desmantelamiento de la institucionalidad del país, con cambios que han debilitado la independencia del Poder Judicial. Una aparente situación de persecución política y justicia selectiva en los procesos judiciales ha generado críticas y cuestionamientos sobre la imparcialidad del sistema.

En general, se concluye que el sistema de justicia ecuatoriano enfrenta problemas estructurales como falta de formación especializada de los operadores judiciales, la dependencia del poder político y económico y la falta de transparencia y mecanismos de control.

Ante esta problemática una posible propuesta para mejorar el sistema de justicia en el Ecuador es la implementación de un plan integral a largo plazo que incluya la reducción de las desigualdades sociales, el fortalecimiento institucional y una revolución educativa integral. Solo así tendremos operadores de justicia íntegros y probos.

Entre los límites de este estudio se puede resaltar, que se trata de un análisis exploratorio con el afán de incitar a preguntarse sobre una problemática sustancial como

es la justicia, frente a la corrupción que cada vez gana más espacio y tiende a normalizarse. Por eso se invita a repensar en la justicia como una virtud que se debe promover, y en la corrupción una práctica que se debe combatir y desterrar para tener una sociedad más armónica, equitativa y solidaria.

Se espera que este estudio abra líneas investigativas sobre la justicia, en relación con la educación, con la ética, con la transparencia en las políticas públicas y la corrupción como un mal que perjudica a toda la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, V. La administración de Justicia en Ecuador 2012. Programa Andino de Derechos Humanos, 2013, pp. 11-25.

ÁVILA, R. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A. 2013. 297 p. Primera edición. Disponible en <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5925> [último acceso: 25/03/2023].

ÁVILA, R. *Neconstitucionalismo y Sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

BASABE, S. Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador. *Perfiles Latinoamericanos*, N°.42. Vol. 21, 2013 pp. 79-108.

BASABE, S. *Jueces sin Toga: Política judiciales y toma de decisiones en el tribunal constitucional del Ecuador 1999-2007*. Quito: Flacso- Ecuador, 2011, 200 pp.

BASABE, S.; LLANOS, S. La Corte Suprema del Ecuador en el período democrático (1979-2013): Entre la inestabilidad institucional y la influencia partidista. *América Latina Hoy*, Vol. 67, 2014, pp. 15-63.

BLESA, A. Medios de comunicación y democracia: ¿El poder de los medios o los medios al poder? *Sphera Pública*, Vol. 6, 2006, pp. 87-106.

BORJA, M. *Los tentáculos de la corrupción asfixian a la función judicial*. 17 de octubre de 2022. Disponible en: <https://gk.city/2022/08/01/tentaculos-corrupcion-justicia-ecuador/> [último acceso: 25/03/2023].

CASTRO, C. Consulta, reforma penal y desmantelamiento del Estado constitucional, *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, N°. 11 feb/mar, 2011.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR. R.O. N°. 449, 20 de octubre 2008.

- DESHAZO, P. Esfuerzos Contra la Corrupción en América Latina. Lecciones aprendidas. Documentos de Política sobre las Américas, Vol. XVIII, Estudio 2, 2007. Disponible en <https://www.csis.org/analysis/policy-papers-americas-esfuerzos-contra-la-corrupcion-en-america-latina-lecciones> [último acceso: 08/07/2023].
- EL COMERCIO. Presidente eliminó oficialmente la Senain. 21 de septiembre 2018. [En línea]. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/leninmoreno-eliminacion-senain-centro-inteligencia.html> [último acceso: 14/07/2023].
- EL UNIVERSO. Desaparece el Ministerio del Interior para dar paso al Ministerio de Gobierno. 02 de agosto 2019. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/08/02/nota/7453647/desaparece-ministerio-interior-dar-paso-ministerio-gobierno/> [último acceso: 14/07/2023].
- EL UNIVERSO. El 83 % de los ecuatorianos no confía en la justicia. Aquí las razones. 07 de febrero 2022. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/el-83-de-los-ecuatorianos-no-confia-en-la-justicia-aqui-las-razones-nota/#:~:text=en%20la%20justicia.-,Aqu%C3%AD%20las%20razones,es%20la%20tardanza%20del%20proceso> [último acceso: 06/06/2023].
- EL UNIVERSO. Extinción del Ministerio de Justicia preocupa a defensores de derechos humanos. 27 de agosto 2018. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/08/27/nota/6925184/extincion-ministerio-justicia-preocupa-defensores-ddhh/> [último acceso: 14/07/2023].
- FUNCIÓN JUDICIAL. Proceso N°. 17721-2019-00029G. 26/04/2020, 613 pp. Disponible en https://www.pge.gob.ec/images/2020/casoSobornos/sentencia_caso_rc_y_otros.pdf (pp. 1-413) [último acceso: 06/06/2023].
- FUNDACIÓN CIUDADANÍA Y DESARROLLO *Barómetro de la corrupción. Ecuador 2022*. Quito: Fundación Ciudadanía y Desarrollo, 2022, 60 p. Disponible en: <https://bivica.org/file/view/id/6471> [último acceso: 10/07/2023].
- GARCÍA-SAYÁN, D. *Corrupción, derechos humanos, independencia judicial*. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017. Disponible en: <https://www.unodc.org/dohadecaration/es/news/2018/04/corruption--human-rights--and-judicial-independence.html> [último acceso: 08/07/2023].
- GRANJA, P. *El Caso Sobornos, un examen 10/20*. Guayaquil: Librería Jurídica ONI, 2020.

- GRIJALVA, A. “De la propuesta a la vigencia. La justicia constitucional ecuatoriana en perspectiva”. En Martínez, D. (ed.) *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2012. pp. 170-190.
- JADÁN, D. *Independencia judicial y poder político en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2019 , Serie Magíster Vol. 245. 116 p.
- KANT, I. *Principios Metafísicos del Derecho*. [trad.] G. Lizárraga. Madrid: Librería de Victoriano Suárez. 1873.
- LEÓN, J. El referéndum: una estrategia para acumular más poder. *La Tendencia*, Revista de análisis político, N°. 11, feb/mar 2011, pp. 26-32.
- MELLA, C. Guayaquil, la ciudad ecuatoriana donde cunde el terror del crimen organizado. Las balaceras se multiplican mientras el Gobierno deja en manos de los ciudadanos el combate contra la inseguridad. 09 de abril 2023. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2023-04-09/guayaquil-la-ciudad-ecuatoriana-donde-cunde-el-terror-del-crimen-organizado.html> [último acceso: 06/06/2023].
- MOUFFE, Ch. *En torno a lo político*. Primera edición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2011. Primera edición.
- OEA. *Desigualdades e inclusión social en las América*. Segunda. Costa Rica: OEA/Ser.D/XV.11, 2011.
- ORTIZ, J. Para que sepan quién es “el jefe”. *La República*. 02 de noviembre de 2011. Disponible en <https://www.larepublica.ec/blog/2011/11/02/para-que-sepan-quien-es-%E2%80%9Ccel-jefe%E2%80%9D/> [último acceso: 15/07/2023].
- PÁSARA, L. El conflicto entre medios de comunicación y justicia. *Reforma Judicial*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, IIJ, Universidad Nacional Autónoma de México, N°. 3, México, D.F. 2003, 8 p.
- PÁSARA, L. *Independencia Judicial en la reforma de la Justicia Ecuatoriana*. Fundación para el debido proceso, 2014, 106 p. ISBN: 978-0-9827557-9-2
- PÉREZ, A. Ecuador: Sí a la ‘descorreización’. Radio Francia Internacional, Noticias América. 2018. Disponible en: <https://www.rfi.fr/es/americas/20180205-ecuador-si-la-descorreizacion>. [último acceso: 06/06/2023].
- PLATÓN. *La República*: Biblioteca Virtual Universal. 2003.

PORTAL NOTIMÉRICA. Ecuador reconoce que el 40% de los presos de sus cárceles no tiene sentencia en firme. 08 de octubre 2022. Disponible en: <https://www.notimerica.com/politica/noticia-ecuador-ecuador-reconoce-40-presos-carceles-no-tiene-sentencia-firme-20211008041927.html#:~:text=El%20Servicio%20Nacional%20de%20Atenci%C3%B3n,con%20una%20sentencia%20en%20firme> [último acceso: 06/06/2023].

PRIMICIAS. Gobierno formalizó la primera denuncia contra ‘jueces corruptos’. 08 de febrero 2023. Disponible en: <https://www.primicias.ec/noticias/politica/gobierno-denuncia-jueces-corruptos/> [último acceso: 08/07/2023].

PRIMICIAS. Once masacres carcelarias y 413 presos asesinados en 21 meses. 07 de octubre 2022. Disponible en: <https://www.primicias.ec/noticias/en-exclusiva/carceles-nueve-masacres-victimas-ecuador/> [último acceso: 06/06/2023].

RAMÍREZ, C. (coord.) *Instituciones jurídicas en perspectiva comparada*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.

REVISTA CRISIS. Corrupción y justicia selectiva: Ecuador camino a la dictadura del capital. 23 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.revistacrisis.com/editorial/corrupcion-y-justicia-selectiva-ecuador-camino-la-dictadura-del-capital>. [último acceso: 06/06/2023].

SANDEL, M. *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate, 2012.

SANDEL, M. *La Tiranía del Mérito ¿Qué ha sido del bien común?* Londres: epub libre, 2021.

SECRETARÍA DE COMUNICACIÓN DE LA PRESIDENCIA. Presidente Lenín Moreno instó a la Función Judicial a trabajar con compromiso por el país y a no dejar delitos en la impunidad. 03 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.comunicacion.gob.ec/presidente-lenin-moreno-into-a-la-funcion-judicial-a-trabajar-con-compromiso-por-el-pais-y-a-no-dejar-delitos-en-la-impunidad/>. [último acceso: 08/07/2023].

STORNAIOLO, U. ¿Meter la mano en la justicia? Ya está metida hace años. *Criterios Digital*. 27 de 04 de 2022. Disponible en: <https://criteriosdigital.com/portada/ustornaiolo/meter-la-mano-en-la-justicia-ya-esta-metida-hace-anos/> [último acceso: 08/07/2023].

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepción de la Corrupción 2022. Disponible en: <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/index/ecu> [último acceso: 10/07/2023].

- TORRES, A. (ed). 3312 inocentes estuvieron presos o enjuiciados en Ecuador. 26 de enero 2014. Disponible en <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/312-inocentes-estuvieron-presos-o.html> [último acceso: 06/06/2023].
- TRUJILLO, J; ÁVILA, R. La situación de la justicia, hoy. *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, N°. 12 oct/nov 2012, pp. 38-43.
- VAN ROMPAEY, L. El Derecho y la Justicia. *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, N°. 8, Vol. 4, 2012, pp. 87-89.
- VILLORIA, M.; IZQUIERDO, A. *Ética Pública y Buen Gobierno: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Tecnos, 2016.
- WRAY, N. La propuesta de consulta pone en riesgo el estado constitucional de derechos y justicia. *La Tendencia*, Revista de Análisis Político, N°. 11, feb/mar, 2011, pp. 43-47.
- ZAMBRANO, A. *El Caso Sobornos. Ocaso del Garantismo Penal, estudio doctrinario y jurisprudencial*. Guayaquil: Murillo Editores, 2021.



ARTÍCULO

OPEN ACCESS

Estudio comparativo entre México, España, Estados Unidos de América y Chile sobre el derecho de acceso a la información pública

Comparative study between Mexico, Spain, The United States of America, and Chile on the right of access to public information

Karla Ortega Flores

0000-0002-1852-3307

Recibido: 11 de agosto 2023.
Aceptado: 23 de agosto 2023.

Sumario

I. Introducción. II. Derecho de acceso a la información pública caso México. III. Derecho de acceso a la información pública en el sistema jurídico del Estado Español. IV. El derecho de acceso a la información pública en la experiencia de Estados Unidos de América. V. El derecho de acceso a la información en el sistema jurídico de Chile. VI. Similitudes y diferencias. VII. Consideraciones finales.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.

Estudio comparativo entre México, España, Estados Unidos de América y Chile sobre el derecho de acceso a la información pública

Comparative study between Mexico, Spain, The United States of America, and Chile on the right of access to public information

Karla Ortega Flores*

Resumen

El objetivo de realizar un estudio comparado es comprender las similitudes y diferencias presentes en la regulación del derecho de acceso a la información en cuatro sistemas jurídicos: México, España, Estados Unidos de América y Chile. En particular, examinamos la estructura del proceso establecido en la legislación de cada país en relación con el acceso a la información, incluyendo sus antecedentes legislativos, el procedimiento para obtener la información, las limitaciones, los organismos encargados de garantizarlo y los plazos para su aplicación. Utilizando un enfoque comparativo, hemos obtenido un panorama detallado de las coincidencias y discrepancias entre las distintas legislaciones, lo que nos ha permitido identificar tanto aciertos como deficiencias implementadas por cada Estado. Otro aspecto explorado en nuestro estudio comparativo se relaciona con la sentencia Claude Reyes y Otros vs. Chile, una resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su relevancia radica en que fue la primera sentencia en abordar una controversia sobre la obstrucción al acceso a la información en el ámbito interamericano. A raíz de este fallo, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comenzaron a abordar la legislación en este ámbito. Esta sentencia se considera un punto de inflexión que ha transformado la garantía del derecho a acceder a la información pública.

Palabras clave: Estudio comparado, Acceso a la información, Sistemas jurídicos, Marco legislativo, Corte Interamericana.

Abstract

The purpose of conducting a comparative study is to comprehend the similarities and differences inherent in the regulation of the right to access information within four legal systems: Mexico, Spain, the United States of America, and Chile. Specifically, we scrutinize the framework of the process established within the legislation of each country concerning information access. This encompasses its legislative history, the protocol for procuring information, the constraints, the responsible governing bodies, and the stipulated timeframes for its application. Employing a comparative approach, we have acquired an intricate overview of the convergences and disparities across the various legislations, enabling us to pinpoint achievements as well as deficiencies instituted by each respective State. Another facet explored in our comparative study pertains to the Claude Reyes and Others v. Chile verdict, a judgment issued by the Inter-American Court

* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Email: karlaortegaflores@hotmail.com

of Human Rights. Its significance lies in the fact that it constituted the inaugural judgment to address a dispute concerning the hindrance of information access in the Inter-American context. After this landmark ruling, States that are parties to the American Convention on Human Rights initiated the process of legislating in this sphere. This judgment is deemed a pivotal juncture that has revolutionized the assurance of the right to access public information.

Keywords: Comparative study, Access to information, Legal systems, Legislative framework, Inter-American Court.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la información es una prerrogativa reconocida en la mayoría de los Estados democráticos. A lo largo de la historia y a nivel internacional ha sido reconocido como un derecho humano progresivo. Es un instrumento mediante el cual los individuos pueden buscar y obtener información, coadyuvar para la materialización del derecho a la libertad de expresión, el derecho de réplica y participar activamente en la vida política del país⁸⁹. Su función principal es transparentar la actuación de las instituciones gubernamentales que conforman la administración pública.

Según Jorge Carpizo, el derecho fundamental de toda persona a informar y estar informada se define como la capacidad de acceder a información sin necesidad de demostrar interés alguno ni justificar su utilización⁹⁰. En otras palabras, el acceso a la información pública como prerrogativa propicia la difusión de la información de manera completa y oportuna haciendo llegar de manera institucional la comunicación entre el poder público y el gobernado.

A nivel internacional, numerosas instituciones encargadas de la protección de los derechos humanos han reconocido la naturaleza fundamental del derecho de acceso a la información, así como la necesidad de que éste sea protegido expresamente por leyes encaminadas al respeto de dicho derecho y la implementación de su práctica⁹¹.

⁸⁹ CASTRO CORIA, Eva Grissel y ROSALES HUERTA, Carolina, *El derecho a la información como llave de acceso a nuevas formas de gobierno / The right to information as a key to new forms of government*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019, p. 75.

⁹⁰ CARPIZO, Jorge y VILLANUEVA, Ernesto, *El derecho a la información. propuestas de algunos elementos para su regulación en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 72.

⁹¹ Access Info Europe. (Sitio web). Recuperado de: <https://www.access-info.org>

Actualmente, más de cien países en todo el mundo cuentan con una ley de acceso a la información⁹². En Europa 41 de los 47 miembros del Consejo Europeo cuentan con una Ley de acceso a la información, excepto Andorra, Chipre, Malta, Mónaco, Luxemburgo y San Marino⁹³.

En América existen 22 países que cuentan con una ley que consagra el derecho de acceso a la información pública: Antigua y Barbuda, Brasil, Belice, Canadá, Colombia, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Vicente, Trinidad y Tobago, y Uruguay⁹⁴.

En Asia, África y Oceanía el acceso a la información es garantizado por 45 países entre ellos: Yemen, Irán, Turquía, Nepal, China, Corea del Sur, Japón, Tailandia, Indonesia, Filipinas, Sudáfrica, Tanzania, Marruecos, Túnez, Australia y Nueva Zelanda⁹⁵.

A nivel mundial, el derecho de acceso a la información pública es reconocido y legislado con el objetivo de mejorar la comunicación gubernamental entre el individuo-Estado y a su vez cumplir con la obligación de transparentar su actuar. Sin embargo, en todo sistema jurídico, el derecho de acceso a la información es regulado de acuerdo con sus necesidades y su entorno, es decir, en un país se puede garantizar el derecho de una forma y en otro país de manera diferente, mediante procesos similares no idénticos, pueden existir requisitos diferentes para su acceso, entre otros elementos. Por ello, se han seleccionado cuatro países: México, España, Estados Unidos de América (EUA) y Chile para realizar el estudio comparado de sus legislaciones y conocer sus formas de garantizar el acceso a la información.

La elección de las normatividades a estudiar fue complicada, debido a que su selección debe tener una justificación, es decir, manifestar el por qué es importante realizar la comparación entre una ley y otra.

La motivación detrás de la comparación de las legislaciones mexicana, española, estadounidense y chilena reside en las diferencias en los tipos de gobierno presentes en México, Chile y España. Se argumenta que en México y Chile, el tipo de gobierno es republicano, lo que implica que la organización del Estado es determinada por los

⁹² DatosMacro. (Sitio web). Índice Derecho a la Información. Recuperado de: bit.ly/3YLBu8O.

⁹³ *Ídem*.

⁹⁴ Organización de los Estados Americanos (OEA). (Sitio web). Mandatos y competencias de las unidades de acceso a la información en la OEA. Recuperado de: bit.ly/3qJgenD.

⁹⁵ DatosMacro. (Sitio web). Índice Derecho a la Información. Recuperado de: bit.ly/3YLBu8O.

ciudadanos. Por otro lado, España se caracteriza por su monarquía parlamentaria, un sistema de gobierno que se sustenta en la presencia de un monarca, la soberanía nacional, la separación de poderes y un sistema parlamentario⁹⁶. En cuanto a EUA, su tipo de gobierno corresponde a una república, su sistema jurídico proviene de la familia jurídica *common law*, siendo su mayor característica la resolución de sentencias mediante casos (precedentes)⁹⁷. A diferencia de México, Chile y España, estos países están gobernados bajo un sistema basado en la tradición neorromanista, cuya ciencia jurídica se ha construido sobre los cimientos del derecho romano y la tradición germánica. Su principio fundamental sostiene que la ley constituye la fuente primordial del derecho⁹⁸.

En resumen, la elección de analizar el derecho de acceso a la información pública en las legislaciones de México, España, Estados Unidos y Chile se fundamenta en las notables diferencias gubernamentales y jurídicas presentes en cada nación. Asimismo, la inclusión de Chile en este estudio obedece a la condena recibida por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la transgresión de este derecho a nivel interamericano.

En este contexto, al identificar las disparidades en términos de tipo de gobierno, sistema jurídico y condenas por parte de Cortes Internacionales, se plantea como hipótesis la posible existencia de variables entre distintos países en lo que respecta a la legislación y aseguramiento del acceso a la información pública. En virtud de esto, el propósito de este estudio es explorar las similitudes y discrepancias presentes en las legislaciones que serán objeto de comparación.

II. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

Antes de iniciar el estudio de la situación actual del derecho en cuestión, cabe destacar que el derecho de acceso a la información pública no es una prerrogativa reconocida recientemente, puesto que en México fue producto de diversas reformas constitucionales. Fue en el año de 1977 cuando el acceso a la información apareció por primera vez en la reforma constitucional, al agregarse al artículo 6 Constitucional la leyenda: "El derecho a la información será garantizado por el Estado". Dicha reforma buscaba todo excepto el

⁹⁶Administración.gob.es. (Sitio web). Sistema Político. Recuperado de: bit.ly/3YP435k.

⁹⁷JACOB, Robert ¿Es el common law el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Revista Isonomía* núm. 44, abril 2016, pp. 11-37

⁹⁸ Archivos Jurídicos de la UNAM. (Sitio web). Manual de estilo de la OEA: uso de fuentes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (PDF). Recuperado de: bit.ly/3YpwNen.

acceso a la información. Fue un período en el que no se comprendía completamente el propósito de este derecho, ya que dicho enunciado estaba restringido únicamente a los partidos políticos para promocionar su plataforma a través de los medios de comunicación⁹⁹.

Hasta finales de la década de los años 90 se incluyó en la agenda política el tema del derecho de acceso a la información y la necesidad de una norma secundaria que regulara y normara el procedimiento¹⁰⁰. La necesidad de una ley reglamentaria que estableciera los sujetos, objetos, principios, procedimientos y órganos garantes fue un tema controversial debido a que diversos sectores de la población se opusieron a ella, sobre todo medios de comunicación, porque consideraban que serían limitados en su libertad de expresión al regularse el acceso a la información. No obstante, los debates en el ámbito legislativo, la evaluación por parte de la Cámara de Diputados y Senadores, junto con la inclusión del precepto en el primer capítulo de la norma fundamental, indicaban el inicio de la regulación de un derecho preexistente. Este derecho, permanecía inefectivo debido a la carencia de un de un procedimiento para su cumplimiento.

En junio de 2002, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, entrando en vigor el día siguiente de su publicación. Dicha legislación contemplaba: la clasificación y manejo de la información, excepciones al principio de publicidad, el procedimiento para solicitar información, y órganos garantes.

Se estableció la creación del Instituto Federal de acceso a la Información (IFAI), como órgano de la administración pública siendo su objetivo promover y difundir el ejercicio del derecho a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información; y, proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades.

Posteriormente, ante la reforma constitucional en materia de transparencia y en el contexto de la construcción de la ley reglamentaria, se plantea la necesidad de diseñar dos legislaciones, la primera en el ámbito general, denominada Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), publicada en el DOF en el año de 2015, con el propósito de consolidar una normatividad marco que distribuyera competencias en los tres niveles de gobierno. La segunda normatividad que fue creada para garantizar el

⁹⁹ TENORIO CUETO, Guillermo A., *Transparencia y acceso a la información: los casos difíciles*, México, Universidad Panamericana, 2014, p. 83.

¹⁰⁰ Serie del Poder Judicial Contemporáneo, *Transparencia y Acceso a la Información en el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 21.

derecho de acceso a la información en el orden federal fue la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), legislación que se ve materializada con su publicación en el DOF el 9 de mayo de 2016, quedando abrogada la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental de 2002.

Derivado de la abrogación de la legislación anterior, desaparece el IFAI y se estructura el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Dicho órgano garantiza que cualquier autoridad en el ámbito federal, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos, fondos públicos y sindicato; o cualquier persona física, moral que reciba y funcione con recursos públicos o realice actos de autoridad, se vea en la obligación de entregar la información pública que le sea solicitada¹⁰¹.

El INAI estará compuesto por siete Comisionados. Para su designación, se requiere que la Cámara de Senadores, después de llevar a cabo una consulta a la sociedad y basándose en las propuestas de los grupos parlamentarios, apruebe el nombramiento de los comisionados con el voto de al menos dos terceras partes de los Senadores presentes en la sesión¹⁰².

Una de las atribuciones más importantes del INAI es garantizar el derecho de acceso a la información de los ciudadanos. En caso de que el derecho en estudio no sea respetado, el INAI conocerá, sustanciará y resolverá los recursos de revisión interpuestos por los particulares en contra de las resoluciones de los sujetos obligados en el ámbito federal¹⁰³.

Para hacer efectivo el derecho de acceso a la información, el gobernado podrá realizar su solicitud de forma personal ante la unidad de transparencia correspondiente o por la plataforma de transparencia (INFOMEX)¹⁰⁴ para la recepción de la solicitud, trámite y entrega de la información.

¹⁰¹ InfoMex. (Sitio web). Infomex - Sistema de Acceso a la Información Pública Gubernamental. Recuperado de: bit.ly/3OQGvbK.

¹⁰² Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Artículo 18. El Instituto estará integrado por siete Comisionados; para su nombramiento, la Cámara de Senadores, previa realización de una amplia consulta a la sociedad, a propuesta de los grupos parlamentarios y con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, nombrará al Comisionado que deba cubrir la vacante; garantizando la imparcialidad, independencia y transparencia del proceso...

¹⁰³ Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Artículo 21.

...II. Conocer, sustanciar y resolver los recursos de revisión interpuestos por los particulares en contra de las resoluciones de los sujetos obligados en el ámbito federal; así como las denuncias por incumplimiento a las obligaciones de transparencia a que se refieren los Capítulos I y II del Título Tercero de esta Ley, en términos de lo dispuesto en la Ley General y la presente Ley...

¹⁰⁴ Plataforma de Transparencia. (Sitio web). Inicio - Plataforma Nacional de Transparencia. Recuperado de bit.ly/45noxEA.

De acuerdo con el artículo 125 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP), para presentar una solicitud no se podrán exigir mayores requisitos que los siguientes: a) Nombre o seudónimo; b) Domicilio o medio para recibir notificaciones; c) La descripción de la información solicitada; d) Cualquier otro dato que facilite su búsqueda y eventual localización, y e) La modalidad en la que prefiere se otorgue el acceso a la información, las cuales podrán ser verbal, siempre y cuando sea para fines de orientación; mediante consulta directa; o la expedición de copias simples o certificadas o la reproducción en cualquier otro medio, incluidos los electrónicos.

Los requisitos señalados anteriormente en el inciso a y d serán proporcionados por el ciudadano de forma opcional. De la misma manera, cuando se trate de una solicitud ante la plataforma de transparencia, no es indispensable señalar domicilio o medio para recibir notificaciones bajo el presupuesto que al presentarse la solicitud por medios electrónicos las notificaciones serán efectuadas mediante la propia plataforma.

De acuerdo con el artículo 135 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP), la respuesta a una solicitud debe ser notificada al interesado en el menor plazo posible, que no debe exceder los veinte días a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud¹⁰⁵. Se puede conceder una prórroga de hasta diez días adicionales si existen razones válidas y justificadas. Estas razones deben ser aprobadas por el Comité de Transparencia, a través de una resolución que debe ser comunicada al solicitante antes de que venza el plazo original.

En caso de que el sujeto obligado incumpla la LFTAIP, se señala en el numeral 201 las medidas de apremio y sanciones que serán aplicadas cuando el derecho de acceso a la información sea vulnerado por los sujetos infractores.

Entre las medidas de apremio la ley señala: amonestación pública y como sanción se establecerá una multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces la Unidad de Medida y Actualización, sanción que no podrá ser cubierta con recursos públicos. Así mismo, cuando se presente la comisión de un delito, el INAI deberá denunciar los hechos ante la autoridad competente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Artículo 126 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los términos de todas las notificaciones previstas en esta Ley, empezarán a correr al día siguiente al que se practiquen. Cuando los plazos fijados por esta Ley sean en días, éstos se entenderán como hábiles.

¹⁰⁶ Artículo 201 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Los Organismos garantes, en el ámbito de sus competencias, podrán imponer al servidor público encargado de cumplir con la resolución, o a los miembros de los sindicatos, partidos políticos o a la persona física o moral responsable, las siguientes medidas de apremio para asegurar el cumplimiento de sus determinaciones:

I. Amonestación pública, o

Las medidas de apremio y sanciones se presentarán cuando de acuerdo con el numeral 206 de la LGTAIP se realicen las siguientes acciones (se sintetizan para su contextualización): Cometer acciones indebidas con información bajo custodia, como obstruir, usar, sustraer, destruir, ocultar o alterar de manera total o parcial. Actuar negligentemente o con mala fe en la gestión de solicitudes de acceso o en la divulgación de información. Negar intencionalmente información no confidencial. Clasificar información inapropiadamente como reservada. Entregar información reservada de manera incorrecta. No proporcionar información ordenada por las autoridades.

En otro aspecto, el derecho de acceso a la información en el sistema jurídico mexicano no es absoluto, existen limitaciones referentes a temas que su publicidad podrían dañar la integridad de alguna persona o del Estado. Dichas limitaciones se clasifican en información confidencial y reservada¹⁰⁷.

La clasificación confidencial se justifica por la necesidad de proteger la vida privada y el patrimonio de las personas, mientras que, la clasificación reservada corresponde a los casos en que la divulgación de la información puede causar daño a un interés público¹⁰⁸.

Los artículos 113 de la LGTAIP y el numeral 110 de la LFTAIP, señalan los supuestos en los que se podrá considerar una información como reservada, entre ellos se establecen los siguientes:

- A) Información que comprometa la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa nacional.
- B) Información perjudicial en las negociaciones y relaciones internacionales.
- C) Información confidencial que se entregue al Estado mexicanos en el tema de derecho internacional siempre y cuando no vulnere derechos humanos.
- D) Información que pueda desestabilizar económicamente al país.

II. Multa, de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Área geográfica de que se trate. La Ley Federal y las de las Entidades Federativas establecerán los criterios para calificar las medidas

de apremio, conforme a la gravedad de la falta y, en su caso, las condiciones económicas del infractor y reincidencia. El incumplimiento de los sujetos obligados será difundido en los portales de obligaciones de transparencia de los Organismos garantes y considerados en las evaluaciones que realicen éstos. En caso de que el incumplimiento de las determinaciones de los Organismos garantes implique la presunta comisión de un delito o una de las conductas señaladas en el artículo 206 de esta Ley, el organismo garante respectivo deberá denunciar los hechos ante la autoridad competente.

Las medidas de apremio de carácter económico no podrán ser cubiertas con recursos públicos.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, Susana, ¿Información reservada y cómo clasificarla? análisis de resultados del estudio métrica de la transparencia 2014, *Revista Estudios en derecho a la información*, núm. 6, julio-diciembre de 2018, p. 3. Recuperado de: <https://acortar.link/tcgAvl>.

¹⁰⁸ Ídem.

- E) Información que pueda poner en riesgo la vida, seguridad o salud de alguna persona física.
- F) Información que afecte al Estado en temas fiscales, cause afectación en la prevención y persecución de delitos.
- G) Información que obstruya los procedimientos para fincar responsabilidad a los Servidores Públicos.
- H) Información que afecte los derechos del debido proceso.
- I) Información que vulnere la conducción de expedientes judiciales que no han causado Estado.
- J) Información respecto a las investigaciones de carácter criminal.
- K) Información que por disposición de otra ley tengan carácter de reservada siempre y cuando sean acordes con las bases, principios y disposiciones establecidos en la Ley y no la contravengan; así como las previstas en tratados internacionales. Información que se deberá fundar y motivar, a través de la aplicación de la prueba de daño¹⁰⁹.

Sin embargo, las citadas reservas podrán publicitarse cuando: a) se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, b) información relacionada con actos de corrupción o c) haya transcurrido el plazo de 5 años desde su clasificación¹¹⁰ bajo dichas circunstancias la información requerida podrá darse a conocer.

III. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL SISTEMA JURÍDICO DEL ESTADO ESPAÑOL

España es un país de Europa occidental constituido en monarquía parlamentaria como forma de gobierno. Su norma fundante es la Constitución Española (CE) que actualmente rige el Estado de Derecho, es la norma fundante de 1978, que en el artículo 105 legisla al derecho de acceso a la información estableciendo “La ley regulará [...] b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la

¹⁰⁹ Artículo 113 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública

¹¹⁰ Artículo 115 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública
No podrá invocarse el carácter de reservado cuando:

I. Se trate de violaciones graves de derechos humanos o delitos de lesa humanidad, o

II. Se trate de información relacionada con actos de corrupción de acuerdo con las leyes aplicables.

Artículo 101 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública [...]La información clasificada como reservada, según el artículo 113 de esta Ley, podrá permanecer con tal carácter hasta por un periodo de cinco años. El periodo de reserva correrá a partir de la fecha en que se clasifica el documento.

seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Numeral que se relaciona con el artículo 20.1 de la CE al reconocer y proteger el derecho: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción¹¹¹.

En ese sentido, el derecho de acceso a la información se encuentra relacionado con el derecho de expresión, derechos que aun siendo autónomos y contando con mecanismos específicos para su defensa, pueden ir concatenados en el sentido de que mermar uno implica atentar contra otro o incluso podría llegar a presentarse un escenario en que ambos deben ponderarse de modo que se privilegie uno sobre el otro¹¹².

Si bien es cierto el derecho a la información fue constitucionalizado en 1978, pero no fue de gran interés legislarlo de forma particular, durante muchos años fue regulado por la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Dicha regulación fue muy restrictiva. Únicamente se reconocía el derecho de acceso a registros administrativos y a documentos integrantes de expedientes administrativos finalizados y sus excepciones eran muy amplias e indeterminadas además carecía de sanciones, situaciones que fueron objeto de crítica doctrinal. En consecuencia, bajo su vigencia el derecho de acceso no tuvo aplicación práctica¹¹³.

Pese a su reconocimiento constitucional, España era en 1992 el único país europeo junto con Chipre que no había dotado a su ordenamiento de una regulación al respecto¹¹⁴. La modernización del derecho de acceso a la información no pasó a ocupar un lugar central en la agenda política.

Fue hasta el estallido de la crisis económica de 2010 y la difusión de gravísimos escándalos de corrupción¹¹⁵, así como la pérdida de confianza de los españoles en sus instituciones, lo que propició que en 2013 se desarrollara una ley específica en materia de transparencia denominada Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (LTBG), siendo el resultado de la adhesión de España a la Alianza para el Gobierno Abierto (*Open Government*) y a la Alianza por el Gobierno

¹¹¹CIDE. (Sitio web). El derecho de acceso a la información y la libertad de expresión a la luz de la Ley de Comunicación Social. Recuperado de: bit.ly/45HP5A6.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ MIR PUIGPELAT, Oriol, El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma, *Revista Catalana de Dret Públic*, España, año 2017, núm. 55, p. 52.

¹¹⁴ DE LA CÁMARA, Mar Antonino. Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos, *Revista internacional, transparencia e integridad*, núm. 4, mayo-agosto 2017, p. 3

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 53.

Abierto del Consejo de Europa. De esta forma, España respondía a los compromisos adquiridos de acercar y hacer transparente a los ciudadanos su administración, rendición de cuentas, tecnología e innovación, participación ciudadana y transparencia¹¹⁶. Además, pretende según su exposición de motivos, una mejor fiscalización de la actividad pública y una contribución a la necesaria regeneración democrática¹¹⁷.

El objetivo de la LTBG es de triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas; reconoce y garantiza el acceso a la información; establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento¹¹⁸. En cuanto a su estructura se divide en tres títulos: a) transparencia de la actividad pública; b) buen gobierno; c) Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; además de las disposiciones adicionales y finales.

El derecho de acceso a la información en España será garantizado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que tiene como finalidad: promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno.

La integración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno según el artículo 33 de la Ley 19/2013 se conforma por a). El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno¹¹⁹; b) un Diputado; c) un Senador; d) un Representante del Tribunal de Cuentas; e) un Representante del Defensor del Pueblo; f) un Representante de la Agencia Española de Protección de Datos; g) un Representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas; y, h) un Representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

¹¹⁶El Profesional de la Información. (Sitio web). Contenidos - Septiembre 2017 (PDF). Recuperado de: bit.ly/3PbliJT.

¹¹⁷ MORENO GONZÁLEZ, Gabriel. El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional, *Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 8, marzo – agosto 2015, p. 97.

¹¹⁸ Boletín Oficial del Estado. (Sitio web). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (PDF). Recuperado de: bit.ly/3OLXoo0.

¹¹⁹ Artículo 37 de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno será nombrado por un período no renovable de cinco años mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional previa comparecencia de la persona propuesta para el cargo ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados.

Para la efectividad del derecho de acceso a la información el ciudadano podrá realizar su solicitud de forma personal ante la administración pública correspondiente o por la vía electrónica a través del Portal de la Transparencia¹²⁰. Para la recepción de la solicitud, trámite y respuesta: En la realización de la solicitud no es obligatorio motivarla, solo deberá contener la identidad del solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto (preferentemente electrónica) a efectos de comunicaciones, así como la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada. El plazo para su resolución será de un mes y podrá ampliarse a un mes más de forma adicional en caso de que la información solicitada sea compleja. La decisión sobre la ampliación del plazo deberá producirse en todo caso antes del vencimiento del plazo de que se trate. Formalidades del proceso establecidas en el Artículo 20 de la ley LTBG.

Cuando el derecho de acceso a la información no sea garantizado, procederá la interposición del recurso de reclamación establecida en el artículo 20 de la ley LTBG, medio de control que se presentara ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Este recurso se sustanciará en contra de toda resolución expresa o presunta en materia de acceso previa a su impugnación en vía contenciosa administrativa. La reclamación se interpondrá en un plazo de un mes contado a partir de la notificación del acto impugnado o en su caso al día siguiente en el que surta efectos el silencio administrativo. Dicha reclamación regulará bajo la normativa en materia de recursos de la ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando el derecho en estudio sea violentado, la ley española en la materia establece, en su numeral 29, infracciones leves e infracciones graves. Las infracciones leves se cometen por la incorrección con los superiores, compañeros o subordinados, y por el descuido o negligencia en el descuido de sus funciones, su sanción será una amonestación.

Las infracciones graves se presentan cuando:

- 1) Existe abuso de autoridad en el ejercicio del cargo
- 2) La emisión de informes y la adopción de acuerdos ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos.
- 3) No guardar sigilo respecto a los asuntos que conozcan cuando causen perjuicio a la administración o se utiliza en provecho propio.
- 4) Incumplimiento de los plazos.

¹²⁰Transparencia.gob.es. (Sitio web). Derecho de acceso a la información pública - Solicite información. Recuperado de: bit.ly/45B3MFT.

Las infracciones graves mencionadas conllevarán las siguientes sanciones: declaración de incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o en el diario oficial correspondiente. Aquellos responsables de infracciones muy graves serán destituidos de su cargo, a menos que ya lo hayan dejado, y se les prohibirá ocupar puestos de alto cargo o similares durante un período de entre cinco y diez años¹²¹.

Por otra parte, el derecho de acceso a la información al igual que en otros países, es limitado, esto quiere decir la existencia de excepciones en diferentes temas relacionados con el interés público. Específicamente, el artículo 14 de la LTBG señala lo siguiente (se sintetiza para su contextualización): La limitación del acceso a la información puede ocurrir en casos que involucren: seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, prevención e investigación de delitos, igualdad en procesos judiciales, funciones administrativas, intereses económicos, política económica, secreto profesional, propiedad intelectual, confidencialidad en decisiones y protección ambiental.

Como se puede apreciar en el párrafo anterior, se abarcan distintos ámbitos tanto públicos como privados en los que se restringirá el acceso a la información, debido a que su divulgación podría perjudicar el ejercicio de otros derechos. En todos los casos, si se decide limitar el acceso a la información solicitada, se deberá proporcionar una justificación adecuada¹²².

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La razón de estudiar el desarrollo del derecho de acceso a la información en EUA surge respecto a la diferencia que existe en relación con los sistemas jurídicos entre este país y México, España, Chile. Los tres últimos pertenecen al sistema neorromanista que se caracteriza por sus postulados procedentes del derecho romano y la tradición germánica mientras que el último al *common law* se determina por precedentes emanados por los tribunales¹²³.

¹²¹ Boletín Oficial del Estado. (Sitio web). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Recuperado de: bit.ly/3OM5xIP.

¹²² MORETÓN TOQUERO, Arancha. Los límites del derecho de acceso a la información pública, *Revista jurídica de Castilla y León*, España, núm. 33, mayo de 2014, p. 20.

¹²³ SIRVEN GUTIÉRREZ, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Porrúa, 2006, p. 8.

Ante dicha diferencia es pertinente estudiar al derecho de acceso a la información en la experiencia anglosajona, a miras de conocer cuál es su marco normativo y características propias.

A nivel constitucional, el derecho de acceso a la información carece de fundamento específico; sin embargo, es acogido con base en las disposiciones relativas a la libertad de expresión y prensa. Las prerrogativas mencionadas se encuentran establecidas en la Primera Enmienda, que establece: "El Congreso no promulgará ninguna ley que establezca una religión como la oficial del Estado, o que prohíba el libre ejercicio de la misma; que coarte la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al gobierno la reparación de agravios"¹²⁴.

Aunque el derecho de acceso a la información no está incluido en este texto, es reconocido de manera indirecta junto con el derecho de libertad de expresión y de imprenta, puesto que, al concretarse dichos derechos, se conforma un avance sistemático de intercambio de información.

Posteriormente, surge la ley APA *Administrative Procedures Act* en el año de 1946, entre sus objetivos exige que los órganos de gobierno publiquen información sobre sus estructuras, competencias y procedimientos; sin embargo, dicha legislación permite la retención de la información relativa a cualquier función que requiera secrecía en el interés público y para la función interna¹²⁵. Esta legislación significó un avance al derecho a la información, concretamente en el tema de transparencia gubernamental al obligar que el Estado exponga a la luz pública sus funciones como ente de la administración, pero aún se preservaba la secrecía en algunos temas relacionados con su gestión interna, por ejemplo, el manejo de los recursos públicos etiquetados para su funcionamiento.

Durante veinte años en la búsqueda de una ley que permitiera la libertad de información, en 1966 se promulga la *Freedom of Information Act* (FOIA), primera normatividad en establecer claramente los principios rectores en la materia de libertad de información¹²⁶:

- La información, aunque administrada por el gobierno, pertenece al pueblo.
- El pueblo tiene el derecho a saber sin necesidad de probar su interés legal.
- El gobierno tiene la obligación de justificar cualquier negativa.

¹²⁴ BLANDÓN, Thomas S. *La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de libertad de información*. Revista (núm. julio-diciembre de 2003): p. 5.

¹²⁵ *Ídem*.

¹²⁶ MINUTTI ZANATTA, Rubén, *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAMM, 2016, p. 15.

- Toda excepción tiene que ser específica y justificada a detalle, y aun operando la excepción la autoridad está obligada a proporcionar cualquier información que se pueda agregar.

De lo anterior se advierte que la citada normatividad contempla una serie de principios que en conjunto con los precedentes jurisprudenciales buscan fortalecer el acceso efectivo a la información y de tal manera consolidar la transparencia anglosajona mediante el procedimiento de acceso a la información.

Los precedentes conforman un elemento relevante en el *common law*, ya que se caracterizan por asentar antecedentes para la resolución de casos futuros. A continuación, citaremos uno de los precedentes relevantes que ha sido dictado por la Corte Suprema de EUA.

Caso: Administración Nacional de Archivos y Registros v. Favish (2004).

Precedente relacionado al derecho a la privacidad y al derecho de acceso a la información. Dicha relación emerge ante la solicitud por parte un ciudadano estadounidense de una serie de fotografías derivadas de un asunto de naturaleza penal, en un primer momento se dio acceso solo a 118 fotografías de las 150 solicitadas¹²⁷, situación que causó molestia a la familia de la víctima.

Dichas fotografías no llegaron a ser públicas porque a raíz de lo anterior la familia solicitó apelación ante la Corte, argumentando la prerrogativa establecida en la ley FOIA, normatividad que reconoce el derecho de los familiares sobrevivientes a la privacidad personal con respecto a las imágenes de carácter sensible¹²⁸.

Cuando la información solicitada toca ciertas áreas definidas como sensibles se requiere que la autoridad valore el impacto de su divulgación, así como el interés de privacidad de los miembros de la familia de la víctima en relación con la utilidad respecto al interés público¹²⁹.

Bajo esa premisa, la Corte determinó como regla general que los ciudadanos que buscan documentos sujetos a la divulgación de la FOIA no están obligados a explicar por qué buscan la información. Sin embargo, cuando las preocupaciones de privacidad están presentes, el solicitante debe demostrar que el interés público que se busca promover es

¹²⁷ Oyez.org. (Sitio web). Case details: Lawrence et al. v. Texas (02-102). Recuperado de: bit.ly/3qHY2L4.

¹²⁸ Justia US Supreme Court. (Sitio web). Case details: District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). Recuperado de: bit.ly/3KUTdoK.

¹²⁹ Supreme Court of the United States. (Sitio web). Lawrence et al. v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). Recuperado de: bit.ly/3YOJfuz.

significativo, un interés más específico que tener la información por sí misma, y que la información es probable que avance ese interés. La Corte no intenta en esta única decisión definir las razones que bastarán o el nexo necesario entre la información solicitada y el interés público atendido por la divulgación, pero debe haber cierta estabilidad con respecto tanto a la categoría específica de intereses de privacidad protegidos y la categoría específica de intereses públicos que podrían superar el reclamo de privacidad¹³⁰. En consecuencia, la Corte negó el acceso a la información solicitada.

Una vez establecidos de forma breve los antecedentes legislativos y señalar uno de los precedentes más importantes en el sistema de justicia anglosajona, se procede a exponer el proceso por el cual el gobernado puede hacer valer su derecho de acceso a la información.

EUA, al igual que México y España, instauró un procedimiento para que cualquier persona, sin importar su nacionalidad, pueda buscar acceso a los registros de las diferentes dependencias que forman parte del Gobierno Federal de los Estados Unidos.

Para el acceso a la información, se deberá presentar una solicitud por escrito o en línea en el portal web de FOIA¹³¹. La solicitud deberá estar dirigida a la dependencia que debe proporcionar la información, es decir, cada dependencia federal se ocupa de sus propios registros en respuesta a solicitudes¹³² que deberán tener un funcionario especialmente designado para atender esos requerimientos. El plazo que se concede a la autoridad para contestar es de veinte días hábiles, salvo cuando se presenten circunstancias inusuales frente a las cuales ese plazo se puede ampliar. Se entiende por circunstancias inusuales la necesidad de recolectar la información en oficinas rurales; la necesidad de buscar, recolectar y examinar una cantidad voluminosa de archivos separados y distintos; o la necesidad de consultar con otro organismo que tenga un interés sustancial en tal determinación¹³³.

En algunas circunstancias cuando el solicitante demuestre una imperiosa necesidad y cuando así lo determine la entidad pública se prevé un procesamiento expedito de las solicitudes, en el cual la respuesta debe darse dentro de los 10 días siguientes a la petición¹³⁴. Por “imperiosa necesidad” se entiende que “la no obtención de

¹³⁰ *Ídem*

¹³¹ FOIA.gov. (Sitio web). Request details. Recuperado de: bit.ly/3E83JoD.

¹³² FOIA.gov. (Sitio web). Freedom of Information Act (FOIA). Recuperado de: bit.ly/3slJq4t.

¹³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho de acceso a la información pública en los américs estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*, Costa Rica, 2011, Comisión interamericana de derechos humanos pp. 62 y 63.

¹³⁴ *Ídem*

la información de manera expedita puede representar una amenaza inminente para la vida o integridad física de algún individuo” o “en el caso de solicitantes dedicados a la difusión de información, que exista una urgencia por informar al público sobre la actividad del Gobierno Federal¹³⁵.

Ahora bien, en caso de ser denegada total o parcialmente la petición, notificarán al interesado las razones en que se apoya dicha determinación y al propio tiempo deben informarle del derecho que le asiste para apelar en contra de esa decisión¹³⁶. Apelación que consiste en comunicarse con el profesional de la FOIA a cargo de su solicitud, o el contacto de la FOIA previsto por la dependencia. También puede comunicarse con el enlace público de la FOIA de la dependencia. La función del enlace público de la FOIA es explicar el proceso, ayudar a reducir demoras y resolver cualquier disputa¹³⁷.

Otro de los temas importantes que conforman a la legislación FOIA son las circunstancias en las que el acceso a la información podrá denegarse, por razones de clasificación reservada en los temas de¹³⁸:

- Seguridad nacional.
- Información exclusivamente relacionada con cuestiones puramente Internas del personal de las autoridades.
- información reservada por otras leyes, información financiera e industrial, comunicaciones internas de la autoridad que por ley no serían accesibles más que otra autoridad en litigio con ella.
- Datos personales e información confidencial.
- Expedientes policiales o relacionados con el cumplimiento de la ley.
- Datos sobre cuestiones geografías de petróleo o gas.
- Secretos comerciales e información comercial confidencial.
- Archivos personales y médicos.
- Información geológica y geofísica.
- Datos de la vida privada de las personas.

Temas excluidos para el acceso a la información, por corresponder a condiciones catalogadas como información sensible, su divulgación propiciaría perjuicio al Estado y a la Sociedad. Bajo este contexto, es necesario señalar que el sujeto obligado deberá

¹³⁵ *Ibidem*, p.63

¹³⁶ MARTÍ DE GIDI, Luz del Carmen, *Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos*, Revista letras jurídicas, Núm. 40, Julio 2019.

¹³⁷ FOIA.gov. (Sitio web). Freedom of Information Act (FOIA). Recuperado de: bit.ly/3slJq4t.

¹³⁸ MINUTTI ZANATTA, Rubén, *Acceso a la información pública.... op. cit.*, p. 19.

justificar las razones que fueron participes para la clasificación de la información denegada.

Luego, los principios reguladores del derecho de acceso a la información, así como las excepciones en las cuales se niega el acceso, son características muy similares a las establecidas en las normas mexicanas.

Es de resaltarse que el país anglosajón carece de un órgano que vele por la garantía de la libertad de información¹³⁹, lo que se considera un desacierto para la efectividad de dicho derecho, porque el objetivo de todo órgano garante es dar certeza jurídica al gobernado en el intercambio de información pública.

V. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO DE CHILE

De manera introductoria podemos decir que Chile reconoce al derecho de acceso a la información pública como una prerrogativa que coadyuva en la disminución de la discrecionalidad gubernamental, aumentar su ejercicio ayuda a bajar los índices de discrecionalidad¹⁴⁰. Premisa que coincide con los postulados que establecen los sistemas jurídicos mexicano, español y estadounidense, cuyos rasgos generales se han mencionado con anterioridad. A continuación, se exponen diversos puntos importantes que dan vida procesal al derecho a la verdad en el Estado Chileno.

Al igual que la mayoría de los países Latinoamericanos, Chile conformó su sistema jurídico bajo los postulados del derecho Romano-Germánico¹⁴¹. En ese sentido su sistema de impartición de justicia se conforma por la interpretación de la Constitución, normas y códigos¹⁴². Su forma de gobierno es republicana¹⁴³, características coincidentes con el sistema y forma de gobierno mexicano; en ese sentido, se puede decir que la regulación del derecho de acceso a la información guarda similitudes en ambas naciones. Sin embargo, es importante señalar que en el año 2006 el Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la violación del derecho humano

¹³⁹ VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho de acceso a la información en el mundo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, p. 160.

¹⁴⁰ Política Comunicada. (Sitio web). Acceso a la información: un derecho en el Estado de Chile. Recuperado de: bit.ly/45saRlz.

¹⁴¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. "Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica". *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Núm 30, 2000, pp. 621- 672. Disponible en: bit.ly/3qML0Mw.

¹⁴² CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*, Ius et Praxis, 2009, vol.15, p. 15.

¹⁴³ Gobierno de Chile. (Sitio web). Sistema Político. Recuperado de bit.ly/3YPVXt7.

al derecho de acceso a la información. Dicha sentencia obligó al Estado chileno a realizar una estructuración legislativa y procesal para la garantía del derecho en estudio.

Bajo estas premisas, se realiza un estudio de carácter comparativo entre los puntos procesales más relevantes de las legislaciones referentes al derecho de acceso a la información vigentes en México, España, EUA y Chile. Su análisis se elabora de manera separada para finalizar con un apartado denominado similitudes y diferencias.

Una vez atendidos rubros importantes para dar claridad al lector, procedemos a realizar el estudio del derecho de acceso a la información en la legislación chilena.

La Constitución Chilena consagra el principio de publicidad, pero no reconoce de forma explícita al derecho de acceso a la información pública; sin embargo, se considera su reconocimiento de manera indirecta en el artículo 8, inciso segundo que establece lo siguiente¹⁴⁴: Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

La inclusión del párrafo citado conformó un paso decisivo de cara a la constitucionalización del derecho de acceso a la información, así como la creación de una norma secundaria¹⁴⁵.

Como antecedentes, el derecho de acceso a la información en Chile tiene su desarrollo a partir de diversos sucesos. Entre ellos el caso de corrupción relacionado con empresas públicas como la empresa Nacional del Petróleo en 1993, o el caso de la Corporación Nacional del Cobre en 1994. Ante dicho escenario, el presidente Eduardo Frei durante su mandato del año de 1994 a 2000 creó la Comisión Nacional de Ética como medida preventiva e incentivó una mayor transparencia gubernamental¹⁴⁶.

Posteriormente, en el sexenio que comprende del año 2000 a 2006, durante el gobierno de Ricardo Lagos surgieron otros asuntos de falta de transparencia como los casos de coimas, sobresueldos y el caso de ministerio de obras públicas. Ante esa situación se crea la Comisión para el Fortalecimiento de la Transparencia y la Probidad

¹⁴⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (Sitio web). Recuperado de bit.ly/45kaVu3.

¹⁴⁵ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo. Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. *Revista estudios constitucionales*, vol.7, núm. 1, 2009, p. 140.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ DE LARA GAITÁN, Alfredo Edmundo. Acceso a la información pública en América Latina: Análisis de su diseño institucional en Chile, Colombia y México (2002-2014), *Revista Debates, Porto Alegre*, vol. 10, núm. 1, enero-abril 2016, p. 116.

Pública¹⁴⁷, organismo encargado de concretar el funcionamiento de la transparencia de los entes públicos.

Dichos sucesos propiciaron la creación de la norma secundaria denominada Ley 20.050, que el 26 de agosto de 2005 incorpora a la Constitución Política de la República de Chile el principio de la publicidad de todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, generando un nuevo escenario jurídico en materia de publicidad y acceso a la información¹⁴⁸. Esta ley amplió el acceso a la información a todos los órganos del Estado y se establecieron reservas de información para proteger el derecho de terceros, el interés y la seguridad nacionales.

Sin embargo, la introducción del principio de publicidad a la constitución y la implementación de una ley secundaria, que de manera imprecisa regulaba al derecho a la información, no concretaban ninguna garantía puesto que era necesario realizar una reestructuración legislativa y procesal. Lo anterior se refiere al caso *Claude Reyes y Otros Vs Chile*, un caso emblemático que tiene su origen ante una negación de acceso a la información, que motivó la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano jurisdiccional que Condenó al Estado chileno.

Ante dicha condena el 20 de abril de 2009 en Chile se publica una nueva ley denominada 20.085, cuyo objetivo es dar acceso a la información de los organismos estatales a toda la ciudadanía¹⁴⁹. Este evento estableció un cambio de gran importancia al ser la primera legislación creada de manera específica para el tema de acceso a la información pública¹⁵⁰ cuyo objetivo consagrado en el artículo 10, es facultar al gobernado para solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado en la forma y condiciones establecidos en dicha legislación.

Además de lo señalado anteriormente, la ley 20.085 regula: el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, las excepciones a la publicidad de la información¹⁵¹; crea el Consejo para la Transparencia, reconoce el derecho a obtener información a cualquier persona de manera

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹⁴⁸ Bibliotecarios.cl. (Sitio web). Recuperado de bit.ly/3YLNx68.

¹⁴⁹ Política Comunicada. (Sitio web). Acceso a la información: un derecho en el Estado de Chile. Recuperado de bit.ly/3QNrRod.

¹⁵⁰ *Ídem*

¹⁵¹ Bibliotecarios.cl. (Sitio web). Recuperado de bit.ly/3YLNx68.

gratuita y oportuna y establece principios rectores del procedimiento para el acceso a la información pública ¹⁵².

Entre los temas más importantes que regula la legislación chilena están los principios que deben aplicar los órganos de la administración pública en el proceso de acceso a la información. El artículo 11 de la ley 20.085 reconoce los siguientes principios (se sintetiza para su contextualización):

- Principio de Relevancia: Toda información en manos de los órganos estatales se considera relevante, sin importar sus características.
- Principio de Libertad de Información: Cada individuo tiene el derecho de acceder a la información en posesión de los órganos estatales, con excepciones definidas por leyes específicas.
- Principio de Apertura o Transparencia: Se asume que la información en manos de los órganos estatales es pública, a menos que esté sujeta a excepciones específicas.
- Principio de Máxima Divulgación: Los órganos estatales deben proporcionar información de manera amplia, excepto lo cubierto por excepciones legales o constitucionales.
- Principio de Divisibilidad: Si un acto administrativo contiene información permitida y prohibida por la ley, solo se dará acceso a la información permitida.
- Principio de Facilitación: Los procedimientos de acceso a la información deben ser sencillos y no obstaculizar el ejercicio del derecho.
- Principio de No Discriminación: La entrega de información debe ser igualitaria, sin distinciones arbitrarias o requerimientos de causa.
- Principio de Oportunidad: Las solicitudes de información deben recibir respuestas dentro de plazos legales y con rapidez, evitando demoras innecesarias.
- Principio de Control: El cumplimiento de las normas de acceso a la información se supervisa constantemente, y las decisiones pueden ser apeladas ante instancias externas.
- Principio de Responsabilidad: El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley conlleva responsabilidades y sanciones.
- Principio de Gratuidad: El acceso a la información de los órganos estatales es gratuito, salvo disposiciones contrarias en la ley.

¹⁵² Fundación Henry Dunant. (Sitio web). La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información (PDF). Recuperado de bit.ly/3swENob.

Los principios antes expuestos se consideran criterios que expresan la conducta a seguir de los sujetos en el proceso de acceso a la información e incluso delimitan la actuación del propio sujeto obligado y órgano garante, al ser criterios de procedimiento que tienen una doble función. Por un lado, nos permiten determinar las principales características del derecho a la información; y, por el otro, establece criterios uniformes en la interpretación normativa específica del asunto e integración del proceso mismo¹⁵³.

Dada la importancia de los principios que rigen el procedimiento de acceso a la información, en su mayoría las legislaciones en la materia, los consagra en su cuerpo normativo. En el caso de México, España, Chile y EUA se establecen de manera similar los lineamientos que los principios dan a cada forma de procesamiento de la información, puesto que su objetivo es señalar los ejes para la garantía del derecho a saber.

Los principios citados son postulados para la garantía del proceso de solicitud de información, mismos que fueron consagrados al reconocerse de forma implícita el derecho a la información en la constitución chilena, así como también en la norma secundaria 20.285.

De tal forma al establecerse dichos ejes rectores, se faculta al gobernado el derecho de acceder a información en manos de los entes del Estado, sin embargo, para la recepción de la información, es necesario realizar un proceso atendiendo diversos requisitos.

De acuerdo con el artículo 12 de la Legislación número 20.285, la solicitud de información podrá ser formulada por escrito o por sitios electrónico y deberá contener¹⁵⁴:

- a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante o su apoderado
- b) Identificación clara de la información que se requiere
- c) Firma de la solicitante estampada por cualquier medio habilitado
- d) Órgano administrativo al que se dirige

Cuando la solicitud no reúna los requisitos señalados se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contados desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.

¹⁵³ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, Principios procesales necesarios en la administración de justicia en asuntos laborales y por prestaciones de la seguridad social en México, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10, enero-junio, 2010, p. 206.

¹⁵⁴ Cuando se opte por realizar una solicitud de información al Estado chileno por escrito se deberá presentar ante el sujeto obligado correspondiente. O bien cuando se decida presentarla de forma electrónica es necesario ingresar al portal de transparencia del Consejo para la Transparencia <https://www.portaltransparencia.cl/PortalPdT/>

En la solicitud el peticionario podrá expresar su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. La autoridad receptora de la solicitud de información deberá pronunciarse entregando o negando la información requerida en un plazo no mayor a veinte días hábiles contados a partir de la notificación de la solicitud al ente responsable¹⁵⁵, plazo que podrá ser ampliado de forma excepcional otorgando diez días hábiles en el caso de existir dificultad para ubicar la información, situación que el órgano requerido deberá notificar al interesado dentro del plazo correspondiente para su entrega. Transcurrido el plazo sin la respuesta o negación a la solicitud, el requirente podrá recurrir ante el Consejo para la Transparencia solicitando su derecho de acceso a la información¹⁵⁶.

El Consejo deberá notificar la inconformidad del recurrente a la autoridad reclamada y al tercero, si lo hubiere, quienes podrán presentar descargos u observaciones dentro del plazo de diez días hábiles. La resolución del reclamo se dictará dentro de quinto día hábil una vez vencido el plazo para presentar descargos, o de efectuada la última audiencia decretada, en su caso¹⁵⁷.

En su resolución el Consejo puede: otorgar el acceso a la información, fijando un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido; denegar el acceso, confirmando la concurrencia de una causal legítima de secreto o reserva; señalar el inicio de un procedimiento disciplinario para establecer si alguna autoridad ha incurrido en alguna infracción¹⁵⁸.

El Consejo para la Transparencia desempeña un papel fundamental en asegurar el derecho de acceso a la información. Esta entidad se establece como una corporación autónoma de derecho público, dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio. Su misión principal consiste en fomentar la transparencia en la labor gubernamental y supervisar el adecuado cumplimiento de la ley promulgada el 20 de agosto de 2008, la

¹⁵⁵ Artículo 14 de la ley 20.285: La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12.

Este plazo podrá ser prorrogado excepcionalmente por otros diez días hábiles, cuando existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, caso en que el órgano requerido deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, la prórroga y sus fundamentos.

¹⁵⁶ Universidad de Chile. (Sitio web). Sistema de Información de Acceso a la Información Pública (SEIP). Recuperado de: bit.ly/3P9sCqf.

¹⁵⁷ Bibliotecarios.cl. (Sitio web). Recuperado de bit.ly/3YLNx68.

¹⁵⁸ *Idem*

cual entró en vigor el 20 de abril de 2009¹⁵⁹, de la misma forma, garantizar el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

El Consejo es integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República y la aprobación por dos tercios de los integrantes del Senado¹⁶⁰. Para la garantía del derecho de acceso a la información el Consejo y sus consejeros deberán realizar las siguientes funciones y atribuciones¹⁶¹:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley en la materia y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.
- b) Resolver fundadamente los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.
- d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención pública a dicha legislación.
- e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.
- f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.
- g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.
- h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.

¹⁵⁹ <https://www.consejotransparencia.cl/quienes-somos/>

¹⁶⁰ Artículo 36.- La dirección y administración superiores del Consejo corresponderán a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad.

¹⁶¹ FERREIRO YAZIGI, Alejandro. La importancia del Consejo para la Transparencia en el acceso a la información, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época año I, núm. 1-2013 p. 82.

- i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.
- j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.
- k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.
- l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
- m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N.º 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

Es de observar que la ley 20.285 enlista un gran número de funciones y facultades que los integrantes del Consejo deben de realizar, sin duda cada elemento planteado por la normatividad busca concretar el eficaz acceso del ciudadano a la información pública.

Otra de las funciones del Consejo es sancionar a las autoridades que no cumplan con la norma. El artículo 49 manifiesta la necesidad de abrir una investigación y de concretarse la violación al derecho a saber se sancionará al servidor público infractor con multa de 20% a 50% de su remuneración, si persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días. Dichas sanciones serán publicadas en los sitios electrónicos del Consejo y del respectivo órgano o servicio¹⁶².

Una vez señalados los principios, el proceso de acceso a la información, las características de su órgano garante y las sanciones cuando se infrinja el derecho a saber, es importante destacar que dicho derecho no es absoluto puesto que existen excepciones,

¹⁶² Ley 20.285.

Artículo 45.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración.

Artículo 46.- La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

Artículo 47.- El incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa se sancionará con multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor.

Artículo 48.- Las sanciones previstas en este Título, deberán ser publicadas en los sitios electrónicos del Consejo y del respectivo órgano o servicio, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde que la respectiva resolución quede a firme.

conocidas en el derecho chileno como causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. El artículo 22 de la ley 20.285 señala los siguientes supuestos:

- a) La integridad territorial de Chile;
- b) La interpretación o el cumplimiento de un tratado internacional suscrito por Chile en materia de límites;
- c) La defensa internacional de los derechos de Chile, y
- d) La política exterior del país de manera grave.

El mismo artículo señala que transcurridos cinco años contados desde la notificación del acto que declara la calificación, el servicio u órgano que la formuló de oficio o a petición de cualquier persona y por una sola vez, podrá prorrogarla por otros cinco años, total o parcialmente, evaluando el peligro de daño que pueda ocasionar su terminación.

De lo anterior se desprende la similitud que existe en la regulación del derecho de acceso a la información en México, España, EUA y Chile. Se establecen elementos coincidentes que dan vida al derecho a la verdad, entre estos encontramos: la existencia de un órgano garante a excepción de EUA, la necesidad de identificación del gobernado y la no necesidad de acreditar un interés jurídico en la información solicitada, excepciones y reservas de información que operaran cuando se vea trasgredida la seguridad pública o la integridad de la persona al exponerse dicha información, similitudes y diferencias que se abordaran en otro apartado.

- a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la sentencia *Claude Reyes y otros Vs. Chile*

En el continente americano, el primer instrumento jurídico de la región que reconoció al derecho de acceso a la información pública como derecho humano fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, también conocida como Pacto de San José, que en su artículo 13 establece: toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁶³.

¹⁶³ RODRÍGUEZ ACEITUNO, René, El Derecho de Acceso a la Información Pública como un Derecho Humano Fundamental, *Revista de Derecho*, No. 1, mayo 2018, p. 25.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos es el documento jurídico que da vida a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Como institución judicial independiente, su objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicha convención, siempre que los Estados parte en el caso la hayan reconocido¹⁶⁴.

La función de la Corte Interamericana es de carácter contenciosa, es decir, que dentro de sus facultades se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales.

Frente a este panorama surgen algunas preguntas: ¿Qué es la función contenciosa de la Corte? ¿Qué son las medidas provisionales? ¿Qué es la función consultiva de la Corte? ¿Qué es la supervisión de cumplimiento de sentencias? Las respuestas las encontramos en el documento emitido por la misma CIDH denominado: *el cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en donde las especifica de la siguiente forma¹⁶⁵:

- a) La función contenciosa de la Corte reside en la determinación de responsabilidad a un Estado, cuando este haya incurrido en violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al Sistema Interamericano.
- b) Las medidas provisionales, son mecanismos que dicta la Corte en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. Estos tres requisitos tienen que comprobarse, *prima facie*¹⁶⁶ para que se otorguen estas medidas.
- c) Por su parte la función consultiva de la Corte consiste en responder consultas que formulan los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos o los órganos de la misma acerca de: a) la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y b) la interpretación de la Convención o

¹⁶⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el sistema interamericano de derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p 23.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2020, Costa Rica, pp. 15 y 16.

¹⁶⁶ Locución latina cuyo significado es 'a primera vista' o 'en principio'. Esta expresión es de uso frecuente en el ámbito jurídico para dar a entender la apariencia de una situación o de un derecho, pero sin prejuzgar el asunto. Diccionario Jurídico CEAR-Euskadi. (Sitio web). Término: "prima facie". Recuperado de <https://diccionario.cear-euskadi.org/prima-facie/>

de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

- d) Otra de las funciones importantes de la Corte es la supervisión de cumplimiento de sus resoluciones, mediante la solicitud de información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento en el plazo otorgado, así como recabar las observaciones de la Comisión y de las víctimas o sus representantes.

De lo anterior, se advierten las distintas funciones de la CIDH, pero entre todas ellas, la primordial es su capacidad contenciosa o jurisdiccional, de decidir sobre la probable responsabilidad de un Estado en la trasgresión de un derecho humano contenido ya sea en la Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos o en algún otro Tratado Internacional perteneciente al Sistema Interamericano¹⁶⁷.

Adicionalmente, el sistema internacional latinoamericano a través de la CIDH fue el primero en reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho fundamental que supone la obligación del Estado a proporcionar la información a los ciudadanos solicitantes. La resolución de la CIDH específicamente al caso Claude Reyes y otros Vs. Chile marcó un hito dentro del reconocimiento internacional del derecho a la información¹⁶⁸.

En las últimas décadas el derecho de acceso a la información pública ha sido particularmente crucial en el continente americano para la consolidación de sus sistemas democráticos. La comunidad interamericana ha ido fortaleciendo este derecho gracias a la participación de los ciudadanos en asuntos de interés público¹⁶⁹.

En los Estados interamericanos se han ido generando principios y lineamientos esenciales para que el derecho en estudio pueda ser ejercido eficazmente. Cada uno de los países interamericanos ha ido modificando sus ordenamientos para su reconocimiento, precisamente porque ha existido un interés profundo en el tema por parte de la ciudadanía y la comunidad internacional que ha exigido mejores condiciones para que sus democracias funcionen¹⁷⁰.

¹⁶⁷Foro Jurídico MX. (Sitio web). La función e importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: bit.ly/45KcUrl.

¹⁶⁸ LUNA PLA, Issa. *Movimiento social del derecho de acceso a la información*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 7-8.

¹⁶⁹ APARICIO VELÁZQUEZ, Arturo. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, p. 104.

¹⁷⁰ *Ídem*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso denominado Claude Reyes otros Vs. Chile, detonó el interés de los Estados para destacar la importancia que tiene dar acceso gubernamental a los ciudadanos a información pública. Lo anterior, se originó debido a la sentencia dictada en contra de Chile, la cual corresponde a la creación y sanción de la Ley de Transparencia y la creación del Consejo para la Transparencia en 2009; a raíz de eso, Chile se convirtió en uno de los países líderes de la región en políticas de acceso a la información¹⁷¹. Se considera que dicha sentencia marcó un precedente ya que se ha convertido en referencia para casos iguales, así como informes, dictámenes, resoluciones y publicaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹⁷².

b. Puntos relevantes de la sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile

Como anteriormente se señaló, el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile es una de las primeras sentencias que dicta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de un Estado ante la falta de garantía del derecho a la información. Se considera un caso emblemático porque a raíz de su resolución en el año 2006, el derecho de acceso a la información trasciende en la Corte Interamericana y refuerza la importancia que tiene transparentar la información en manos de los entes gubernamentales.

En contexto, el caso Claude Reyes surge debido a la negativa infundada del Estado a proporcionar a las víctimas toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras en relación con el proyecto Río Cóndor, un proyecto de industrialización que generó gran discusión pública por el impacto ambiental que podía tener en la zona sur del país¹⁷³.

Debido a la negativa de información, los interesados recurrieron ante la Corte de Apelaciones de Santiago, fundados en la supuesta violación por parte del Estado de Chile a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información, siendo declarado inadmisibles por manifiesta falta de fundamento, sin mayor argumentación¹⁷⁴.

Tras pasar por distintas instancias judiciales no obtuvieron respuesta satisfactoria a su pretensión, por lo que acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² RODRÍGUEZ ACEITUNO, René Fernando. *El Derecho de Acceso a la Información Pública como un Derecho Humano Fundamental ... op. cit.*, p. 35.

¹⁷³ IVANSCHITZ BOUDEGUE, Bárbara. Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos por el estado de Chile, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2013, p 278.

¹⁷⁴ *Ídem*.

Humanos. Tras llevar a cabo la oportuna instrucción de la denuncia formulada, la Comisión aprobó un informe en virtud del cual concluyó que el estado chileno había violado el derecho de acceso a la información pública previsto en los artículos 13 y 25 de la Carta Americana sobre Derechos Humanos al haberles negado el acceso a la información que estaba en poder del Comité de Inversiones Extranjeras y al no otorgarles acceso a la justicia chilena para impugnar esa denegación¹⁷⁵. Posteriormente, se turnó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al realizar el análisis de fondo, la Corte encuentra que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal; además del impacto ambiental que podía tener la información solicitada, guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal denominado Comité de Inversiones Extranjeras¹⁷⁶.

En ese sentido, la Corte estableció que de acuerdo con la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, derecho establecido en artículo 13 de la Convención; además, dicha prerrogativa otorga la obligación positiva del Estado de suministrarla¹⁷⁷.

A través de la sentencia recaída en el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convirtió en el primer tribunal internacional en reconocer que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano fundamental, protegido por tratados de derechos humanos que obligan a los países a respetarlo.¹⁷⁸ Desde entonces, Chile se convirtió en uno de los países líderes de la región en políticas de acceso a la información, con la sanción de la Ley de Transparencia y la creación del Consejo para la Transparencia en 2009.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda. La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, p. 322.

¹⁷⁶ Sentencia, Claude Reyes y otros Vs. Chile, p. 42.

¹⁷⁷ Sentencia, Claude Reyes y otros Vs. Chile, p. 43.

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda. *La influencia de ... op. cit.*, p. 322.

c. Cronología del caso Claude Reyes y otros Vs. Chile

A continuación, puntualizamos todas las actuaciones que se realizaron en el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile¹⁷⁹.

ESTADO CHILENO	FECHA	SUCESO
	07/05/1998	Solicitud de información sobre el Proyecto <i>Trillium</i> .
	03/06/1998	Ante la falta de respuesta, presentan una nueva carta.
	02/07/1998	Se envía una tercera carta, la que tampoco es respondida.
	27/07/1998	Se presenta un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago.
	29/07/1998	Corte rechaza el recurso por "manifiesta falta de fundamento".
	31/07/1998	Se presenta un recurso de reposición y paralelamente se prepara la queja.
	06/08/1998	Corte de Apelaciones rechaza la reposición.
	18/08/1998	Corte Suprema rechaza recurso de Queja.
COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	17/12/1998	Se presenta el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
	10/10/2003	Comisión IDH admite a tramitación la denuncia.
	09/11/2004	Comisión IDH solicita al Estado observaciones sobre el caso, las que nunca llegan.
	24/02/2005	Organizaciones Internacionales <i>Open Society Justice Initiative</i> , <i>ARTICLE 19</i> , <i>LIMAC e IPYS</i> , presentan un <i>amicus curiae</i> (amigo de la corte). ¹⁸⁰
	07/03/2005	Comisión IDH emite informe de fondo donde concluye que "el Estado Chileno violó los artículos 1.1, 2, 13 y 25 de la Convención sobre Derechos Humanos al no brindar acceso adecuado a información pública y al no otorgar un recurso judicial efectivo por la negación de un derecho fundamental protegido por la Convención, a saber, el derecho a la información pública".
	08/07/2005	Comisión IDH demanda a Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷⁹Fundación Henry Dunant. (Sitio web). La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información (PDF). Recuperado de bit.ly/3swENob.

¹⁸⁰ *El amicus curiae* (amigo de la Corte) permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	28/09/2005	Víctimas presentan escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.
	02/12/2005	Estado de Chile contesta demanda.
	03/04/2006	Audiencia Pública del Caso.
	06/09/2006	Corte IDH emite un comunicado de prensa donde informa que en el LXXII Período Ordinario de Sesiones, a desarrollarse entre el 18 y 30 de septiembre deliberará y estudiará la posibilidad de dictar sentencia sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas.
	19/11/2006	Corte Interamericana emite sentencia y condena al Estado Chileno.

Fuente: Fundación Henry Dunant. (Sitio web). La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información (PDF).

d. Condena al Estado Chileno

La Corte Interamericana de Derechos Humanos condena al Estado chileno al considerarlo responsable por la violación al artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola. En consecuencia, la Corte ordena la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional, la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación¹⁸¹.

El estado chileno a través de la entidad correspondiente debe entregar la información solicitada por las víctimas, así mismo debe realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a información bajo control del Estado sobre la normativa que rige este derecho¹⁸².

Las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por la víctima con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En ese sentido, el estado chileno debe pagar las costas y gastos que realizaron las víctimas durante el proceso judicial¹⁸³ que deberá pagar en el plazo de un año. En caso de la existencia de mora, el Estado deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada.

¹⁸¹ Sentencia Claude Reyes y otros Vs Chile, p. 59.

¹⁸² Sentencia Claude Reyes y otros Vs Chile, p. 63.

¹⁸³ Sentencia Claude Reyes y otros Vs Chile, p. 63.

El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, Chile deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la misma¹⁸⁴.

VI. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

En la década de los sesenta, específicamente en el año de 1966, entra en vigencia la ley FOIA, normatividad que reglamenta al derecho de acceso a la información pública en EUA. 36 años después de la proclamación de la ley estadounidense, en 2002 México legisla para garantizar el derecho en estudio, con la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental abrogada por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2016. Mientras que España, la regulación del citado derecho es de reciente creación, su publicación corresponde al año de 2013, la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; en el caso Chile la ley secundaria denominada Ley 20.050 fue publicada en 2005. Estas regulaciones que, si bien es cierto, fueron publicadas en distintas épocas y en diferentes sistemas normativos, coinciden en la importancia de garantizar el derecho de acceso a la información pública.

Existen coincidencias entre México y España respecto a la regulación secundaria de este derecho. En ambos países la prerrogativa del acceso a la información pública estaba reconocida a nivel constitucional, sin embargo, durante muchos años no se conoció el procedimiento para la solicitud de información por motivos de la inexistencia de la norma que estableciera las bases para hacer efectiva dicha prerrogativa y así mismo capacitar a todos los entes relacionados en el proceso de garantía del citado derecho.

A pesar de existir diferencias entre México y España por considerarse al primero un país en vías de desarrollo y el segundo un país desarrollado, es de reconocerse el esfuerzo de México para legislar el derecho en estudio al introducir en 1977 el derecho a la información en su Carta Magna; y en el año 2002, la publicación de la ley secundaria. Mientras que España constitucionalizó a dicho derecho en 1978 y 35 años después normó el procedimiento en la Ley 19/2013. A diferencia de España y México, EUA no incluye en ninguna de las enmiendas contenidas en la constitución anglosajona al derecho de acceso a la información. Al igual que EUA, la constitución chilena no reconoce de forma

¹⁸⁴ Sentencia Claude Reyes y otros Vs. Chile, p. 64.

explícita al derecho de acceso a la información pública; sin embargo, se considera su reconocimiento de manera indirecta al consagrar el principio de publicidad.

Tanto la experiencia española, mexicana, chilena y estadounidense señalan dos vías para solicitar información: de forma personal y vía electrónica. Entre los requisitos que deben contener dichas solicitudes, las cuatro legislaciones estudiadas coinciden que no es necesario justificar o motivar el objeto por el que se requiere la información. En cuanto a la experiencia mexicana, solamente es necesario identificarse mediante un nombre o seudónimo, manifestar que tipo de información se solicita, sujeto obligado a que se dirige y en caso de que sea de forma personal, señalar un domicilio para recibir notificaciones. En los casos del derecho español, chileno y estadounidense, es indispensable señalar la identidad del solicitante, la información que se solicita, dirección de correo electrónico y la modalidad que se desee para acceder a la información.

En cuanto a la identificación del gobernado que solicita información, es de reconocerse la protección que se le da en el portal de transparencia (INFOMEX), al facilitar el poder identificarse con un seudónimo, debido a que en la mayoría de los casos quienes solicitan información son periodistas y de esta forma pueden mantener el anonimato, situación que no se prevé en la experiencia española. Chilena y estadounidense.

El tiempo establecido para que las entidades obligadas respondan a las solicitudes de información es de 20 días hábiles en México y Chile, con una extensión de 10 días en caso de información compleja. De manera similar, la legislación de la FIOA estipula un período de entrega estimado de 20 días hábiles, con la posibilidad de una prórroga en circunstancias excepcionales. En contraste, la normativa española fija un plazo de un mes con la opción de una extensión adicional de un mes. Considerando la importancia de la prontitud en el acceso a la información, se puede apreciar que los lapsos otorgados por los gobiernos de México, Chile y Estados Unidos son razonables para la ubicación y respuesta por parte de las entidades obligadas. Sin embargo, el período proporcionado por el Estado español parece excesivo al considerar que la información ya está en posesión de la entidad y solo requiere ser proporcionada.

Es importante señalar que la normatividad estadounidense prevé la aplicación de celeridad a una solicitud cuando, el solicitante demuestre que la no obtención de la información puede representar una amenaza inminente a la vida o integridad física de alguna persona, ante dicha situación la respuesta debe darse dentro de los 10 días siguientes a la petición. Circunstancia que en el ordenamiento mexicano y español no

establece y creemos que es importante que se incluya debido a que es necesario proteger al gobernado cuando este en dichos supuestos de necesidad inminente.

Por otra parte, las legislaciones española, mexicana, chilena y estadounidense prevén recursos para protección del ciudadano cuando se enfrente a la omisión de respuesta o legitimación de la información proporcionada. En la normatividad mexicana chilena y española se deberá presentar ante el órgano garante del derecho de acceso a la información, a diferencia de lo establecido en citados ordenamientos. En la ley anglosajona se deberá interponer ante la entidad que omitió proporcionar información, escenario que deja al gobernado estadounidense en una situación de indefensión. Me parece incongruente que la dependencia que otorgó la negativa de acceso resuelva dicho recurso, puesto que podría recaer en señalar el mismo criterio que dictó en un primer momento.

Los órganos garantes encargados de resolver los recursos ante una negativa de acceso se integran de manera diferente. En la experiencia mexicana el órgano garante es el INAI, integrado por 7 consejeros que serán elegidos a través de un procedimiento con el visto bueno del Senado, mientras que en la experiencia española el órgano garante es el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, conformado por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que lo será también de su Comisión, esta Comisión es integrada por: el Presidente, un Diputado, un Senador, un Representante del Tribunal de Cuentas, un Representante del Defensor del Pueblo y un Representante de la Agencia Española de Protección de Datos. En el caso Chile, el Consejo de Transparencia será integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República y la aprobación por dos tercios de los integrantes del Senado.

Con base en lo previamente expuesto, se puede concluir que el método de selección del órgano regulador en México, particularmente en lo que respecta a su proceso de elección, que se fundamenta en la evaluación de la trayectoria de los aspirantes a comisionados y en su independencia de organismos políticos, muestra ventajas comparativas con los sistemas de Chile y España. La modalidad de selección de comisionados en México emerge como la alternativa más sólida, ya que asegura una imparcialidad intrínseca y evita cualquier tipo de vínculo con posiciones políticas por parte de los comisionados.

Es importante señalar que en el Caso de EUA se carece de una institución que garantice el acceso a la información, situación preocupante puesto ante la inexistencia de

una institución que garantice el acceso a informaciones públicas, se podría decir que el ciudadano estaría en un estado de vulneración al verse trasgredida dicha prerrogativa.

En cuanto al tema de clasificación de información, las cuatro normativas analizadas establecen situaciones similares en las que la información podría no ser divulgada. No obstante, es relevante resaltar la diferencia en la legislación mexicana, que muestra una actitud más progresista en favor de la sociedad que busca ejercer su derecho de acceso a la información. Esto se refleja en una excepción particularmente significativa: cuando se trata de información clasificada como reservada y está relacionada con violaciones sistemáticas de derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, corrupción, o cuando han transcurrido cinco años desde su clasificación, en esos casos, se debe proporcionar al solicitante la información requerida.

Otro de los temas considerados de gran importancia para la efectividad de las legislaciones en materia de transparencia y acceso a la información, es el de las medidas de apremio y sanciones. La experiencia mexicana señala como medidas de apremio: amonestación pública y multa de ciento cincuenta hasta mil quinientas veces la Unidad de Medida y Actualización; cuando se presente la comisión de un delito, el INAI deberá denunciar los hechos ante la autoridad competente. En cambio, la legislación española señala: la declaración de incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda y los sancionados por la comisión de una infracción muy grave serán destituidos del cargo que ocupen, salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años. En el caso Chile la ley 20.285 señala que ante la violación al derecho a saber se sancionará al servidor público infractor con multa de 20% a 50% de su remuneración, si persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días. Por su parte el ordenamiento FOIA no especifica sanción alguna o medida de apremio ante incumplimiento de dar acceso a la información requerida.

Luego, la legislación española no prevé una multa monetaria ni la denuncia frente a la comisión de un delito, aunque sí legisla en un tema de suma importancia que es la destitución del cargo y la imposibilidad de ser nombrados para ocupar algún puesto del alto cargo o símil durante un periodo de tiempo. Me parece que reformar nuestra legislación incluyendo esa sanción sería una de las alternativas para la disminución de sujetos incumplidos (responsable de la unidad de transparencia) en México.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El sistema jurídico en el caso mexicano, español, chileno y estadounidense cuentan con legislación secundaria, procedimiento para acceso a la información, reservas de información, por lo que su regulación es similar; sin embargo, en cuanto a su proceso y sanciones existen diversos plazos para otorgar la información, así como diferentes formas de sanción a sujetos obligados incumplidos.

Las cuatro normativas examinadas presentan diferencias significativas. Por ejemplo, en el sistema estadounidense se destaca la agilidad en los procedimientos en casos de urgencia, cuando la no divulgación de la información podría amenazar la seguridad de individuos. Además, el sistema jurídico mexicano introduce una excepción a la clasificación reservada, permitiendo la divulgación de información restringida en casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad o actos de corrupción. Esta excepción representa un avance crucial en la protección de los derechos humanos, y es particularmente destacable en comparación con las legislaciones de España, Chile y Estados Unidos.

La Legislación española establece sanciones más estrictas como la destitución del cargo y la imposibilidad de ser nombrados para ocupar algún puesto del alto cargo o símil durante un periodo de tiempo a quien incurra en responsabilidad y violente lo establecido en la norma materia de transparencia, sanción que de legislarse en otros países, podría disminuir la obstrucción del acceso a la información por sujetos incumplidos.

En el tema de acceso a la información pública, la CIDH ha jugado un papel muy importante para su reconocimiento en las Américas. Principalmente al dictar la primera resolución respecto al derecho a saber, la sentencia Claude Reyes y Otros Vs. Chile. A partir de la decisión de la CIDH al sancionar al estado chileno por obstruir el acceso a la información pública, diversos países empezaron a legislar en el tema y a buscar los mecanismos para su garantía.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARICIO VELÁZQUEZ, A, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano, relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, p. 104.

BLANDÓN, THOMAS S, *La experiencia de Estados Unidos con respecto a la Ley de libertad de información*, núm. julio-diciembre de 2003, p. 5.

- CARPIZO, J. Y VILLANUEVA, E., *El derecho a la información. propuestas de algunos elementos para su regulación en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p.72.
- CASTILLA JUÁREZ, K. A., *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el sistema interamericano de derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, p 23.
- CASTRO CORIA, E. G. Y ROSALES HUERTA, C., *El derecho a la información como llave de acceso a nuevas formas de gobierno the right to information as a key to new forms of government*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019, p. 75.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho de acceso a la información pública en los américs estándares Interamericanos y comparación de marcos legales*, Costa Rica, 2011, Comisión Interamericana de Derechos Humanos pp. 62 y 63.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2020, Costa Rica, pp. 15 y 16.
- GARCÍA GARCÍA, S., ¿Información reservada y cómo clasificarla? análisis de resultados del estudio métrica de la transparencia 2014, *Revista Estudios en derecho a la información*, núm. 6, julio-diciembre de 2018, p. 3.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria. Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica. *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm 30, 2000, pp. 621- 672. Disponible en: bit.ly/3qML0Mw.
- JACOB, R. ¿Es el common law el mejor sistema jurídico en el mejor de los mundos globalizados posibles? libres reflexiones sobre los desarrollos de la teoría del derecho y sus desafíos actuales. *Revista Isonomía*, núm. 44, abril 2016, pp. 11-37.
- MINUTTI ZANATTA, R., *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAMM, 2016, p. 15.
- MIR PUIGPELAT, O., El acceso a la información pública en la legislación española de transparencia: crónica de un cambio de paradigma, *Revista Catalana de Dret Públic*, España, año 2017, núm. 55, p. 52.
- MORENO GONZÁLEZ, G., El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional, *Revista en Cultura de la Legalidad*, España, núm. 8, marzo – agosto 2015, p. 97.
- MORETÓN TOQUERO, A., Los límites del derecho de acceso a la información pública, *Revista jurídica de Castilla y León*, España, núm. 33, mayo de 2014, p. 20.

LUNA PLA, I., *Movimiento social del derecho de acceso a la información*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013, pp. 7-8.

SIRVEN GUTIÉRREZ, C., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Porrúa, 2006, p. 8.

TENORIO CUETO, G. A., *Transparencia y acceso a la información: los casos difíciles*, México, Universidad Panamericana, 2014, p. 83.

SERIE DEL PODER JUDICIAL CONTEMPORÁNEO, *Transparencia y Acceso a la Información en el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 21.

VILLANUEVA, E., *Derecho de acceso a la información en el mundo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, p. 160

HEMEROGRAFÍA

ALEJANDRO FERREIRO Y., La importancia del Consejo para la Transparencia en el acceso a la información, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, Segunda época año I, núm. 1-2013, p. 82.

FERNÁNDEZ DE LARA GAITÁN, A. Acceso a la información pública en América Latina: Análisis de su diseño institucional en Chile, Colombia y México (2002-2014), *Revista Debates*, Porto Alegre, vol. 10, núm. 1, enero-abril 2016, p. 116.

CORDERO QUINZACARA, E., Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno, *Ius et Praxis*, 2009, vol. 15, p. 15.

DE LA CÁMARA MAR A., Transparencia y derecho de acceso a la información versus protección de datos, *Revista internacional, transparencia e integridad*, núm. 4, mayo-agosto 2017, p. 3

FERNÁNDEZ VIVAS, Y., La influencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Claude Reyes contra Chile” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 9, octubre 2015 – marzo 2016, p. 322.

GARCÍA P, G. y CONTRERAS V, P. Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. *Revista estudios constitucionales*, 2009, vol.7, n.1, p. 140.

IVANSCHITZ BOUDEGUE, B., Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos por el estado de Chile, *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2013, p. 278.

MARTÍ DE GIDI, L. DEL C., Acceso a la información y seguridad nacional en los Estados Unidos, *Revista letras jurídicas*, núm. 40, Julio 2019.

RODRÍGUEZ ACEITUNO, R., El Derecho de Acceso a la Información Pública como un Derecho Humano Fundamental, *Revista de Derecho*, núm. 1, mayo 2018, p. 25.

RUIZ MORENO, Á. G., Principios procesales necesarios en la administración de justicia en asuntos laborales y por prestaciones de la seguridad social en México, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 10, enero-junio, 2010, p. 206.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS CONSULTADAS

Access Info Europe. (URL: <https://www.access-info.org>)

DatosMacro. (Sitio web). Índice Derecho a la Información. Recuperado de: bit.ly/3YLBu8O.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (Sitio web). Mandatos y competencias de las unidades de acceso a la información en la OEA. Recuperado de: bit.ly/3qJgenD.

Administración.gob.es. (Sitio web). Sistema Político. Recuperado de: bit.ly/3YP435k.

InfoMex. (Sitio web). Infomex - Sistema de Acceso a la Información Pública Gubernamental. Recuperado de: bit.ly/3OQGvbK.

Plataforma de Transparencia. (Sitio web). Inicio - Plataforma Nacional de Transparencia. Recuperado de bit.ly/45noxEA.

El Profesional de la Información. (Sitio web). Contenidos - Septiembre 2017 (PDF). Recuperado de: bit.ly/3PbliJT.

Boletín Oficial del Estado. (Sitio web). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (PDF). Recuperado de: bit.ly/3OLXoo0

Transparencia.gob.es. (URL: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica/Solicite-informacion.html)

Boletín Oficial del Estado. (Sitio web). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Recuperado de: bit.ly/3OM5xIP.

Oyez.org. (Sitio web). Case details: Lawrence et al. v. Texas (02-102). Recuperado de: bit.ly/3qHY2L4.

Justia US Supreme Court. (Sitio web). Case details: District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008). Recuperado de: bit.ly/3KUTdoK.

Supreme Court of the United States. (Sitio web). Lawrence et al. v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). Recuperado de: bit.ly/3YOJfuz.

FOIA.gov. (Sitio web). Request details. Recuperado de: bit.ly/3E83JoD.

FOIA.gov. (Sitio web). Freedom of Information Act (FOIA). Recuperado de: bit.ly/3slJq4t.

Política Comunicada. (Sitio web). Acceso a la información: un derecho en el Estado de Chile. Recuperado de: bit.ly/45saRIz.

Gobierno de Chile. (Sitio web). Sistema Político. Recuperado de bit.ly/3YPVXt7.

Bibliotecarios.cl. (Sitio web). Recuperado de bit.ly/3YLNx68.

Política Comunicada. (Sitio web). Acceso a la información: un derecho en el Estado de Chile. Recuperado de bit.ly/3QNrRod.

Fundación Henry Dunant. (Sitio web). La experiencia de Chile en la transparencia y acceso a la información (PDF). Recuperado de bit.ly/3swENob.

Universidad de Chile. (Sitio web). Sistema de Información de Acceso a la Información Pública (SEIP). Recuperado de: bit.ly/3P9sCqf.

Foro Jurídico MX. (Sitio web). La función e importancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: bit.ly/45KcUrl.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (URL: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/26654.pdf>)

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de la República de Chile

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Freedom of Information Act (FOIA)



ARTÍCULO

OPEN ACCESS

La revocación de mandato en México: análisis jurídico

The revocation of mandate in Mexico: a legal analysis

Felipe César González Morgia

0009-0007-9938-0208

Recibido: 13 de julio 2023.

Aceptado: 16 de agosto 2023.

Sumario

I. Introducción. II. Marco jurídico de la revocación de mandato en México. III. Proceso preliminar a la revocatoria de mandato. IV. Particularidades de la revocatoria de mandato: México 2022. V. Conclusiones.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.

Resumen

Con un enfoque exhaustivo, este trabajo de investigación examina diversos aspectos de la revocación de mandato. Se abordan cuestiones relacionadas con la democracia participativa, la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias que dieron origen a esta figura jurídica. Asimismo, se profundiza en el análisis del debate público suscitado entre los Poderes del Estado y el Instituto Nacional Electoral. Este análisis considera las diversas resoluciones y acciones que tuvieron lugar durante la implementación de este proceso histórico, llevado a cabo por primera vez en México.

Palabras clave: Revocación de Mandato, Constitución, Derechos Humanos.

Abstract

Taking a comprehensive perspective, this research paper thoroughly explores diverse facets of mandate revocation. It delves into matters concerning participatory democracy, the amendment of the Political Constitution of the United Mexican States, and the subsidiary laws that engendered this legal construct. Furthermore, it delves into a meticulous analysis of the public discourse between state powers and the National Electoral Institute. This scrutiny encompasses the array of resolutions and actions executed during the implementation of this pivotal process, marking its inaugural occurrence in Mexico.

Keywords: Revocation of mandate, Constitution, Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento de las democracias modernas se fundamenta en la titularidad del poder que reside en el pueblo y el ejercicio del poder que se delega a los representantes del pueblo para que tomen decisiones encaminadas al bienestar colectivo.

De esta manera, la democracia representativa se constituye como el mecanismo según el cual han venido funcionando los regímenes de forma cada vez más generalizada. En efecto, América Latina experimentó un importante avance democrático en la segunda mitad del siglo pasado, cuando varios países se incorporaron a esta forma de gobierno.

*Doctor en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Email: felipe.morga@gmail.com

Sin embargo, es evidente la deficiencia y problemáticas en la democracia representativa, que no ha cumplido con las expectativas de las y los ciudadanos, sobre todo en nuestra región que experimenta la profundización de problemas estructurales y una separación cada vez más pronunciada entre las élites y el ciudadano de a pie.

Una de las respuestas a esta problemática ha sido la cada vez más demandada democracia participativa, a través de mecanismos que permiten a la ciudadanía involucrarse de forma directa en la construcción de políticas enfocadas en sus intereses. Una amplia gama de instrumentos se ha ido incorporando de forma progresiva en los sistemas democráticos.

Uno de esos instrumentos es la revocatoria de mandato que fue incorporada en México por la vía de reforma constitucional. A partir de la recolección de firmas ciudadanas se inicia un proceso donde se pregunta a la ciudadanía sobre el cese o continuidad de un gobernante que fue elegido por votación popular. Con esta herramienta se busca fortalecer la participación ciudadana en la gestión pública.

Para analizar la revocación de mandato en México, la primera sección de este artículo analiza el entramado constitucional y legal para luego enfocarse en las particularidades del proceso ejecutado en 2022. Las conclusiones apuntan a un posible afinamiento de las reglas jurídicas para mejorar y sobre todo proteger las prerrogativas ciudadanas sobre el control político.

II. MARCO JURÍDICO DE LA REVOCACIÓN DE MANDATO EN MÉXICO

La democracia participativa cuenta con el instrumento jurídico de la revocación de mandato que ha sido utilizado en países como Estados Unidos de Norteamérica, Perú y Venezuela. Este tiene como objetivo principal dotar de un mecanismo para que la ciudadanía pueda decidir la continuidad o conclusión anticipada de un gobernante.

Por otro lado, la democracia representativa establece elegir a sus gobernantes por un periodo determinado. Para aquellos políticos elegidos democráticamente, que aplican políticas que afecten a la mayoría de la sociedad, jurídicamente la ciudadanía debe esperar que concluya el periodo para el cual fueron electos, ya que en algunos casos carecen de los instrumentos legales para decidir si deben continuar o ser sustituidos.

En cualquiera de las dos situaciones: “democracia quiere decir que el poder es legítimo sólo cuando su investidura viene de abajo, sólo si emana de la voluntad popular, lo cual significa, en concreto, si es y en cuanto libremente consentido”¹⁸⁵.

Esta definición de democracia coincide con la representativa y participativa, la diferencia es que, en la primera el gobernante puede tener legitimidad, sin embargo, al transcurrir el periodo de gobierno se puede ir perdiendo; en este caso, la ciudadanía espera hasta que concluya su mandato. Por otro lado, la sociedad tiene la facultad de ejercer su derecho político electoral a votar para decidir mediante la revocación de mandato si el gobernante continua o es destituido de su función.

Abundando en el tema, se considera que la democracia participativa a través de la revocación de mandato fortalece la definición citada, puesto que la voluntad popular tiene la oportunidad de ratificar o desestimar la legitimidad del gobernante.

En el caso de México, un ejemplo reciente es la poca aceptación que el ex presidente de México tenía a mediados del sexenio anterior (2012-2018), lo cual se externó sobre todo a través de las manifestaciones públicas que fueron poco a poco aumentando y en algunos casos se agudizaron tanto que ocurrieron actos de violencia.

Para mitigar estas situaciones a través de mecanismos pacíficos se presentaron iniciativas para reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y crear la figura de revocación de mandato. Algunos argumentos del Dictamen del Poder Legislativo se citan a continuación, son algo extensos por su importancia:

Modificar la concepción y ejercicio de la representación moderna, basada en la confianza del mandante respecto de los mandatarios. A diferencia de épocas pasadas, en las que las consecuencias de las decisiones políticas solo se juzgaban electoralmente al final del mandato, la revocación habilitaría la posibilidad de castigar las conductas de los representantes durante la mayor parte de su periodo. Cabe incluso aclarar que, en algunos países, se menciona causa de uso de la revocatoria el incumplimiento por parte del mandatario de sus promesas de campaña, significando una especie de acercamiento a la antigua noción de “mandato imperativo”.

Serviría como una vía de resolución de crisis institucional, ya que permite la destitución anticipada de un mandatario por parte de la población a partir del uso de un instrumento legal de democracia directa. Ello haría factible en una situación de extrema gravedad, evitar la ruptura del régimen presidencial y el quiebre de la democracia¹⁸⁶.

En otras palabras, la revocación de mandato modifica el sistema democrático para crear un mecanismo que permita a la ciudadanía valorar al presidente de la República en el

¹⁸⁵ SARTORI, G. *¿Qué es la democracia?* Trad. de González, M. y Pestellini, M. México: Taurus, 2003, p. 47.

¹⁸⁶ GACETA DEL SENADO. Dictamen de las comisiones unidas de gobernación y de estudios legislativos, segunda a las iniciativas con proyecto de decreto por el que se expide la ley general de revocación de mandato. 17 de agosto de 2021, p. 25.

tercer año de su Gobierno, así que si es ineficiente en su responsabilidad o actúa de manera que afecte de diversas formas a la mayoría de la población, entonces mediante el voto se puede destituir al gobernante para nombrar a otro titular del Poder Ejecutivo. Asimismo, si el desempeño de su función es valorado de manera adecuada por la ciudadanía, entonces se puede ratificar su mandato para que continúe en sus funciones.

Cabe mencionar que esta reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue aprobada por el H. Congreso de la Unión y 17 Legislaturas de las entidades federativas. El Decreto implica diversos artículos constitucionales.

En los siguientes párrafos se describen de manera general los referentes a la revocación de mandato.

Al artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se adicionó la fracción IX, la cual establece aspectos generales de la Revocación de Mandato del presidente de la República, estos se complementan con la Ley Federal de Revocación de Mandato.

El Instituto Nacional Electoral emitirá los formatos para la recopilación de firmas, llevará a cabo todo el proceso de organización, cómputo y emitirá los resultados. Por su parte, los ciudadanos deben reunir rúbricas que representen cuando menos el 3% de la lista nominal, debiendo tener mínimo este porcentaje en por lo menos 17 entidades federativas¹⁸⁷.

Este proceso inicia durante los tres primeros meses del tercer año de gobierno del presidente de la República en turno, la cual no debe coincidir con elecciones federales o locales¹⁸⁸ y, a fin de que este proceso sea vinculante, deberá haber por lo menos una participación del 40 % de ciudadanos inscritos en la lista nominal¹⁸⁹.

Es decir, si se reúnen los requisitos para que se realice la revocación de mandato, la ciudadanía tendrá la oportunidad de demostrar a través del voto si la mayoría está de acuerdo con las políticas aplicadas por el presidente de la República o está en desacuerdo con ellas, decidiendo si continua o es destituido del mandato para el cual fue electo.

Otro artículo constitucional reformado fue el numeral 36, el cual dispone obligaciones al ciudadano de la República, incorporando entre estas responsabilidades votar en los procesos de revocación de mandato¹⁹⁰. De igual manera, el numeral 41 estableció que el Instituto Nacional Electoral debe ejercer sus funciones conforme a la

¹⁸⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Art. 35, secc. IX, núm. 1

¹⁸⁸ Ídem, núm.2 y 3. Ley Federal de Revocatoria del Mandato, art. 40.

¹⁸⁹ CPEUM, art. 35, secc. IX, núm. 4

¹⁹⁰ CPEUM, art. 36, secc. III.

fracción IX del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁹¹, y reguló jurídicamente que puede celebrar convenios con las entidades federativas para llevar a cabo este ejercicio de democracia participativa a nivel local¹⁹².

Por su parte, el artículo 81 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionó que el cargo del presidente de la República puede ser revocado en los términos establecidos en esta misma Constitución. En lo que respecta al numeral 84 estableció que procede si se revoca el mandato:

En caso de haberse revocado el mandato del Presidente de la República, asumirá provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo quien ocupe la presidencia del Congreso; dentro de los treinta días siguientes, el Congreso nombrará a quien concluirá el período constitucional¹⁹³.

Finalmente, en los artículos 116 y 122 se establece a rango constitucional la revocación de mandato tanto de las gobernadoras o gobernadores como de la jefa o jefe de gobierno de la Ciudad de México.

En términos generales, estos son los artículos reformados de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para establecer la revocación de mandato, enmiendas que robustecen la soberanía popular, puesto que la ciudadanía podrá determinar, si así lo amerita, la conclusión anticipada en el desempeño del cargo de estos gobernantes. De tal manera que la revocación de mandato es un proceso constitucional que involucra a la ciudadanía, las instituciones y los poderes del Estado; estas características también corresponden al ejercicio de democracia participativa en las entidades federativas.

III. PROCESO PRELIMINAR A LA REVOCATORIA DE MANDATO

Una vez establecido el marco jurídico constitucional y secundario para la revocación de mandato, comenzó un debate público entre los Poderes del Estado y el Instituto Nacional Electoral sobre temas referentes a este ejercicio de democracia participativa. Por este motivo, se considera importante analizar el contexto, para que se comprenda de mejor manera cómo se desarrolló públicamente.

Por una parte, se inició la recolección de firmas durante el mes de noviembre del año 2021, para que se cumpliera el porcentaje requerido de la lista nominal, a fin de legitimar

¹⁹¹ CPEUM, art. 41, secc. V, apartado B, literal c.

¹⁹² CPEUM, art. 41, secc. V, apartado C.

¹⁹³ CPEUM, art. 84, párrafo séptimo.

el proceso. La recolección concluyó el 15 de diciembre de este mismo ciclo, entregándose más de 11 millones de firmas que debían ser validadas por el Instituto Nacional Electoral (INE).

Por su parte el INE, Órgano Constitucional Autónomo que debe regirse por el principio de imparcialidad, además que debe ser garante de la democracia, paradójicamente fue la Institución que manifestó que no se llevaría a cabo la revocación de mandato por primera vez en México. Esto a través del Acuerdo del Consejo General INE/CG1796/ 202, con el que se determinaba posponer temporalmente su realización.

Este Acuerdo fue aprobado, después de concluida la etapa de la recolección de firmas, siendo su argumento central que si bien es cierto que en el Presupuesto de Egresos de la Federación se le asignaron al Instituto Nacional Electoral \$ 19, 736, 593, 972 millones de pesos, esta cantidad era insuficiente para que realizara este ejercicio de democracia participativa. Por considerarse importante lo establecido en el Acuerdo, se cita una parte extensa del mismo:

Se determina, como medida extraordinaria, atendiendo al principio de certeza y ante la insuficiencia presupuestal derivada de la reducción aprobada en el anexo 32 del presupuesto de egresos de la federación para el ejercicio fiscal 2022, posponer de forma temporal todas las actividades para la organización del proceso de revocación de mandato del Presidente de la República electo para el periodo constitucional 2018-2024 salvo la verificación de las firmas de apoyo ciudadano y la entrega del informe que contenga el resultado de la verificación de las firmas de apoyo de la ciudadanía, así como interrumpir los plazos respectivos, derivado del recorte presupuestal aprobado por la Cámara de Diputados al INE para el ejercicio 2022, hasta en tanto se tengan condiciones presupuestarias que permitan su reanudación¹⁹⁴.

En este Acuerdo se pueden analizar diversos aspectos constitucionales y legales. Primero el INE, como Órgano Constitucional Autónomo, propone un presupuesto, pero la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión es la constitucionalmente facultada para aprobarlo. De tal manera que recibir una propuesta del INE no significa expresamente que la Cámara de Diputados debe aprobarla, puesto que ejerce esta atribución conforme a todas las necesidades y obligaciones jurídicas de la Federación, para cumplir con los distintos rubros que componen el Presupuesto de Egresos.

En otro sentido, la reforma constitucional aprobada por la representación popular integrada por las dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, por las 17 Legislaturas de las entidades federativas (2019), la intervención en el proceso legislativo con la promulgación de un marco legal (2021), así como la predisposición del

¹⁹⁴ INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. Acuerdo del Consejo General. INE/CG1796/2021. 17 de septiembre de 2021, p. 77.

ejecutivo y la recolección de firmas por parte de la ciudadanía para cumplir el requisito para revocar el mandato, fueron insuficientes para el Instituto Nacional Electoral, ya que determinó suspender este ejercicio de democracia participativa.

Cabe recordar que está prohibido suspender los derechos humanos como son los político-electorales, salvo por lo establecido en el artículo 29 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal manera que todas las autoridades, incluyendo los Órganos Constitucionales Autónomos como es el INE, conforme al numeral 1 de este mismo ordenamiento jurídico, están obligados a garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

A juicio personal, el Acuerdo del INE, además de actuar contrario al mandato constitucional para que se realice la revocación de mandato, intentó desvirtuar las facultades de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, desestimó la recolección de firmas de la ciudadanía y violentó los derechos humanos de los mexicanos, particularmente los político-electorales para ejercer el voto establecidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte.

El Acuerdo del INE también permite expresar que sus autoridades consideran a este Órgano Autónomo, como una Institución aislada del Estado, el cual puede actuar conforme a sus propios criterios, sin tener en consideración los vínculos legales e institucionales que establece la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se mencionó, esta situación es paradójica, porque el INE en lugar de garantizar la democracia cumpliendo con lo establecido en la Constitución, argumentó diversos razonamientos inconstitucionales para suspender la revocación de mandato.

Esta situación jurídica fue impugnada, por lo que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió una resolución sobre dicho Acuerdo. En la parte de la justificación, el Supremo Tribunal Electoral declaró que:

No existe causa justificada para que el Consejo General del INE posponga el proceso de revocación de mandato [...] el Consejo General del INE no tiene atribuciones para posponer o interrumpir el proceso de revocación de mandato. El único supuesto normativo regulado que en inicio justifica la interrupción del proceso comprende la falta de satisfacción de los requisitos constitucionales y legales [...] En ese sentido, la única hipótesis regulada para que el Consejo General interrumpa el proceso de revocación de mandato es que de la revisión del informe concluyera que no se cumplió con el porcentaje de firmas de personas equivalente al tres por ciento de las inscritas en la lista nominal de electores, **supuesto que no aconteció**¹⁹⁵.

¹⁹⁵ TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Juicio electoral, juicios para la protección de los derechos político-electorales y recursos de apelación. 29 de diciembre de 2021, pp. 23-24. Las negritas corresponden al texto original.

El Supremo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió lo siguiente: “se revoca el acuerdo impugnado para los efectos precisados en la sentencia”¹⁹⁶.

El INE carece de elementos para argumentar que la falta de presupuesto es motivo para suspender el proceso de revocación de mandato, ya que el marco constitucional y secundario regulan como única posibilidad para estos efectos que la ciudadanía incumpla con el requisito de reunir las firmas representativas de cuando menos el 3% de la lista nominal distribuida mínimamente en 17 entidades federativas del país.

IV. PARTICULARIDADES DE LA REVOCATORIA DE MANDATO: MÉXICO 2022

Mientras se debatía públicamente y se resolvió jurídicamente la controversia sobre suspender el proceso de revocación de mandato, la verificación de más de 11 millones de firmas entre digitales y físicas continuaba avanzando, las cuales fueron suficientes para cumplir el requisito antes expresado. Cabe destacar que existieron registros con inconsistencias, al respecto se menciona:

Finalmente, la suma general de todas las firmas que se recibieron fue de 11, 141, 953, considerándose válidas 3, 451, 843¹⁹⁷. De tal suerte que, manifestada la resolución y cumplido el requisito de las firmas, el INE emitió la convocatoria de este mecanismo de democracia participativa.

La pregunta que se le realizaría a la ciudadanía en la revocación de mandato es la siguiente:

¿Estás de acuerdo en que a ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, se le revoque el mandato por pérdida de la confianza o siga en la Presidencia de la República hasta que termine su periodo?¹⁹⁸.

Acordada la pregunta el proceso continuó, teniendo un nuevo inconveniente: la definición sobre el número de casillas a instalarse para la realización de la revocación de mandato. Al respecto, el INE retomó nuevamente el asunto del presupuesto como justificación para no instalar las casillas necesarias, a pesar de que este tema fue resuelto por el Supremo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y que se recabaron las firmas necesarias.

¹⁹⁶ Ídem, p. 51.

¹⁹⁷ INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. Reporte final de firmas captadas en formatos físicos y app móvil para la revocación del mandato 2021-2022. 26 de enero 2022, p. 1.

¹⁹⁸ INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. Convocatoria para el proceso de revocación de mandato 2022. 04 de febrero de 2022, p. 2.

El consejero presidente Sr. Lorenzo Córdova Vianello hizo una declaración señalando que: si hoy no se está realizando el ejercicio de revocación de mandato como pide la ley en la materia es por culpa de “quienes no financiaron con recursos suficientes” al Instituto Nacional Electoral (INE)¹⁹⁹.

En lo que respecta a este debate público sobre la revocación de mandato el presidente de la República manifestó:

Resulta que los del INE (Instituto Nacional Electoral) no van a poner casillas para la consulta de revocación de mandato. Van a poner las mismas que pusieron en la consulta pasada, pero además les costó 500 millones de la consulta pasada, las 50 mil casillas, y ahora van a poner lo mismo pero no son 500 millones ya son mil 700, mil 800 millones [...] ¿Qué no es una violación a la Constitución, que no es una afrenta a la democracia?²⁰⁰.

Referente a este asunto garantizar la democracia y el ejercicio del derecho humano al voto son obligaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para las Instituciones (incluido el INE) y se enmarcan en la protección de derechos particularmente regulados en el artículo 1 y 3 de este ordenamiento jurídico.

En este mismo sentido, el artículo 41 de la Constitución establece que el INE se regirá por los principios de certeza y legalidad²⁰¹, así que, conforme a estos numerales y axiomas constitucionales, se considera que debieron instalarse las casillas necesarias para garantizar la democracia y proteger los derechos humanos político-electorales de la ciudadanía.

También, si el Supremo Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió que era ilegal el Acuerdo del INE referente a la falta de presupuesto para suspender la revocación de mandato, asimismo es un argumento inválido recurrir a este razonamiento para justificar limitar el número de casillas para este ejercicio democrático de revocación de mandato en México.

Ahora bien, el INE comunicó públicamente el argumento de falta de presupuesto para limitar la instalación del número de casillas. Se considera que en el fondo la justificación fue la establecida en la Ley Federal de Revocación de Mandato, particularmente lo referente en el segundo párrafo del artículo 41, el cual dice: “El Instituto deberá habilitar la misma cantidad de casillas que fueron determinadas para la jornada del proceso electoral anterior, teniendo en cuenta la actualización que corresponda al listado nominal”.

¹⁹⁹ XANTOMILLA, J. Córdova se lava manos de posible consulta fallida. Diario La Jornada, 18 de febrero de 2022. [En línea].

²⁰⁰ MARTÍNEZ, F. Sin adecuada cantidad de casillas para revocación se viola la ley: AMLO. 24 de febrero de 2022. [En línea].

²⁰¹ CPEUM, art. 41, secc. V, apartado A.

El INE interpretó de manera literal este artículo²⁰², por lo que para la instalación de las casillas no tomó en consideración la jornada del proceso electoral del presidente de la República, ni el anterior respecto a la Cámara de Diputados y autoridades locales, sino el ejercicio de la consulta popular que se llevó a cabo por primera vez en México el 1 de agosto de 2021²⁰³.

Ante esta ambigüedad, se considera que para garantizar el régimen jurídico y político democrático establecido en la Constitución, es necesaria una reforma a esta Ley secundaria para establecer la obligación del INE, a fin de que instale el total de casillas, como si fuera a llevarse a cabo la jornada del proceso electoral a la Presidencia de la República; ya que así como la ciudadanía tuvo derecho a votar por la persona para que fuera presidente de la República, de igual manera tiene derecho a votar por su destitución.

Además, sobre la instalación de casillas, la propia Ley Federal de Revocación de Mandato establece en el segundo párrafo del artículo 3 que a falta de disposición expresa en esta Ley, se atenderá a lo dispuesto, en lo conducente, en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales²⁰⁴, ordenamiento jurídico que, entre otros aspectos, dispone [en caso de ser necesaria, la instalación de casillas especiales cuyo “número y ubicación serán determinados por el consejo distrital en atención a la cantidad de municipios comprendidos en su ámbito territorial, a su densidad poblacional, y a sus características geográficas y demográficas”²⁰⁵]²⁰⁶.

Así que tomándose como referencia el marco jurídico constitucional y secundario para que no existan ambigüedades sobre un tema tan importante como es la revocación de mandato, se propone la reforma al segundo párrafo del artículo 41 de la Ley Federal de Revocación de Mandato, para que quede en los términos subsiguiente: El Instituto Nacional Electoral debe instalar el mismo número de casillas que se ubicaron en el proceso electoral para elegir al presidente de la República Mexicana.

²⁰² [Nota de los editores]. Ver: Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Consulta Popular y Revocación de Mandato. DOF 20 de diciembre de 2019. Especialmente Transitorios, Quinto. Disponible en: <https://acortar.link/aFpqqh>.

²⁰³ [Nota de los editores]. Proceso de Consulta Popular sobre “las acciones para emprender un proceso de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos”. Información disponible en: <https://acortar.link/4B9Wcf> [último acceso: 19/07/2023].

²⁰⁴ Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, arts. 73, literal b (atribución de las Juntas distritales ejecutivas), art. 79, núm. 1, literal c (atribución de los Consejos distritales); arts. 256, 258.

²⁰⁵ Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, art. 258, núm. 3.

²⁰⁶ [Nota de los editores].

Debido a que se continuó con el proceso constitucional de democracia participativa, la revocación de mandato se llevó a cabo el día 10 de abril del año 2022, conforme al Acuerdo del Instituto Nacional Electoral, el resultado fue el siguiente:

Por la opción: Que se le revoque el mandato por pérdida de la confianza: 1, 063,209, equivalente a 6.4426%

Por la opción: Que siga en la Presidencia de la República: 15, 159,323, equivalente al 91.8600%

Nulos: 280,104, equivalente al 1.6973%²⁰⁷.

El contexto de este ejercicio fue el siguiente: se realizó en una fecha distinta a las elecciones, los partidos políticos no podían participar directamente, continuaba vigente la pandemia de Covid-19, el número de casillas fue insuficiente y fue la primera vez que se efectuó.

Esta participación de la ciudadanía es bastante destacada, por lo que sin duda alguna la revocación de mandato es un instrumento en el que la ciudadanía está interesada en participar. Seguramente en los próximos ejercicios se involucrará más gente para determinar si el presidente de la República o gobernantes a nivel local en turno a mitad del periodo para el cual fueron electos deben continuar o ser destituidos. Este es un precedente de la Revocación de Mandato que continuará retomando importancia en la vida pública de México.

V. CONCLUSIONES

La Revocación de Mandato es un mecanismo jurídico de la democracia participativa efectivo en México, a través del cual millones de ciudadanos ejercieron el derecho humano a votar para decidir si el presidente de la República en turno debía continuar o ser destituido de su función pública.

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos modificó diversos artículos para garantizar la democracia participativa a través de la revocación de mandato, distribuyendo las competencias entre los Poderes del Estado, Órganos Constitucionales Autónomos y garantizando los Derechos Humanos de la ciudadanía.

El Instituto Nacional Electoral actuó fuera del marco constitucional en dos ocasiones, primero cuando intentó suspender la revocación de mandato y después cuando

²⁰⁷ INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. INE/CG202/2022. 11 de abril de 2022, p. 155.

instaló inconstitucionalmente un menor número de casillas para que la ciudadanía ejerciera el derecho humano a votar.

Con el propósito de que se garantice el marco jurídico constitucional, así como el derecho humano a votar de la ciudadanía, se propone reformar el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley Federal de Revocación de Mandato, para que quede en los siguientes términos: El Instituto Nacional Electoral debe instalar el mismo número de casillas que se ubicaron en el proceso electoral para elegir al presidente de la República Mexicana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS-CPEUM. DOF 05 de febrero 1917. Última reforma publicada DOF 28-05-2021.

GACETA DEL SENADO. *Dictamen de las comisiones unidas de gobernación y de estudios legislativos, segunda a las iniciativas con proyecto de decreto por el que se expide la ley general de revocación de mandato*. 17 de agosto de 2021, 83 pp (anexos, total 240 pp.). Disponible en <https://acortar.link/87kYkr> [último acceso: 19/07/2023].

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. *Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que, atendiendo al principio de certeza y ante la insuficiencia presupuesta derivada de la reducción aprobada en el anexo 32 del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2022, se determina posponer temporalmente la realización del proceso de renovación de mandato 2021-2022*. INE/CG1796/2021. 17 de septiembre de 2021, 79 pp. Disponible en <https://acortar.link/eQDvvi> [último acceso: 19/07/2023].

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. *Reporte final de firmas captadas en formatos físicos y app móvil para la revocación del mandato 2021-2022*. 26 de enero de 2022, 06 pp. Disponible en: <https://acortar.link/14iE3G> [último acceso: 19/07/2023].

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. *Convocatoria para el proceso de revocación de mandato 2022*. 04 de febrero de 2022, 12 pp. Disponible en <https://acortar.link/4WbkAD> [último acceso: 19/07/2023].

INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL. INE/CG202/2022. *Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se efectúa el cómputo total y se realiza la declaratoria de resultados del proceso de revocación de mandato del presidente de la república electo para el período constitucional 2018-2024*. 11 de abril de 2022, 156 pp. Disponible en: <https://acortar.link/6fKZYx> [último acceso: 19/07/2023].

LEY FEDERAL DE REVOCACIÓN DEL MANDATO. DOF 14 de septiembre de 2021.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES. DOF 23 de mayo de 2014. Última reforma publicada DOF 02-03-2023.

- MARTÍNEZ, F. *Sin adecuada cantidad de casillas para revocación se viola la ley: AMLO*. 24 de febrero de 2022. Disponible en: <https://acortar.link/FbRJ5E> [último acceso: 19/07/2023].
- SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?* Trad. de González, M. y Pestellini, M. México: Taurus, 2003.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. *Juicio electoral, juicios para la protección de los derechos político-electorales y recursos de apelación*. 29 de diciembre de 2021. Sentencia disponible en: <https://acortar.link/K2DkTM> [último acceso: 19/07/2023].
- XANTOMILLA, J. *Córdova se lava manos de posible consulta fallida*. Diario La Jornada, 18 de febrero de 2022. Disponible en <https://acortar.link/Ajmg2M> [último acceso: 19/07/2023].



ARTÍCULO

 OPEN ACCESS

Derecho penal del enemigo como mecanismo estratégico para combatir a sujetos potencialmente peligrosos

Criminal law of the enemy as a strategic mechanism to combat potentially dangerous subjects

Eduardo Daniel Vázquez Pérez

 0000-0001-6845-8294

Recibido: 07 de junio 2023.

Aceptado: 14 de agosto 2023.

Sumario

I. Introducción. II. Metodología. El funcionalismo normativo de Günther Jakobs. III. Blanqueo de capitales y Delincuencia Organizada. IV. Derecho penal del enemigo en la legislación jurídico-penal mexicana. a) Reforma constitucional del 18 de junio de 2008. b) Reforma constitucional del 10 de junio de 2011. V. Conclusiones.

Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la Licencia *Creative Commons* Atribución-No Comercial-Compartir igual ([CC BY-NC-SA 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/)), que permite compartir y adaptar siempre que se cite adecuadamente la obra, no se utilice con fines comerciales y se comparta bajo las mismas condiciones que el original.

Derecho penal del enemigo como mecanismo estratégico para combatir a sujetos potencialmente peligrosos

Criminal law of the enemy as a strategic mechanism to combat potentially dangerous subjects

Eduardo Daniel Vázquez Pérez *

Resumen

Este artículo aborda una propuesta diferente a los postulados dictados por el Derecho penal garantista, toda vez que gira en torno al Derecho penal del enemigo del profesor alemán, Günther Jakobs; un tratamiento jurídico-penal de excepción, que, desde el funcionalismo normativo se integra por una tridimensión teórica: persona, norma y sociedad. Este derecho de excepción actúa en prospectiva; esto quiere decir lo siguiente, actúa a futuro frente a los riesgos que se pueden suscitar en un contexto en donde la violencia ha imperado a niveles exacerbados, como es el caso del Estado mexicano, a consecuencia del actuar doloso y violento de los diferentes grupos que integran el fenómeno delictivo de la delincuencia organizada. Es por ello, que en este escrito se propone el tema del Derecho penal del enemigo como mecanismo estratégico, en virtud de que es una herramienta altamente efectiva -aunque esto no lo exime de ser un instrumento sumamente peligroso- para confrontar a los sujetos potencialmente peligrosos que no efectúan su comportamiento a los parámetros dictados por el Derecho.

Palabras clave: Derecho penal; persona; norma; sociedad.

Abstract

This article presents a proposition that diverges from the postulates outlined by conventional criminal law safeguards. Instead, it revolves around the concept of 'criminal law of the enemy', put forth by the German professor Günther Jakobs. This legal-criminal approach operates as an exception, aligning with normative functionalism and encompassing a threefold theoretical structure: individual, norm, and society. This exception-based legal framework operates proactively. In essence, it anticipates and responds to potential risks that might emerge within a context marked by escalated violence. This is notably relevant in scenarios such as that of the Mexican State, where the actions of various factions contribute to the complex fabric of organized crime, often involving fraudulent and violent acts. Consequently, this paper introduces the concept of the 'criminal law of the enemy' as a strategic mechanism. While it stands as a notably effective instrument, it's crucial to acknowledge that it can also wield significant peril. This approach serves as a means to address potentially hazardous individuals who operate beyond the boundaries defined by lawful conduct.

Keywords: Criminal law; person; norm; society.

*Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo Electrónico: danielcarlos3madrid@gmail.com.

“Cualquier persona que quiera subvertir las normas de la sociedad mediante su deshonra, debe perder todos los derechos como ciudadano y ser tratada como ENEMIGO. El Estado debe permitir que sea perseguida por todos los medios posibles”.
Günther JAKOBS

I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene por objetivo demostrar que la restricción al ejercicio de los derechos humanos en México es una completa realidad que sólo puede concretarse a partir de la operacionalización sistemática y, por supuesto, la motivación que se lleve a cabo mediante los instrumentos normativos del derecho interno, en conjunto con el derecho internacional, a fin de relativizar los derechos humanos de aquellos sujetos potencialmente peligrosos que con su actuar, además de fragmentar la norma jurídica con las infracciones cometidas (delitos graves), también imposibilitan la correcta funcionalidad de la sociedad, así como el mantenimiento de la vigencia normativa al interior de esta.

La metodología que se emplea para la realización del escrito gira entorno al funcionalismo normativo del profesor alemán, Günther Jakobs, propuesta teórico-metodológica que se caracteriza, particularmente, por la *tolerancia cero* ante el incumplimiento de la norma jurídico-penal, en el entendido que el conglomerado social llamado *sociedad* no es otra cosa que un cúmulo de *comunicaciones efectivas y funcionales* que desempeñan *roles sociales* para que, con posterioridad, puedan efectuarse las *expectativas sociales*. De igual forma, se resalta el tema relativo al blanqueo de capitales -y sus diferentes etapas por las que pasa la ilicitud- como actividad desarrollada por la criminalidad organizada, con la cual los grupos criminales pueden acumular capital económico incesantemente, a costa de las ilicitudes cometidas en perjuicio de la sociedad.

Finalmente, se hace referencia a dos reformas constitucionales en las materias penal (2008) y de derechos humanos (2011), que permiten comprender de mejor forma, el cambio de paradigma en el Derecho y las razones por las que el Derecho penal del enemigo -para restringir derechos humanos de los peligrosos sociales- es constitucional en el Estado mexicano.

II. METODOLOGÍA. EL FUNCIONALISMO NORMATIVO DE GÜNTHER JAKOBS

Los pilares fundamentales de la propuesta teórica (descriptiva de la realidad) denominada Derecho penal del enemigo, se constituye a partir de una tridimensión: persona, norma y sociedad; elementos que no pueden entenderse desde su particularidad sino como una unidad comunicativamente interconectada y funcional, cuyo máximo representante es el filósofo y jurista alemán, Günther Jakobs. Este pensador alemán -influenciado por el pensamiento sistémico de su connacional, Niklas Luhmann- también está convencido de que la sociedad está constituida por elementos eminentemente comunicacionales que posibilitan, tanto el sentido comunicativo como la identidad normativa de la sociedad.

Dicho esto, es menester indicar que en el funcionalismo normativo no hay cabida a la concepción de los seres sociales como individuos, toda vez que esta noción de índole iusnaturalista establece que los individuos son productos de la naturaleza, cuando desde el paradigma funcionalista esta aseveración es totalmente rechazada, en la medida que los entes sociales son el resultado de las interacciones sociales y, por lo tanto, esa afinidad los determina como personas que tienen derechos, pero también obligaciones por cumplir dados los roles sociales que se les han asignado para cumplir y garantizar las expectativas sociales.

Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social [...] “persona” es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social -de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas-²⁰⁸.

Entonces, la persona, además de ser el resultado de la constante interacción en el entramado de lo social, también es una posición de privilegio, tanto en cuanto no se infrinjan las normas jurídicas que le dan reconocimiento en la sociedad civil; es decir, la persona existe en la sociedad, sí y sólo sí, representa la mínima seguridad cognitiva para mantener la vigencia de la norma en la sociedad.

La identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de las normas, y no por determinados estados o bienes (aunque, ciertamente, puede que en determinados ámbitos pueda deducirse de modo correcto a partir del reflejo de la norma, esto es, por ejemplo, a partir de bienes, la misma norma²⁰⁹.

²⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2004, pp. 19-20.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Cuadernos Civitas, España, Madrid, 2000, p. 26.

Siguiendo esa línea, otra pieza clave en el Derecho penal del enemigo, desde la óptica del funcionalismo normativo, radica en el concepto de norma; que no es otra cosa que la administradora de las conductas sociales en el sistema social. En otras palabras, la norma es la vía para el reconocimiento de la persona en la sociedad, en función de su rol social (el quehacer socialmente asignado), que mantiene el equilibrio el sistema social. De este rol, las personas imposiblemente pueden deslindarse, porque estas tienen el compromiso de velar por el sistema jurídico que les otorga seguridad y a través del cual les es posible existir.

El Derecho penal tiene por misión garantizar la identidad de la sociedad. Esto se lleva a cabo tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido, y, además, respondiendo ante él. Por medio de su hecho el autor se aferra a la afirmación de que su comportamiento, esto es, la defraudación de una expectativa normativa se encuadraría dentro de los comportamientos que son válidos, y, así pues, la expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante. Mediante la pena se declara en contra de esta afirmación, que esto no es así, que, por el contrario, el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a aquella configuración social que hay que tener en cuenta²¹⁰.

La persona como agregado comunicativo en la sociedad tiene por objetivo comportarse de acuerdo con la norma para garantizar, no sólo su posición como tal (el de persona), sino la seguridad de los demás entes sociales con los que interactúa en la vida social, ya que estos segundos esperan de la primera, que el comportamiento sea conforme a la norma (derecho) en virtud del respeto recíproco entre los elementos comunicaciones y constitutivos de este ente llamado sociedad. Asimismo, el mantenimiento de la vigencia de la norma, por conducto de la persona (porque es individual y nunca colectiva) reivindica que la sociedad está integrada por comunicaciones efectivas y funcionales (y no por no-comunicaciones) que le permiten diferenciarse del entorno y de los demás subsistemas. Como afirma Günther Jakobs (2000): “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad de la sociedad”²¹¹.

Con base en lo anterior, se desprende el último elemento indisociable del Derecho penal del enemigo y con esto me refiero a este ente vivo y constantemente dinámico: la sociedad.

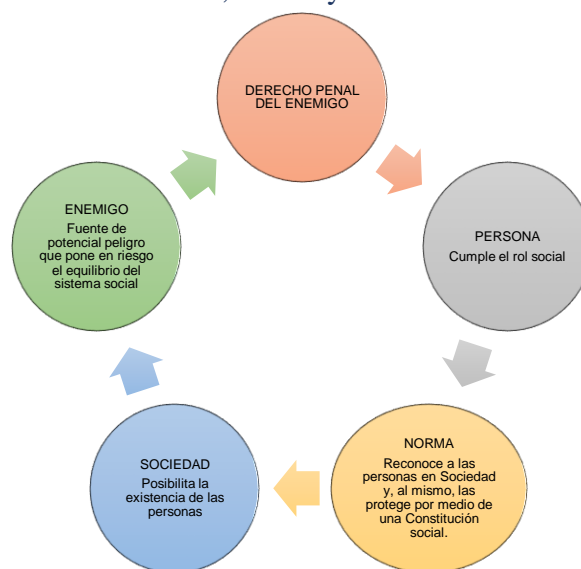
²¹⁰ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas, España, Madrid, 2004, p. 75.

²¹¹ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona ... op. cit.*, p. 18.

La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar configurado de otro modo a como está configurado en el caso concreto (de no ser esto así, no se trataría de una construcción) puesto que se trata de la configuración y no de la constatación de un estado²¹².

Por lo tanto, la sociedad -ese todo interconectado- al estar conformada por absolutas comunicaciones operativamente funcionales, permite la existencia de cada uno de los elementos sistemáticos que la integran: las personas, en la medida que efectúan su comportamiento a la norma para regularse y puedan, a su vez, cumplir con el rol que se les ha sido asignado socialmente. En consecuencia, es a partir de la sociedad que los sujetos sociales existen, toda vez que, al desempeñarse como personas en derecho, se da por entendido que son entes sociales mediados por lo normativo y por ende, se les posibilita su reconocimiento como tales al interior de la sociedad.

Gráfico 1. Funcionalismo normativo y el papel de sus elementos constitutivos: Persona, norma y sociedad



Fuente: Elaboración propia.

²¹² JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona ... op. cit.*, p. 26.

III. BLANQUEO DE CAPITALES Y DELINCUENCIA ORGANIZADA

De acuerdo con la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL, por sus siglas en inglés), define el blanqueo de capitales de la siguiente forma:

El blanqueo de capitales consiste en ocultar la identidad de los beneficios obtenidos ilícitamente, de forma que parezcan provenir de fuentes legítimas. Normalmente, es un componente de otros delitos muchos más graves como el tráfico de drogas, robos con violencia o extorsión²¹³.

Por otro lado, Isidro BLANCO (2012), concibe este delito desde otra óptica, porque:

Hablar de «lavado» o «blanqueo» está en función de la distinción entre «dinero negro» y «dinero sucio». Si el dinero es negro hay que blanquearlo y si está sucio hay que limpiarlo o lavarlo. La distinción se realiza con base a la fuente del dinero o bienes; dinero es el que se origina de actividades comerciales legales pero que alude las obligaciones fiscales, y dinero sucio es el que procede de negocios delictivos²¹⁴.

Con base en la última conceptualización propuesta por BLANCO, es importante resaltar, entonces, la diferencia entre *dinero negro* y *dinero sucio*, en la medida que en la práctica y en la teoría no son lo mismo y mucho menos pueden emplearse como sinónimos de uno para con el otro.

- I. *Dinero negro*: Es aquel capital económico, no declarado ante las instancias del poder fiscal, el cual no siempre está vinculado con una serie de delitos precedentes al blanqueo de capitales: su naturaleza jurídica es fiscal, aunque puede ser trasladado al ámbito penal conforme a los criterios establecidos en las arquitecturas normativas vigentes relacionadas con el delito de lavado de dinero (operaciones con recursos de procedencia ilícita);
- II. *Dinero sucio*: Es el capital económico originado y rentabilizado a partir de los diversos delitos tipificados en el catálogo de delitos penales del derecho interno de cada una de las jurisdicciones de las que se trate, así como a nivel internacional: su naturaleza jurídica es penal.

Acerca del procedimiento que debe pasar el dinero sucio para su concreción como dinero legal, consiste en al menos tres fases: colocación, estratificación y consolidación.

²¹³ INTERPOL, La lucha contra el blanqueo de capitales está inextricablemente ligada a las investigaciones sobre los delitos conexos. *Blanqueo de capitales*, 2023, Recuperado a partir de: <https://bit.ly/3qMh171>.

²¹⁴ BLANCO, Isidro. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Arazadi, España, Pamplona, 2012, p. 84.

Tabla 1. Fases del delito de lavado de dinero: Colocación, estratificación y consolidación.

Fases del lavado de dinero	
Colocación	De acuerdo con Prado Saldarriaga (2007), «la colocación consiste en lo siguiente: «El dinero ilegal se deposita en bancos tolerantes y se le transforma en instrumentos de pago más cómodos como cheques de gerencia, que tienen como ventaja su fácil aceptación y la carencia del titular específico, lo cual facilita el tránsito y el encumbramiento del lavado» ²¹⁵ (p. 24).
Estratificación/decantación	De acuerdo con Lamas Puccio, citado por Lamas Suárez (2019), «el objetivo de esta instancia es cortar la cadena de evidencias entre las investigaciones sobre el origen del dinero. La estratificación, generalmente, transfiere el dinero de un paraíso financiero a otro sometiendo el dinero a un largo recorrido» ²¹⁶ .
Consolidación/integración	De acuerdo con Annel Morales Méndez (2019), «la consolidación/integración es la etapa dos que posibilita al lavador invertir los fondos en bienes raíces, artículos de lujo o proyectos comerciales. En esta etapa, también, es bastante complicado diferenciar la riqueza legal de la ilegal, ya que otorga el lavador puede aumentar su riqueza con los productos del delito» ²¹⁷ .

Fuente: Elaboración propia, con base en las investigaciones realizadas por los autores referidos en cada apartado del cuadro.

Fases del lavado de dinero, explicación	
Colocación	Colocación del capital ilícito en las instituciones bancarias, tiendas y negocios internacionales.
Estratificación/Decantación	Trasferencia de la cuenta A hacia una B.
Consolidación/Integración	Circulación de la ilicitud en la complejidad del sistema financiero, para su multiplicación.

Fuente: Elaboración propia.

Sea cual sea el punto de partida de estas conceptualizaciones (perspectivas ideológicas conforme a la rama de estudio en que se lleva a cabo), lo cierto es que las similitudes entre ellas radican, en primer lugar, en que el lavado de dinero es un delito que deviene de otros tantos tipificados como graves y, en segundo lugar, que la ilicitud (aunque el dinero llegue a blanquearse) no desaparece como tal -de allí que el dinero sucio requiera limpiarse- porque la ilicitud se introduce a las dinámicas del sistema financiero para convertirse (aparentemente) en capital económico legal. La serie de delitos cometidos por

²¹⁵ PRADO, Víctor. El lavado de dinero y la financiación del terrorismo, 2007. En Lamas, Gerardo, *Ciberdelitos, bitcoins y lavado de dinero*, Editorial Grijley, Perú, Lima, p. 53.

²¹⁶ LAMAS, Gerardo. *Ciberdelitos, bitcoins y lavado de dinero*, Editorial Grijley, Perú, Lima, p. 51.

²¹⁷ MORALES, Annel. *Gobierno de México*. Obtenido de Comisión Nacional Bancaria y de Valores, 2019, p. 15. Recuperado de: bit.ly/3sodmgt.

los infractores de la norma jurídica, no solo son alarmantes puesto que laceran en su totalidad a las personas que integran la sociedad, sino también son un indicador que nos permite identificar que la norma jurídico-penal para confrontar este delito, producto de otra serie de delitos cometidos a costa del bienestar y la seguridad de las personas, es protectora del crimen y de los grupos delincuenciales (*soft-law*).

Esta nueva realidad está generando singulares procesos de contracción o perfeccionamiento de la normativa internacional, pues la colisión en fase de ejecución de esta reglamentación con ciertos principios estructurales relativos al Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos, que debieron tenerse presentes en la fase ascendente de producción normativa, provocan la revisión de los medios adoptados para alcanzar los objetivos propuestos. Dada la naturaleza facultativa y el alcance limitado del sistema jurisdiccional internacional, no deberían existir ningún problema en que tribunales sectoriales o regionales -incluso los nacionales desde el planteamiento del desdoblamiento funcional- controlaran dicha legalidad internacional con efectos jurídicos limitados en sus representativos ordenamientos jurídicos (aunque con una potencialidad jurídica superior), al margen de las consecuencias prácticas internacionales oportunos para subsanar tales contradicciones o deficiencias²¹⁸.

En consecuencia, bajo la óptica del funcionalismo normativo del profesor Günther Jakobs, el sujeto social que pone en riesgo el equilibrio de la dinámica del sistema social con su actuar, pierde el estatus de persona en derecho para ser considerada como enemigo ante los altos niveles de peligrosidad que representa y, a la par, por fragmentar el rol que la sociedad le asignó en un proceso de confianza como ente comunicacionalmente funcional. Por lo tanto, el enemigo debe ser apartado de la sociedad, a fin de garantizar la seguridad de las personas y debe ser tratado como sujeto de no derechos.

Es por ello que, Jakobs opone la noción de enemigo a la de ciudadano que se siente motivado por la norma, aunque puede cometer un desliz -una comunicación defectuosa- en forma de delito. El enemigo es, en cambio, el sujeto que, siendo especialmente peligroso, no presta la garantía mínima socialmente exigible para que pueda ser tratado como “persona en Derecho”, produciendo una inseguridad cognitiva en su comportamiento. Precisamente por manifestar una actitud de especial rebelión contra la norma, el ordenamiento jurídico lo trata como un foco de peligro que ha de combatir específicamente a través de medios más eficaces de aseguramiento para mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema y la vigilancia de la norma²¹⁹.

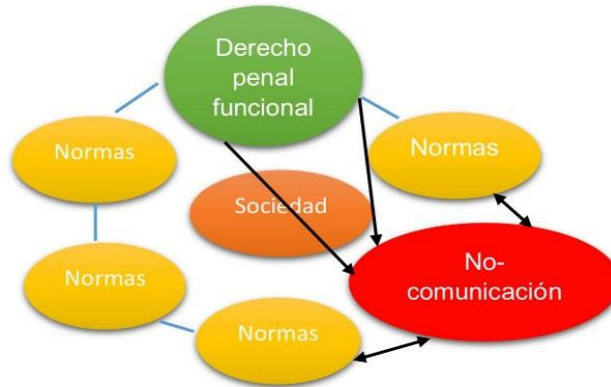
Siguiendo ese orden de ideas, la delincuencia organizada y sus elementos constituyentes son fuentes potenciales de peligro, los cuales deben ser tratados mediante el Derecho penal de excepción (Derecho penal del enemigo), ya que no garantizan, con la ayuda de

²¹⁸ JIMÉNEZ, Francisco. *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*, Comares Ediciones, España, 2015, p. 28.

²¹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, pp. 44.

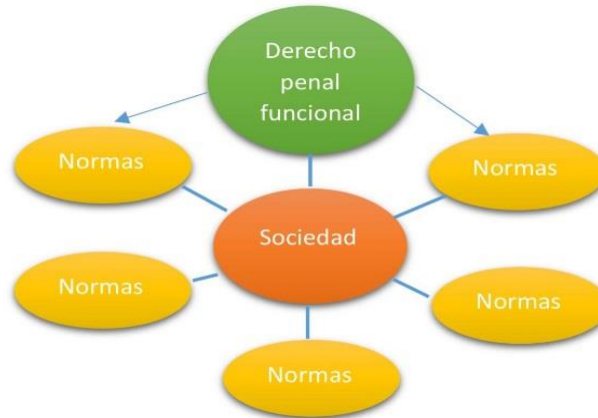
la mínima seguridad cognitiva, el mantenimiento de la vigencia de la norma que rige la vida social. Los enemigos de la sociedad son, entonces, no-comunicaciones organizadas que tienen por finalidad perpetuar un sinnúmero de delitos a costa del bienestar y seguridad de las personas que interactúan en la sociedad.

Gráfico 2. El Derecho penal funcional frente a la contradicción de la normatividad social



Fuente: Elaboración propia.

Gráfico 3. El Derecho penal funcional: la no-comunicación y la identidad normativa de la sociedad



Fuente: Elaboración propia.

Estos gráficos permiten ejemplificar de mejor forma que el Derecho penal contradice las normas suscritas en la sociedad (de índole social), no obstante, a su vez reivindica que el Derecho penal realiza prestaciones funcionales a la sociedad para unificarla como un todo comunicacionalmente interconectado y capaz de regenerarse a sí misma continuamente, haciendo frente, por supuesto, a las no-comunicaciones con las penas impuestas a los

comportamientos desalineados con la norma jurídica. Desde la perspectiva de Günther Jakobs (2000) ¿por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad (del mismo modo que la de las personas o incluso de sujetos) tiene lugar a través de normas ²²⁰.

El cúmulo de comunicaciones albergadas en el sistema social tienen que ser forzosamente efectivas, porque su expresión se materializa en el reconocimiento de los otros (personas), tanto en cuanto son similares a mí en la posición de persona y no enemigos, porque sólo así se logra el equilibrio en la sociedad. De quebrantar el sentido comunicativo del *mundo del sentido*²²¹ los elementos comunicacionalmente funcionales (las personas) reprocharán el actuar atroz de la no-comunicación, tipificándolo como enemigo y será apartado inmediatamente de la sociedad. En tanto, el enemigo podría describirse a partir de los siguientes postulados:

- I. Es una categoría científico-descriptiva, fruto de una observación racionalmente fundada de una realidad ya existente, (entonces, el Derecho penal del enemigo no es una teoría política, religiosa, económica y mucho menos biológica para identificar al religioso, a la contraposición política e ideológica o al extranjero como “enemigo”, sino una descripción de lo que se presenta en la realidad social, toda vez que se espera que las personas que interactúan en la sociedad no fragmenten las expectativas sociales -las normas- para ser tratadas como personas de Derecho)²²² a la que sirve de referencia;
- II. Es un concepto normativo, en tanto que únicamente puede ser enemigo quien se opone frontalmente al concepto de norma (el enemigo presenta el mayor grado de oposición a la norma), de manera que sin *tertium comparationis* de la norma jurídica no se puede definir quien sea o no enemigo;
- III. Es relativo, porque se refiere a una situación concreta y no tiene alcance ni sentido absoluto: abarca únicamente una faceta de la personalidad del sujeto;
- IV. Es protestativo, en tanto en cuanto que el enemigo dispone siempre de la posibilidad de abandonar su estatus, y además a través de una solución precisa, la de adecuar su comportamiento a la norma y prestar suficiente garantía cognitiva para ser tratado como persona fiel al Derecho;

²²⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona ... op. cit.*, p. 25.

²²¹ Concepto propuesto por el autor, con el cual hace referencia a la sociedad.

²²² Paréntesis del autor.

- V. Es puntual porque no se es siempre enemigo –ni tampoco persona- sino únicamente en aquellos casos en los que el sujeto no preste la mínima seguridad cognitiva de acatamiento de la norma y, además, en la medida en que no la preste; y,
- VI. Es proporcional, porque en el tratamiento del enemigo no todo está permitido: no pueden sobrepasarse las barreras de lo estrictamente necesario en el Estado de Derecho²²³.

Siguiendo la lógica del funcionalismo normativo de Günther Jakobs, el enemigo es ese sujeto que ha abandonado su estatus de persona, a consecuencia de no cumplir con el rol que la sociedad le ha asignado para desempeñarlo en la dinámica social; en otras palabras, el Derecho penal del enemigo se interesa en que las personas cumplan en su totalidad la ley (roles y expectativas sociales, respectivamente), porque no está en discusión y/o negociación el cumplimiento de los instrumentos normativos que regulan la configuración del sistema social, puesto que de no hacerlo habrá reproche por las personas hacia esas conductas antijurídicas, haciéndolas acreedoras a sanciones altamente punibles (restrictivas al ejercicio de los derechos humanos).

En palabras del profesor Günther Jakobs (2009):

El Derecho penal del enemigo es un Derecho de la excepción y ha de ser definido de esa manera para evitar confusiones con el Derecho penal del ciudadano. El hecho de que deba ser necesario un Derecho penal del enemigo depende del contorno del Estado de Derecho, esto es, también de sus enemigos²²⁴.

Así, la delincuencia organizada es un conglomerado de no-comunicaciones antijurídicas; enemigos, porque el simple hecho de su existencia como organización criminal ya representa en sí una fuente potencialmente peligrosa que puede poner en riesgo el equilibrio de la dinámica social, a partir de la serie de delitos que comenten como son el tráfico de drogas o estupefacientes, trata de personas y venta de órganos, corrupción, tráfico de armas, terrorismo, delincuencia organizada, evasión fiscal, secuestro, extorsión, fraude, entre otros.

De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la multiplicidad de las redes de criminalidad en México ha cobrado con la vida de al menos 35, 625 homicidios (de los que se tiene registro); un total de 28 homicidios

²²³ POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, pp. 48-49.

²²⁴ JAKOBS, Günther, y POLAINO-ORTS, Miguel. *Terrorismo y Estado de derecho*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2009, p. 49.

por cada 10, 000 habitantes en el territorio nacional²²⁵. Por su parte, el Índice de la Paz México 2022, del Instituto para la Economía y la Paz, relativo a su investigación intitulada *Identificación y mediación de los factores que impulsan la paz*, indica que a partir del 2015 los crímenes por parte de la delincuencia organizada fueron en incremento en un 48.1%, sin embargo, no fue sino hasta el 2020 en el que hubo una baja en los delitos hasta en un 7.1%; porcentajes relacionados con los delitos de narcomenudeo, extorsión, delito, secuestro y trata de personas, respectivamente, tal y como se ejemplifica en la siguiente gráfica elaborada por el Instituto para la Economía y la Paz, con base en los datos proporcionados por Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP).

Gráfico 4. Cambios indexados en los crímenes de la delincuencia organizada, 2015-2021.



Fuente: SESNSP, realizado por el IEP.

Estos delitos cometidos por la delincuencia organizada en México son focos de alarma que significan que las personas en sociedad se encuentran en peligro y, por lo tanto, la actuación del Estado debe ser efectiva para combatir, mediante el derecho de guerra, a sus enemigos, porque la protección de las y los ciudadanos es el pilar fundamental de un Estado democrático de derecho, de no ser así, el Estado es cómplice y corrupto.

[...] a los miembros y colaboradores externos del sistema de injusto (organización criminal) se les hace ciertamente responsables por su propia actuación, que consiste en pertenecer a la organización criminal, esto es, no sólo en hacer suya la filosofía de esta sino en hacerse parte integrante (constitutiva) de dicha organización criminal, la cual únicamente puede existir, en tal configuración, con el aporte propio (pertenencia) de cada uno de sus miembros²²⁶.

²²⁵ Comunicado de Prensa, Número 376/22 (26 de julio, 2022).

²²⁶ JAKOBS, Günther y POLAINO-ORTS, Miguel. *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2013, p. 127.

Es precisamente esa situación la que invita a reflexionar sobre la operatividad del Derecho penal del enemigo en México, en tanto que las formas de actuación por parte de las autoridades encargadas del sistema de impartición de justicia, a través del sistema administrativo del Estado mexicano, han dejado mucho que desear respecto de la justicia efectiva para las y los mexicanos. Entonces, la nula actuación, por parte de las autoridades como se evidencia con las estadísticas anteriormente referidas, indica no sólo la fragilidad del poder del Estado mexicano para confrontar a los grupos de poder delincuenciales, sino también el deterioro del Estado de derecho en un ambiente en el que han imperado niveles de violencia exacerbada e impunidad; las que violentan sistemáticamente los derechos humanos de las personas.

IV. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICO-PENAL MEXICANA

El derecho penal del enemigo, también llamado derecho penal de excepción o de guerra, en México no es una ficción, ni mucho menos una teoría aspiracional o de índole religiosa, es una realidad que se encuentra contenida en los instrumentos normativos mexicanos y convencionales de los que el Estado forma parte. Empero, es oportuno resaltar algunos momentos históricos (coyunturales) que permitirán comprender, de mejor manera, el derecho penal de excepción en el derecho interno mexicano, a efecto de identificar la complejidad sistemática en la que se encuentran interconectadas las normas jurídicas que le hacen la guerra al enemigo, cuya finalidad consiste en garantizar el Estado democrático de derecho, a partir de la protección de las personas con la exclusión del sujeto potencialmente peligroso.

a) Reforma constitucional del 18 de junio de 2008

Esta reforma ha sido la que hasta nuestros días rige el sistema penal en México. Su mantenimiento yace respaldado a nivel constitucional tras la modificación a nueve artículos que integran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre los cuales pueden resaltarse los siguientes: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 (fracciones XXI y XXIII), 115 (fracción XIII, del apartado B).

La reforma en materia de justicia penal y seguridad pública, como cualquier otra, representa aspectos tanto positivos como negativos por parte del gremio jurídico (aunque

esto no significa que todos) y, a su vez, un enorme desafío (desde una perspectiva crítica mediante análisis realizados, principalmente por las ciencias sociales), ya que imposibilita la universalidad de los derechos humanos a partir de dos figuras claves que fueron implementadas con la reforma antedicha: el arraigo y la extinción de dominio.

En relación con esto, la reforma del 18 de junio de 2008, además de opugnar los preceptos en materia de derechos humanos a rango internacional y nacional, también abrió la puerta a la prisión preventiva oficiosa, con el objetivo de reparar el daño cometido dolosamente por parte del infractor a la(s) víctima(s) del delito.

La reforma de 2008 no sólo ajustó el régimen de la prisión preventiva (artículo 19), sino también removió del orden constitucional, la libertad provisional mediante la caución (artículo 20); esta garantía el acusado, significaba el contrapeso de la prisión preventiva y era congruente con el principio de presunción de inocencia. Una reforma posterior, publicada el 12 de abril de 2019, continuó el perfil represivo, incrementó en nueve el número de supuestos por los cuales el juez puede ordenar la prisión preventiva oficiosa²²⁷.

A grandes rasgos, la reforma constitucional de justicia penal y seguridad pública puede resumirse en los siguientes puntos:

- I. Al ser una nueva reforma implicó no sólo cambios estructurales, de conformidad con el sistema de impartición de justicia penal que se venía dictando en México, sino también un enorme desafío en cuanto a la capacitación de las y los servidores públicos encargados de la impartición de justicia, a través del sistema de instituciones encargadas en la materia del Estado mexicano;
- II. Se constituyó como un parteaguas en el sistema jurídico-penal en el país, en la medida que se rompe con los mecanismos del sistema penal adquisitivo, a efecto de abrir el camino a un sistema penal de índole acusatorio y oral;
- III. Este sistema de justicia penal y seguridad pública logró la homologación de trabajo entre diferentes autoridades: los ministerios públicos y el órgano policial federal (policía pública), para perseguir, sancionar y castigar los delitos cometidos por los infractores de la norma jurídico-penal;

²²⁷ DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas. Reformas constitucionales en materia penal (1993-2008), 2022. En Martín Del Campo M., Zepeda, G. y Salazar, P. (Coords), *Aportes de Sergio García Ramírez al Derecho Penal, vol. I*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Colegio de Jalisco, México, 2022, p. 125.

- IV. Los principios, a través de los cuales se cimentó el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral son la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Cada uno de estos consistieron en lo siguiente:
- a. *Concentración*: El juicio de forma oral no puede ser suspendido, sino debe haber continuidad para validar los alegatos y los datos de prueba, a efecto de que se pueda dictaminar la sentencia;
 - b. *Continuidad*: El juicio oral tiene que ser sucesivo, desde el inicio hasta el final, para que los alegatos y los datos de prueba puedan ser deliberados;
 - c. *Contradicción*: Durante el desarrollo del interrogatorio, las partes tienen el derecho de intervenir, a partir de procesos estratégicos, para contradecir los argumentos presentados entre las partes;
 - d. *Inmediación*: Durante el proceso penal, y una vez exteriorizados los alegatos y medios de prueba, las partes tienen que estar presentes ante la resolución judicial; y,
 - e. *Publicidad*: Consiste en que los procesos de impartición de justicia se lleven a cabo en público, de tal suerte que las personas asistentes puedan testificar los excesos del poder para evitar impunidad.
- V. Finalmente, al ser una reforma nueva el paradigma del derecho penal cambia por completo, porque los juicios orales se llevan a cabo de forma oral y, salvo algunos casos excepcionales, de manera escrita, con el propósito de identificar las contradicciones -en caso de haberlas- entre las partes, de tal suerte que se pueden dictar sentencias.

b) Reforma constitucional del 10 de junio de 2011

En México, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 es un parteaguas que marcó, nuevamente, un cambio significativo en la historia del Estado mexicano, además que reconfiguró el paradigma del derecho. Con tal reforma, hasta ahora vigente en el país, las y los ciudadanos pueden gozar plenamente de los derechos humanos y las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en conjunto con los reconocidos a nivel convencional, a causa de los Tratados Internacionales de los que el Estado forma parte.

No obstante, a pesar de esta abertura significativa, también, los derechos humanos pueden restringirse bajo los propios criterios que establece la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos; dicho con otras palabras, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 hace la apertura y, a su vez, indica la condicionante de restricción al ejercicio de los derechos humanos en México. Para ejemplo de ello, aludimos al artículo 1 constitucional, que al pie de la letra señala puntualmente lo siguiente:

Artículo 1

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece;

[...]

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; y,

[...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El propio artículo 1 constitucional el que, como bien se afirmó líneas arriba, hace la apertura al goce y disfrute de los derechos humanos y las garantías en el derecho interno y de los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte y, al mismo tiempo, los condiciona porque pueden restringirse en la medida que las actuaciones dolosas y contrarias a derecho de las personas, no sólo transgredan las normas jurídicas impidiendo el cumplimiento de las expectativas sociales, sino que también estas infracciones cometidas con el actuar doloso o no representativo de la mínima seguridad cognitiva para mantener la vigencia de la norma (no-comunicativo), laceran y obstaculizan rotundamente la funcionalidad sistémica de este ente vivo y dinámico llamado sociedad.

La imputación penal, además de ser imputación personal y normativa, es también una imputación social, y no sólo porque la imputación sea una forma de restablecimiento social ante el quebrantamiento de un rol y ante la infracción de un deber, sino porque la imputación presupone siempre la defraudación de expectativas sociales²²⁸.

La permeabilidad del derecho internacional en la realidad mexicana es un hecho, porque fue hasta el 16 de diciembre de 1998 que México reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (organismo internacional encargado de proteger

²²⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2016, p. 241.

los derechos humanos en la zona de las Américas), y adoptó los siguientes principios en materia penal estrechamente relacionados con el principio *pro persona* a rango constitucional, en beneficio de las personas que se encuentran atravesando por un proceso de esta índole:

- a. *Garantía de audiencia, irretroactividad de la ley y formalidades esenciales en el proceso penal*: Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- b. *Debido proceso, fundamento y motivación*: Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- c. *Prohibición de intervención de las comunicaciones privadas*: Artículo 16, párrafo XIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- d. *Prisión preventiva de carácter excepcional*: Artículo 19, párrafo II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- e. *Prescripción de la acción penal y suspensión del proceso*: Artículo 19, párrafo XI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- f. *Valoración de la prueba (sólo las que han sido desahogadas en la audiencia de juicio)*: Artículo 20, apartado A, fracción III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- g. *Valoración de la carga de la prueba correspondiente a la parte acusadora*: Artículo 20, apartado A, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- h. *Presunción de inocencia*: Artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y,
- i. *Derecho a una defensa adecuada*: Artículo 20, apartado B, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estos artículos referidos, demuestran que el Estado mexicano ha adoptado los principios en materia penal propuestos por el derecho internacional en el derecho interno, a fin de fortalecer los cimientos en que descansa el Estado democrático de derecho con la más amplia protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en un proceso penal. Sin embargo, es oportuno resaltar que los principios anteriormente referidos son, en realidad, mecanismos normativos que figuran como contrapeso al poder punitivo del Estado para la acreditación de la responsabilidad penal.

Aunque, si se mira desde la óptica del funcionalismo normativo del profesor alemán, Günther Jakobs, los principios impregnados de derecho penal garantista obstaculizan totalmente la guerra al enemigo; es decir, impiden la confrontación desde el poder punitivo del Estado *-Ius Puniendi-* a todos aquellos sujetos potencialmente peligrosos al respetarles sus derechos humanos pese a las infracciones cometidas a la sociedad. Porque los actuares dolosos o que no representan la mínima seguridad cognitiva, no sólo fragmentan la norma jurídica y el sentido comunicativo de la sociedad, también desequilibran y ponen en riesgo la funcionalidad sistemática y comunicativa del sistema social.

La lucha no tiene lugar en la práctica, sin regla alguna, sino que el Estado se dota a sí mismo y dota a los funcionarios ejecutores de reglas delimitadoras de la lucha. Por ello, se trata internamente de Derecho penal del enemigo, de manera que los enemigos resultan jurídicamente excluidos o, de manera más precisa, se autoexcluyen. A pesar de eso, el Derecho penal del enemigo es una creación peligrosa, pero precisamente por eso debe ser definido y calificado como Derecho de excepción [...] Difícilmente puede imaginarse que un Estado pueda renunciar completamente a un Derecho de excepción, esto es, al Derecho penal del enemigo. Porque un Estado de Derecho es también algo más que un mero pensamiento: es un ordenamiento real en la medida que se garantiza la vigencia del Derecho, lo que significa que dirige la orientación social determinante²²⁹.

Es por ello, que el cambio de paradigma en el derecho con la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, si bien enaltece el goce y disfrute de los derechos humanos bajo la perspectiva del principio *pro persona*, paralelamente se implementan nuevos principios que invitan a la reflexión y el análisis respecto de su operatividad en los marcos legales, debido a que están constituidos por el Derecho penal del enemigo. Los principios de los que se hace referencia son los siguientes que se exponen detalladamente en la siguiente tabla:

²²⁹ JAKOBS, Günther, Y POLAINO-ORTS, Miguel. *Criminalidad organizada... op. cit.*, pp. 28-29.

Tabla 2. Principios internacionales en materia penal reconocidos constitucionalmente por el Estado mexicano

Principios del derecho penal del enemigo	Ley	Artículo y fracción
Beneficios a cambio de información	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 20, Apartado B, Fracción III, Párrafo II. Artículo 35.
Decomiso de bienes sin existencia alguna de sentencia penal ejecutoria	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículos 22. Artículo 30.
Eliminación de beneficios penitenciarios	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 18, Párrafos XIII y IX. Artículos 42 y 43.
Eliminación del secreto bancario	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Código Penal Federal.	Artículos 9 y 10. Artículo 400 Bis.
Extraterritorialidad de la aplicación de la norma penal	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Código Penal Federal.	Artículo 19, Párrafo VI. Artículo 400 Bis.
Imputación anticipada	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 2.
Intervención de comunicaciones privadas	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 16, Párrafo XIII. Artículos 17, 19 y 21.
Prescripción prolongada	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 19, Párrafo IV. Artículos 5 y 6.
Privación de la libertad por sospecha	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Código Federal de Procedimientos Penales.	Artículo 16. Artículo 286.
Reclusión en prisiones de máxima seguridad	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículo 18, Párrafo IX. Artículos 42 y 43.
Reversión de la carga de la prueba	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Código Penal Federal.	Artículo 20, Apartado B, Fracción V, Párrafo II. Artículo 400 Bis, Párrafo VI.



Técnicas de investigación	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Artículo 21.
	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículos 9 y 10.
	Código Penal Federal.	Artículo 400 Bis.
Testigos protegidos	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Artículo 20, Apartado B, Fracción V, Párrafo II.
	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.	Artículos 14 y 34.

Fuente: Elaboración propia.

Aunado a los anteriores principios del Derecho penal del enemigo en el contexto mexicano, la restricción al ejercicio de los derechos humanos, en consecuencia, es una realidad en tal jurisdicción porque la operacionalización de las arquitecturas normativas jurídico-penales del derecho interno, actúan en conjunto con las normas del derecho internacional que posibilitan la restricción de los derechos humanos en el Estado mexicano, toda vez que ante las infracciones (delitos) cometidas por sujetos que representan altos niveles de peligrosidad, se impide que se lleve a cabo la concreción de las expectativas sociales conforme a lo que dictan los ordenamientos jurídicos que regulan el entramado social.

La exclusión del enemigo es, como apunta Jakobs, siempre una autoexclusión: es el propio delincuente el que, en ejercicio de su libertad de actuación, decide dejar de brindar la seguridad cognitiva que se espera de todo ciudadano. El enemigo se autoexcluye potestativa y voluntariamente de su estatus de ciudadano y lo hace no sólo porque no brinda seguridad sino brinda lo contrario: inseguridad que desestabiliza la sociedad²³⁰.

Asimismo, frente a la transgresión de la norma jurídica el tratamiento que ameritan los criminales es de derecho de excepción; en otras palabras, de Derecho penal del enemigo para relativizarles sus derechos humanos y apartarlos automáticamente de la sociedad en beneficio de las personas que sí efectuaron su comportamiento a la norma jurídica; porque el respeto y la fidelidad a los marcos legales, es la única vía que permite a los sujetos sociales posicionarse en el estatus de personas y no individuos, ya que son portadoras de elementos comunicacionales y, a su vez, manifiestan ser capaces de poseer la mínima seguridad cognitiva para dar continuidad al sentido comunicativo de la sociedad y al mantenimiento de la vigencia de la norma.

²³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. *El derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*. Flores Editor y Distribuidor, México, 2019, p. 125.

La restricción de los derechos humanos en México, puede llevarse a cabo a partir de la relación sistemática y cibernética de los ordenamientos jurídicos que se mencionan en la siguiente tabla:

Tabla 3. Principios del derecho de excepción en los marcos normativos mexicanos

Derecho penal del enemigo	Ley, Sentencia, Jurisprudencia y Opinión Consultiva	Artículo, Fracción, Número	Institución
1	Sentencia	293/2011	Suprema Corte de Justicia de la Nación
2	Jurisprudencia	2006224	Suprema Corte de Justicia de la Nación
3	Artículo	30	Convención Americana de Derechos Humanos
4	Opinión Consultiva	06/86	Corte Interamericana de Derechos Humanos
5	Artículo	1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
6	Artículo	29	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
7	Artículo	94, Fracción X	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
8	Artículo	217, Fracción I	Ley de Amparo

Fuente: Elaboración propia.

En consecuencia, la restricción al ejercicio de los derechos humanos en México -si bien es inconvencional, porque en realidad lo es-, también hay que resaltar que es viable y es un mecanismo efectivo con que cuenta el Estado mexicano para hacer frente a los peligros sociales y los riesgos que se experimentan en un contexto en donde la violencia, por parte de los miembros de la delincuencia organizada, han cobrado con la vida de miles de personas -entre ellas inocentes- para perpetuar una serie de delitos que afectan directamente a las personas que viven e interactúan recíprocamente en la sociedad.

De no confrontar a las fuentes de peligro -sujetos potencialmente peligrosos- por conducto de los mecanismos normativos con los que cuenta el Estado mexicano para restringirles los derechos humanos y hacerles la guerra a los infractores (sujetos sociales peligrosos), el propio Estado mexicano se convertiría en corrupto y cómplice de las atrocidades cometidas en perjuicio de la sociedad; en primer lugar, porque protegería a

las fuentes de peligro y, en segundo lugar, porque no se garantizaría en lo más mínimo la seguridad y protección total de las y los ciudadanos mexicanos.

Esta situación, también, invita a reflexionar respecto a lo siguiente: si en México se vive en un Estado democrático de derecho -porque se vela por la protección de las personas y sus derechos humanos- o en un Estado regido por los grupos de poder delincuenciales que han suprimido, hasta la singularidad, al Estado y sus instituciones encargadas del sistema de impartición de justicia, para seguir llevando a cabo actos que transgreden normas jurídicas y, por ende, a las personas que integran a la sociedad.

V. CONCLUSIONES

Tal y como se ha podido comprobar, la construcción de las restricciones al ejercicio de los derechos humanos en el Estado mexicano, a todos aquellos sujetos sociales potencialmente peligrosos (miembros de la delincuencia organizada que delinquen a costa del bienestar de las personas), es una realidad que puede concretarse a partir de la sistematicidad de las normas jurídicas -en su mayoría del ámbito penal-, porque el Derecho no puede concebirse a partir del paradigma positivo, ya que es sistemático y cibernético para ser operativamente funcional en la sociedad.

Siguiendo ese orden de ideas, fue gracias a las reformas constitucionales en materia de acceso a la justicia y sistema penal acusatorio (2008) y la de derechos humanos (2011), que el derecho permite el goce y disfrute de los derechos humanos reconocidos en el derecho interno y convencional de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado mexicano. No obstante, la amplitud relativa al principio *pro persona* también yace en la dualidad de restringir los principios en materia penal reconocidos por los organismos internacionales, en virtud de que en México prevalece la supremacía constitucional.

Finalmente, esta situación permite que la restricción al ejercicio de los derechos humanos pueda materializarse en el ámbito de la competencia en materia penal, bajo la argumentación de salvaguardar la integridad del Estado o la tutela jurídica mayor, puesto que, dentro de la praxis jurídica la convencionalidad del derecho se supedita a lo dictado por la norma suprema en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO, Isidro. *El delito de blanqueo de capitales*. España, Pamplona: Editorial Arazadi, 2012.
- DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas. Reformas constitucionales en materia penal (1993-2008), 2022. En Martín Del Campo M., Zepeda, G. y Salazar, P. (Coords), Aportes de Sergio García Ramírez al Derecho Penal, vol. I. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Colegio de Jalisco, 2022.
- INTERPOL. La lucha contra el blanqueo de capitales está inextricablemente ligada a las investigaciones sobre los delitos conexos. *Blanqueo de capitales*, 2023, Recuperado a partir de: bit.ly/3qMh17L.
- JAKOBS, Günther, Y POLAINO-ORTS, Miguel. *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el derecho penal*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- JAKOBS, Günther, Y POLAINO-ORTS, Miguel. *Terrorismo y Estado de derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. España, Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. España, Madrid: Cuadernos Civitas, 2000.
- JIMÉNEZ, Francisco. *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho internacional global*. España: Comares Ediciones, 2015.
- LAMAS, Gerardo. *Ciberdelitos, bitcoins y lavado de dinero*. Perú, Lima: Editorial Grijley, 2019.
- MORALES, Annel. *Gobierno de México*. Obtenido de Comisión Nacional Bancaria y de Valores, 2019. Recuperado de: bit.ly/3sodmgt.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *El derecho penal del enemigo ante el Estado de derecho*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2019.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2016.
- PRADO, Víctor. El lavado de dinero y la financiación del terrorismo, 2007. En Lamas, Gerardo, *Ciberdelitos, bitcoins y lavado de dinero*, Editorial Grijley, Perú, Lima, p. 53.





JUS REVISTA JURÍDICA

Te invitamos a suscribirte a nuestro canal de youtube:
<https://www.youtube.com/@derechoyactualidad>

También síguenos en Twitter (X)
www.twitter.com/JusRevista
[@JusRevista](https://twitter.com/JusRevista)



Universidad Autónoma de Sinaloa

CUERPO ACADÉMICO DERECHO CONSTITUCIONAL
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN