

MÉXICO PENDIENTE

**ESTUDIOS SOBRE ÉTICA,
JUSTICIA Y DESARROLLO**

**DIEGO ALFREDO PÉREZ RIVAS Y
VIRGINIA LOPEZ TORRES
(COORDINADORES)**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA

MÉXICO PENDIENTE

**ESTUDIOS SOBRE ÉTICA, JUSTICIA
Y DESARROLLO**

**DIEGO ALFREDO PÉREZ RIVAS Y VIRGINIA
LOPEZ TORRES (C**



ISBN-13: 978-84-17583-71-2

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA

México pendiente: estudios sobre ética, justicia y desarrollo

Diego Alfredo Pérez Rivas
Virginia Gpe. López Torres
Ramón Moreno Moreno
(coordinadores)

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA
CALIFORNIA**
Verano, 2019

INDICE

Presentación...4

1. *México: el triunfo de la corrupción y sus consecuencias sociales*. Edgar Omar Espinal Betanzo...9
2. *La participación en el proceso de las decisiones públicas: diferencia y representación, las dimensiones éticas del Estado liberal*. Jesús Rivero Casas...28
3. *Ética y Competitividad Democrática en las Elección a la Presidencia de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2018*. David Torres ...44
4. *El mobbing (acoso laboral): Una aproximación a los riesgos jurídicos desde la cultura organizacional*. Greteel Denevola Barragán Torres y Diego Alfredo Pérez Rivas...59
5. *Outsourcing, evolución histórica y una aproximación en el derecho comparado*. Francisca Patricia Ruiz Robles y Diego Alfredo Pérez Rivas...94
6. *La reinserción social como Derecho Humano en México*. Roberto Rodríguez Castañeda y Ana Luna Serrano...130
7. *La gobernabilidad democrática de Camou en Latinoamérica: Algunas medidas para lograrla*. Miguel Ángel Gutiérrez Chávez...178
8. *Memoria digital social: seguridad vs privacidad*. Diego Alfredo Pérez Rivas, Virginia Guadalupe López Torres y Ramón Moreno...198

PRESENTACIÓN

Los coordinadores del presente volumen, se han impuesto la misión de reunir los trabajos de distinguidos colaboradores de las más diversas áreas de estudio (ciencias políticas, economía, derecho, filosofía, ciencias administrativas y políticas públicas). La finalidad de un compendio de esta naturaleza consiste en ofrecer al lector un texto multidisciplinario en el que se aborden temas actuales relacionados con la ética, la justicia y el desarrollo. A esto podemos agregar que los estudios reunidos en este libro pueden ser considerados como la síntesis de distintos esfuerzos de investigación realizados por científicos mexicanos ubicados en los más distintos rincones del país y del mundo. El resultado de todos esos esfuerzos lo tiene el lector frente a sus ojos.

En su texto *México: el triunfo de la corrupción y sus consecuencias sociales*, el Dr. Espinal Betanzo realiza una reconstrucción acerca de las cifras con las que se cuentan actualmente para medir el impacto de la corrupción en las instituciones públicas. Al mismo tiempo, el autor presenta evidencia de la penetración de acciones indeseables en los mecanismos de representación y en los procesos de la administración pública, al mostrar las estadísticas que revelan los altos niveles de desconfianza de los ciudadanos respecto a la clase política. En este ensayo se exploran con especial atención las posibles causas y consecuencias de este tipo de prácticas, poniendo un claro énfasis en la forma en la que evolucionan con el uso de las nuevas tecnologías. La

interpretación que ofrece Espinal Betanzo parte de la consideración de que solamente han existido reformas estéticas que no resuelven el problema de fondo.

En el segundo apartado el Mtro. Jesús Rivera presenta su ensayo *La participación en el proceso de las decisiones públicas: diferencia y representación, las dimensiones éticas del Estado liberal*. El estudio del autor consiste en confrontar algunos presupuestos teóricos de las tesis del liberalismo canónico de Rawls. La contribución de Rivera recupera las aportaciones de Charles Taylor, Iris Marion Young y Nancy Fraser con la finalidad de incorporar el tema de la participación de los grupos sujetos de derechos diferenciados en la esfera de la toma de decisiones, asumiendo que esto puede otorgar una dimensión ética al Estado Liberal.

La tercera contribución del presente volumen corre a cargo del Mtro. David Torres Yañez con su texto *Ética y Competitividad Democrática en las Elección a la presidencia de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2018*. El autor realiza una reflexión respecto a la competitividad democrática basándose en el estudio clásico de Joseph Schumpeter, para el cual los partidos (oferentes) ofrecen productos (candidatos y programas de gobierno) a los consumidores (votantes). A través de instrumentos propios de la reflexión filosófica Torres Yañez inquiriere en la problemática relación (o conflicto) entre la maximización de los intereses políticos y la ética pública.

En cuarto lugar, Greteel Barragán Torres y Diego Rivas presentan un ensayo titulado *El mobbing (acoso laboral): una aproximación a los riesgos jurídicos desde la cultura organizacional*. En el trabajo se realiza una interesante exploración de las diferentes formas en las que ha sido catalogado el fenómeno de “acoso laboral”, tomando en consideración las diferentes áreas de estudio. La visión de los autores parte de la premisa de que dicho fenómeno, cada vez más presente y visible en las sociedades contemporáneas, lesiona derechos humanos fundamentales como la libertad de expresión, la igualdad, la no discriminación y el trabajo digno. Entre los aspectos que los autores se interesan en repasar se encuentran: los tipos de mobbing, los sujetos, el perfil psicológico del acosador y de la víctima, una caracterización de las organizaciones que favorecen este tipo de prácticas, así como las consecuencias individuales y organizacionales. Finalmente los autores se preocuparon en ofrecer una sucinta contextualización del mobbing en el ámbito internacional, para después profundizar en la situación actual del fenómeno en México.

Posteriormente Patricia Ruiz y Diego Rivas presentan un trabajo titulado *Outsourcing, evolución histórica y una aproximación en el derecho comparado*. En este ensayo los autores se encargan, primero, de reflexionar sobre los distintos significados del término en diferentes lenguas y disciplinas. En segundo lugar, se realiza un recuento histórico acerca del surgimiento y la evolución de dicha práctica a nivel mundial. Finalmente, en el ensayo se propone una postura crítica a dicha práctica, situándola en el marco del derecho internacional comparado. Los autores se preocupan en señalar que

dicho fenómeno ha alterado profundamente la administración, pero también ha abierto nuevos debates en el área jurídica en la que se deben discutir con especial atención su regulación.

El sexto ensayo del presente volumen corre a cargo del Lic. Roberto Rodríguez y la Dra. Ana Luna, quienes exploran el tema de La reinserción social como derecho humano. Realizando una revisión de los derechos humanos en general y de su fundamentación en particular buscan responder a la pregunta ¿la reinserción social puede considerarse un derecho humano? Preocupados por dar respuesta a dicha interrogante en el caso mexicano, los autores realizan una interesantísima búsqueda *iusfilosófica* sobre los derechos de un sector de la población tradicionalmente marginado: los convictos y exconvictos.

En séptimo lugar el Mtro. Miguel Angel Gutiérrez Chávez discute el tema de *El concepto de Antonio Camou sobre la gobernabilidad democrática en Latinoamérica*. En este ensayo se revisan los conceptos de gobernabilidad y de ingobernabilidad desde la perspectiva del sociólogo argentino Antonio Camou, así como sus características y algunas claves para su análisis, para mirar algunas temáticas que pueden ayudar en la construcción de mejores gobiernos y sociedades. El pensamiento central es que mediante la aplicación de ciertas herramientas e ideas aplicadas al gobierno tales como; la gestión de redes; la democracia participativa; la gestión pública política e instrumental; y, la transparencia, se pueden lograr avances significativos en las nuevas relaciones

entre sociedad y gobierno que deriven en mejores estados, gobiernos, mercados y, por supuesto, sociedades.

Finalmente, en la última contribución sobre *Memoria digital social: seguridad vs privacidad*, los autores exploran el surgimiento de un nuevo tipo de memoria a través de una exploración de los acontecimientos históricos que han impulsado dichos cambios. Tomando en consideración que con el advenimiento de la computación y con la posterior evolución de las tecnologías digitales, la humanidad ha comenzado una nueva era en la que se pueden registrar todo tipo de hechos, se plantea que esta nueva realidad crea ventanas de oportunidad, pero también de riesgo, para la condición humana. Los autores plantean una serie de reflexiones ético-jurídicas sobre los posibles riesgos para la privacidad en una era en la que la mayor parte de la sociedad entrega sus datos personales a los buscadores y las redes sociales.

El texto que presentamos a los lectores interesados en conocer temas relacionados con la ética, la justicia y el desarrollo en México encontrarán reflexiones estimulantes. Los coordinadores del compendio se han comprometido con el desarrollo de investigaciones científicas, pero también con publicaciones de carácter divulgativo, como es el caso de este libro. En el contexto del compromiso adquirido con el cuerpo académico (o grupo de investigación) **Planeación y Desarrollo** (UABC-CA-100), nuestra principal preocupación ha consistido en promover la discusión de temas de fundamental importancia como la competitividad, la sustentabilidad y el desarrollo regional.

Estamos seguros que *México pendiente: estudios sobre ética, justicia y democracia*, puede constituir un excelente texto introductorio que puede ser útil para estudiantes de licenciatura y posgrado. En los diferentes ensayos se presentan interesantes sendas para explorar temas como la corrupción, la crisis de representatividad, la competitividad democrática, el *mobbing*, el *outsourcing*, la reinserción social, la gobernabilidad y hasta la memoria digital social.

Ensenada, Baja California
Verano, 2019

1. México: el triunfo de la corrupción y sus consecuencias sociales

Edgar Espinal Betanzo¹

a) El contexto de la corrupción en México

Según *Transparencia Internacional* (TI) (2016: 2), en su informe del año 2016, México ocupó el lugar número 123 en el índice de percepción de la corrupción de entre 176 países evaluados a nivel mundial. Sin embargo, en el continente su posición no es nada alentadora, al contrario, pues es uno de los países más corruptos, incluso países como Bolivia, Guyana o Trinidad y Tobago ocupan mejores sitios, a pesar de tener economías menos desarrolladas que la mexicana. En ese sentido, es el penúltimo lugar dentro de los países miembros del G20, organismo que agrupa las economías más importantes del mundo (TI, 2016: 3), y el último entre los países miembros de la *Organización de Cooperación y Desarrollo Económico* (OCDE).

Para los mexicanos la gran mayoría de los funcionarios son más o menos corruptos, ejemplo de esto son los representantes de ambas cámaras – diputados y senadores–, pues sólo 4% considera que no lo son. Otro caso es el de la policía en el que 3% de personas evalúa que no tienen ninguna relación con ella.² En su gran mayoría las instituciones públicas no cuentan con una valoración positiva. Al contrario, los datos son alarmantes y manifiestan que este fenómeno se ha normalizado y forma parte del gobierno en todos sus niveles, incluso al grado de institucionalizarse. Es más podríamos aseverar que la corrupción es uno de los grandes motores de México, pues cada año se cometen 5 millones de actos de corrupción, de acuerdo a la *Organización Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad*.

¹ Edgar Espinal Betanzo, Profesor de tiempo completo de la Universidad de Guanajuato.

² Los datos mencionados se pueden verificar en *Índice de Percepción de la Corrupción* y en el *Barómetro Global de la Corrupción* del año 2016, aunque la tendencia en el caso de México es casi la misma año con año.

Son numerosos los estudios e investigaciones en relación a este tema, éstos son fundamentales, ya que nos muestran la gravedad del problema. En el caso de México, los indicadores de *Transparencia Internacional*, demuestran la relación directa entre pobreza y corrupción, así como el uso indiscriminado de caudales y recursos públicos por parte de funcionarios. De igual manera advierte que la corrupción es el principal problema de los gobiernos, pues desde ahí se está fomentando. El aumento de la pobreza y la disminución de la calidad de vida, en contraste con los escándalos y el crecimiento de malas prácticas, comprueban la dimensión del problema. Observan que los países situados en las últimas posiciones de su ranking tienen como característica común el poseer instituciones públicas débiles, escasa gobernabilidad y un sistema judicial deficiente.

Es cierto que en México al igual que en otros países han surgido nuevas leyes, códigos, manuales y entidades encargadas exclusivamente de sancionar y prevenir este tipo de delito, pero ¿qué ha pasado?, ¿por qué sigue presente y en muchos casos ha aumentado? Según *Transparencia Internacional*, el principal motivo es la falta de mecanismos de transparencia, además de causas formales, culturales y materiales³ que siguen alimentado este problema. Dentro de las formales, se localiza la burocracia, que generalmente está basada en un sistema clientelar que carece de un sistema profesional de carrera, los puestos son elegidos por libre designación, amiguismo y cuotas de partido. Para *Transparencia Internacional* no existe exclusivamente una solución, sino son varias las medidas que se deben adoptar para tener resultados, entre éstas se localizan "la creación de un entorno ético", así como un mecanismo de rendición de cuentas. No obstante, México tiene varias de las herramientas recomendadas pero no son eficaces.

Si a los datos mencionados al inicio de este artículo añadimos que, de acuerdo con *Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad* (MCI), existe un

³ Dentro de las formales podemos localizar la falta de ordenación jurídica; en las culturales están la tolerancia social hacia los beneficios de grupos y la ilegalidad ya sea generalizada o reducida que fomentan la corrupción.

nivel de impunidad del 99.5% (2016: 56) la gran mayoría de este tipo de actos, así como el de otro tipo de delitos, quedan impunes. En ese sentido en el país se efectúan 33 090 263 de delitos, de entre los cuales sólo 108 216 recibieron sentencia (MCI, 2016: 56). Sin dejar de lado que México fue considerado uno de los países más violentos del mundo de enero a diciembre del 2017. De hecho, según la *Secretaría de Gobernación* (SEGOB), se cometieron 25,339 homicidios dolosos (2017: 3). Aún hay más, en promedio cada día 35 mujeres son violadas y se secuestra a 5 personas, de éstas últimas el 75% se soluciona con el pago del rescate (SEGOB, 2017: 4).

Como podemos observar las cifras nos muestran un país donde impera la impunidad y donde el Estado de Derecho constantemente es vulnerado. Así, la corrupción es, en cierta forma, una de las causas por el descuido deliberado por tratar de crear instituciones sólidas. Tampoco los partidos políticos han tenido un papel sobresaliente, al contrario, han hecho de la democracia un negocio. Los resultados son evidentes en México, el 88% de la población se encuentra poco o nada satisfecha con ella, esto de acuerdo con el informe *Latinobarometro* del año 2017.

El desencanto de la sociedad es resultado de los numerosos escándalos de corrupción, abuso de poder, negligencia y desfalco de la hacienda pública de los últimos años. Por ejemplo, los casos de los ex gobernadores implicados en delitos de peculado, desvío y malversación de recursos públicos, enriquecimiento ilícito y nexos con narcotráfico; Javier Duarte en el estado de Veracruz, Roberto Borge en Quintana Roo, Cesar Duarte en Chihuahua, Fausto Vallejo en Michoacán, son algunos de los 14 exgobernadores de los últimos 5 años (2012-2017) implicados en algún delito, sin considerar a otros exgobernadores anteriores a este periodo. Asimismo, once dependencias federales, así como altos funcionarios de la actual administración están acusados del desvío millonario de recursos públicos a través de empresas fantasmas. El caso más emblemático es conocido como la “Estafa Maestra”.

Pero no son los únicos ejemplos, en la historia de administración en México las acusaciones e investigaciones abundan y son variadas, empero, la

tendencia es la misma, no se repara el daño cometido y tampoco los implicados tienen las sanciones previstas en la ley, es decir, ha prevalecido la ilegalidad y la impunidad. Según el *Censo de Impartición de Justicia* sólo el 2% de los delitos realizados por funcionarios públicos concluye con sentencia de cárcel. Los puntos antes mencionados son algunas de las causas de la desilusión de la sociedad hacia la democracia, la política, las instituciones y los funcionarios públicos. Además constantemente tienen que lidiar con la corrupción en esferas más pequeñas como la de policías, oficinistas, en la realización de trámites, etc., que al año representa para las familias el 14% de sus ingresos (TM, 2010: 4).

Si nos preguntamos si la corrupción ha aumentado, la respuesta es sí, al menos si lo calculáramos a través de la cobertura en medios, pues se pasó de 502 notas en el año 1996 a 29 505 en el 2014 (MIC, 2016: 5). Sin embargo, desde nuestra percepción la corrupción en México siempre ha estado presente, la diferencia estribaría en el reciente incremento en el estudio y la cobertura que se ha realizado en torno a ella por diferentes actores, entre ellos el académico, la sociedad civil y el periodismo.

Resulta insólito que son las organizaciones civiles y no las instituciones públicas las que están generando resultados en esta materia. Incluso, son los gobiernos los que, en varios casos, han sido un obstáculo en las investigaciones. Por citar algunos ejemplos limitan o impiden la información de modo sistemático. Tampoco se tienen organismos autónomos que vigilen e investiguen este tipo de actividades y los existentes son parciales, pues en muchos casos son designados arbitrariamente con lo que se incurre en conflicto de interés. En este sentido, el *Nuevo Sistema Anticorrupción de México* cuya meta es resolver y prevenir los actos de corrupción es, desde nuestra opinión, un sistema que probablemente fracasará por varios motivos, entre los que vale la pena mencionar que los causantes de la propia corrupción y descomposición en las instituciones –clase política– son al mismo tiempo, los encargados de solucionarla, es decir, son juez y parte. La encuesta realizada por la consultora *Parametria* y citada también en *México anatomía de la corrupción* expresa que un segmento mayoritario de la sociedad –83%–

comparte la misma opinión al considerar que el sistema ayudará poco o nada a solucionar el problema.

b) Algunas causas de la corrupción

Pero, ¿por qué a pesar de tener mecanismos para enfrentar el problema, como un marco normativo o tecnología, no se logra reducir? La respuesta resulta compleja, los pensadores clásicos, entre ellos Plutarco, sabían que las causas eran “por negocio y por afán de lucro”, en el caso de Aristóteles el origen eran las pasiones de los hombres, las cuáles los orillaban a cometer excesos y defectos al grado de la bestialidad. En cierto sentido, los hombres no hemos cambiado, pues nos corrompemos por las mismas causas que en el pasado: la acumulación de bienes materiales, riqueza, poder, estatus social, avaricia, entre otras. El riesgo ocurre cuando sujetos con estos rasgos alcanzan o ya ocupan un puesto público. Al respecto Erasmo de Rotterdam (2008: 154) se planteaba lo siguiente:

No entiendo cómo un hombre, que cree que le apetece le está permitido, que admira las riquezas como algo grande, que piensa que para conquistar el poder puede quebrantar lo prometido, que está dominado por la vanagloria que es esclavo de su torpe intemperancia, que tiene un pánico cerval de la muerte ¿cómo un hombre así va a poder comportarse como monarca bienhechor?

Desde su perspectiva los monarcas –ejemplo que puede extrapolarse a cualquier sujeto que aspire a ocupar un cargo público– deben poseer entre sus principales cualidades el “aborrecer la corrupción” (Rotterdam, 2008: 156) y ser honrado. Afirmación que sigue vigente, pues el riesgo de tener sujetos con estos rasgos dentro de la función pública es riesgoso. De hecho, las consecuencias son evidentes y las hemos nombrado con anterioridad. Delegar la responsabilidad de la actividad pública a sujetos improvisados, faltos de conocimientos, experiencia y sin un perfil ético pone en una situación de vulnerabilidad al gobierno y a la sociedad.

Para Rotterdam: “El timón de una nave se le confía únicamente a quien tiene experiencia en la materia, aunque sólo corran peligro cuatro pasajeros y unas pocas mercancías, pero el Estado, donde tanto miles de hombres están en juego, se lo confiamos a uno cualquiera” (2008: 158). Es cierto, parte de la responsabilidad es compartida y depende de la sociedad, sin embargo, la nula participación y el poco interés por los temas públicos son consecuencia de un sistema sociocultural donde domina la corrupción –consecuencias que indicaremos más adelante–. En este momento debemos señalar que la corrupción siempre ha estado presente en la historia de la humanidad, incluso para Mario Caciagli “La corrupción tampoco tiene historia, es decir evolución, no sólo porque siempre existió sino porque se manifiesta siempre y en todas partes con los mismos rasgos” (1996: 51).

Para nosotros, igual que los pensadores antes nombrados, la búsqueda de riqueza y poder parecen ser los mismos objetivos con patrones diferentes, los cuáles suelen variar dependiendo de las circunstancias. No obstante, los mecanismos usados por la corrupción evolucionan, mutan y se adaptan a la sociedad, a los tiempos y a las nuevas tecnologías, es decir, aprovechan todos los recursos disponibles, sean lícitos o ilícitos. La corrupción no puede ir en contra de los cambios, todo lo contrario, desecha lo habitual cuando ya no le es necesario y lo vuelve a rehusar si las condiciones así lo ameritan. Es anti-tradicional al no aferrarse a un sólo método, pues adopta otros y, de hecho, innova al usar nuevos mecanismos generalmente asociados a las nuevas tecnologías. Podemos decir que es creativa, incluso va por delante de las herramientas institucionales; mientras una investigación de este tipo puede durar años, el dinero desviado del sector público consigue dar la vuelta al mundo –generalmente en paraísos fiscales– varias ocasiones en un día.

El uso de la tecnología es su mejor instrumento, además, se debe reconocer su destreza al utilizarla y tratar de tener las mejores y recientes tecnologías. Así, la percepción generalizada de que el corrupto es un vulgar ladrón dista mucho de la realidad, pues en muchos casos son sujetos preparados académicamente –cuando hablamos de la corrupción política–. Lamentablemente, los delitos de este tipo no son considerados graves a pesar

de los daños que pueden ocasionar. Incluso Rotterdam creía que los hombres que perpetran este tipo de delitos⁴ son más peligrosos que los piratas, “al ser más poderosos, causan un mayor perjuicio para la humanidad” (Rotterdam, 2008: 160). El poder unido a la maldad como señalaba Plutarco agrega vigor a las pasiones “y el mayor peligro está en que el que puede hacer lo que quiere, quiera lo que no debe” (2016: 18).

c) Consecuencias sociales de la corrupción

Es un sistema donde la corrupción se ha normalizado las secuelas son diversas y en algunos casos son imperceptibles para la sociedad porque forman parte de su contexto sociocultural. En este sentido se tienen las condiciones idóneas para su reproducción, es decir, la corrupción genera más corrupción. No podemos pretender que en un ambiente de condiciones desfavorables surjan ciudadanos responsables, solidarios y participativos. Héctor Zagal (1996: 205), menciona de manera acertada que el entorno político determina notablemente el desarrollo de las virtudes individuales:

Dicho de una manera un tanto exagerada: no se puede ser virtuoso perfecto viviendo entre personas libidinosas, borrachos y cobardes. No sólo es cuestión del ejemplo que se recibe o de las “tentaciones” (el término no es aristotélico) a las que un individuo se encontrará sujeto en una comunidad inmoral, es que un individuo nacido en una comunidad cultural viciosa no adquirirá los patrones de comportamiento ético.

Cuando en un gobierno imperaran los vicios, se genera lo que Jean Pierre Dupuy (1999) nombra como el contagio, que no es otra cosa más que la reproducción e imitación de determinadas conductas. En este sentido cuando en un gobierno prevalece la corrupción, la sociedad tiende a reproducir este tipo de conductas por considerarlas normales, la diferencia es que las realiza en su entorno al tratar de obtener algún beneficio. Por ejemplo, en México el robo de energía eléctrica, evadir los impuestos y acciones de este tipo son

⁴ Se refería al caso de los príncipes pero su ejemplo puede valer para otros casos de sujetos que tengan un cargo.

percibidas como habituales. Incluso los sujetos que no tratan de obtener ventajas son tomados por incrédulos. Contrariamente en sociedades donde la corrupción es percibida de manera negativa la honestidad es un esquema recurrente por todos sus miembros, la excepción a la regla sería actuar de forma inversa.

En países donde la corrupción es recurrente en todos los niveles de gobierno y además forma parte de un patrón de comportamientos en la sociedad, tal es el caso de México, los sujetos tenderán a adoptar dichos patrones como propios. De hecho en estas condiciones se tiene un entorno propicio para su transmisión a otras generaciones. México ha heredado lo largo su historia patrones de comportamiento a varias generaciones. Por ejemplo la forma de interacción entre la sociedad y las instituciones públicas y funcionarios estará condicionada por dichos patrones. Para Luis Fernández Ríos, los sujetos, al nacer, están determinados a un contexto y se ven condicionados a adquirir un sistema de valores sociopolíticos que se practican en el sitio donde nace (1999: 20). De esta manera, el individuo asimila la cultura política imperante en el sistema cultural⁵. Reproduce los patrones socioculturales como algo rutinario, por lo que no le resulta sorprendente la corrupción.

La sociedad fomenta y conserva la corrupción hasta legitimarla, es en cierto sentido una construcción social institucionalizada. Sin embargo, el propio Luis Fernández Ríos, considera de forma similar al filósofo Aristóteles que los hombres no nacen corruptos, se hacen en unos determinados contextos sociales: “Los factores condicionantes o determinantes de unas señaladas prácticas corruptas pueden ser muy influyentes, pero siempre o, suponemos (o por los menos necesitamos creerlo), casi siempre pueden ser superadas o

⁵ Aristóteles consideraba que la diferencia entre un régimen bueno de uno malo se da cuando los legisladores hacen buenos ciudadanos ya que esta es una de sus principales actividades. [Ética Nicomáquea 1103b 5.] De tal modo no podemos esperar una sociedad con índices de corrupción escasos cuando los encargados de salvaguardar y crear los mecanismos para que no suceda no lo son y por el contrario las fomentan.

vencidas por la fuerza de voluntad o por los valores propios de las personas” (1999: 152).

Por eso no es extraño que en sociedades como la mexicana se trate de sobornar a un policía o a un funcionario público para agilizar un trámite. Socialmente se espera este tipo de comportamiento. Las partes involucradas son conscientes de cuál es su rol, el cual no es desconocido para ninguno. Es más la memoria colectiva tiene un papel tan preponderante que interviene en los casos donde por primera ocasión se perpetran un acto de corrupción, porque marca las pautas de comportamiento. A pesar de los graves daños ocasionados a la sociedad en México se sigue minimizando su papel. Incluso se ha llegado al absurdo de suponer que la corrupción beneficia a todas las partes involucradas. Y en realidad son grupos reducidos los que no desean perder sus privilegios inmerecidos y por eso las reformas y cualquier esfuerzo institucional no fructifica.

En definitiva, la sociedad fomenta la corrupción hasta transformarla en parte de la cultura y la rutina. Los resultados de dichas prácticas, además de los expuestos a lo largo del artículo, son para Luis Fernández parte de un nivel cognitivo-emocional. Generalmente no se presta atención a éstos, pero las consecuencias a la autoestima y la autosuficiencia están presentes en la sociedad. Las expectativas de éxito colectivo disminuyen al observar el egoísmo, la mala gestión de los recursos, el enriquecimiento de políticos y funcionarios. La desconfianza, el escepticismo impiden alcanzar un acuerdo con la sociedad y los grupos de poder ante los múltiples casos de corrupción.

La corrupción ha inducido a la sociedad a reproducir estas prácticas, sumado a la apatía por tratar de realizar acciones colectivas en contra de la corrupción y cualquier otra política o reforma abusiva impulsada por el gobierno, dan como resultado la destrucción de la solidaridad social. También, a nivel comportamental, disminuyen las conductas positivas a nivel individual y colectivo. Las sensaciones de un mejor futuro a corto, media y largo plazo desaparecen. El conformismo por tratar de cambiar las circunstancias políticas y sociales se apoderan de la sociedad. Aceptan la corrupción como parte de su

vida personal y colectiva. "Cuando la corrupción se instala en el sistema motivacional de los individuos de una colectividad, ésta se constituye en el único procedimiento válido para lograr o conseguir el éxito social" (1999: 245).

A nivel organizacional la sociedad se vuelve débil, y endeble ante los embates de pequeños grupos que buscan lucrar con el gobierno. No existe una sociedad civil organizada que defienda los bienes de la nación que constantemente son fuente de lucro para políticos y empresarios. Por ejemplo, las leyes y las reformas en materia de recursos naturales, no las protegen en contra de la sobre explotación. Al contrario, las subastan con la complicidad de las instituciones públicas y sin ningún obstáculo de la sociedad que se declare en contra. La apatía es la principal característica de una sociedad mexicana decepcionada por años de corrupción y malos gobiernos.

De esta manera, la corrupción triunfa sobre el interés común. El interés personal, asociado a la corrupción, no se circunscribe sólo a la lucha política y administrativa, las personas que integran la sociedad también buscan su beneficio, evadiendo impuestos, robando energía del suministro eléctrico, aprovechando políticas sociales como apoyos económicos sin necesitarlo, sin sopesar los daños colaterales de sus prácticas. Para Luis Fernández no es que estas prácticas sean malas moralmente, que lo son, sino que desde una perspectiva psicológica los daños son altos, "lo cual implica que afecta y repercute de forma muy negativa a la autoestima, a la eficacia colectiva y al sentimiento de cooperación y colaboración común para la consecución de unos determinados objetivos universales de una colectividad" (1999: 153).

La cooperación entre la sociedad desaparece, es relegada por la lucha personal y por la idea tan extendida de la lucha de todos contra todos. La reproducción de conductas de determinados sectores corruptos como los políticos, empresarios banqueros, genera en la sociedad agravios y empieza a diseminarse la idea de realizar las mismas conductas en otros niveles. Empiezan a surgir preguntas en la sociedad, que son el preludio de otro tipo de conductas, ¿Por qué ellos son ricos y yo no?, ¿los empresarios, políticos, banqueros se corrompen y gozan de estatus y posibilidades económicas y yo

no? Si comportándome correctamente no obtengo beneficios, ¿acaso la corrupción es la solución? De esta forma, los hombres empiezan a corromperse sin olvidar que los patrones socioculturales también influyen notablemente. Además, comienzan a recibir estímulos por sus conductas, como el dinero, bienes materiales, popularidad entre otros aumentando gradualmente su satisfacción en la medida que las reproducen. La ausencia de castigos sociales y sanciones legales genera más y nuevas prácticas corruptas. En donde sólo había evasión de impuestos de un particular después habrá el robo del suministro eléctrico. Cada nueva conducta generará otra por la falta de castigos. Como consecuencia habrá una “continua sucesión de prácticas corruptas que se refuerzan entre sí” (1999: 183). El resultado más alarmante es una sociedad corrupta, donde lejos, de cambiar, crea nuevos incentivos para corromperse. El Estado tampoco es un obstáculo en contra de la corrupción: no sanciona este tipo de prácticas, en muchos casos porque es el primer beneficiario y el caso mexicano sistemáticamente comprueba su participación.

Conviene subrayar que, según Laura Zúñiga, el modelo cultural premia este tipo de actos al considerar “un triunfador o un ganador a quien posee bienes en propiedad, por el contrario, un perdedor, un ocioso un marginal, quien no es capaz de trabajar para ganar y adquirir bienes” (2012: 41). También destacará que este modelo favorece “comportamientos que rozan los ilegalismos y la criminalidad” (2012: 47). Para Victoria Camps (1991: 192, 1993) el deseo por la riqueza puede anular el germen donde nacería la virtud:

El hecho de que nos encontremos expuestos a la mirada y consideración de los demás, es la causa de la ambición y del interés por las riquezas y por la ostentación de las mismas. Nadie quiere pasar por pobre, miserable o desgraciado; a todos place suscitar admiración (...) Pues es cierto que la fortuna y el éxito producen veneración y respeto, mientras que la adversidad y la desgracia generan aversión y desprecio. Se cruzan, entonces, sin encontrarse, dos sentimientos o simpatías: el afecto a la riqueza y el afecto general a la humanidad. No es raro que el primero triunfe sobre el segundo, y acabe corrompiendo los sentimientos morales (...) La riqueza y el poder anulan la simpatía generalizada y bien distribuida, anulan, pues, el germen de donde nacerían la virtud y la benevolencia.

Los medios usados con el objetivo de lograr el “éxito” no conocen reglas, todo se vale, si a esto sumamos la percepción generalizada de la política referente a lucha por el poder tenemos como resultado una política completamente amoral. De hecho, Aristóteles advierte en el libro III de la *Política*, que una de las principales causas de desvío de los gobiernos se debe a la ambición por el dinero y considerar la riqueza como causa de honor (1286b 12). Las consecuencias son que los actos considerados como virtuosos desaparecen y los políticos se enriquecen a expensas del tesoro público (1286b 12). Lo peor es que la percepción del infractor ante este tipo de actos es que no ha cometido ninguna falta, pues son parte de las reglas no escritas de la política. Sin embargo, cada práctica corrupta implica una elección, es decir, se delibera acerca de la posibilidad de ejecutarla. En muchos casos, la compensación económica o cualquier compensación es el refuerzo que estimula al sujeto a realizarla, pues es una de las variables en el momento de elegir. Habría que decir también que los sujetos actúan voluntariamente, son corruptos porque lo quieren ser, ellos deciden realizar este tipo de actos. Es cierto, el contexto y las circunstancias sociales influyen, pero el sujeto es quien elige.

Cuando en sociedades como la mexicana están presentes patrones que se reproducen constantemente estos forman parte de la sociedad, –tal es el caso de los relacionados a corrupción. Dichos patrones crean la “memoria social” que establecen criterios para actuar en ambientes particulares como ya indicamos. Para Mauricio García Villegas dichos patrones son “mentalidades incumplidoras cotidianas” clasificadas en tres tipos: el vivo, el rebelde y el arrogante ⁶. El vivo desobedece por interés, es aprovechado, “El vivo siempre busca satisfacer su interés personal y, para ello, acomoda los medios a los fines, de tal manera que le sirvan de la mejor forma posible, sin importar código moral o ley” (2010: 140). Las sanciones que puedan devenir de su comportamiento no son trascendentes, es consciente de ellas, porque conoce las debilidades de las instituciones y las repercusiones en su contra en caso de ser descubierto. Tal como expresa Mauricio García (2010: 141):

⁶ En todos los casos, Mauricio García Villegas clasifica estas mentalidades y modo de comportamientos al contexto latinoamericano.

El incumplimiento es visto como el producto de una estrategia individual en donde los costos de las prácticas criminales son bajos, comparado con los resultados obtenidos. Siendo, así el problema se origina en la existencia de instituciones débiles que no logran imponer los comportamientos que consagran en sus normas jurídicas. La falta de sanciones efectivas es un incentivo para violar las normas. Desobedecer resulta barato.

En cambio, el rebelde no reconoce la autoridad moral y legal de las autoridades, por eso no cumple con las leyes. Impone sus propias reglas en cualquier momento; la falta de instituciones fuertes y funcionarios capacitados permiten que ejerza su voluntad a su libre albedrío. Las represalias hacia su conducta no lo inquietan pues conoce que el sistema judicial tiene precio igual que él.

Por otra parte, el arrogante cree tener una posición privilegiada, la cual desde su perspectiva lo exime de cumplir con las normas sociales y legales. Paradójicamente “estima que la ley es muy importante en la sociedad, pero ella está hecha para los de la ruana, no para gente como él” (2010: 143).

En medio de las tres mentalidades se encuentran dos posiciones intermedias surgidas de las combinaciones entre éstas. El primero nombrado por Mauricio García como el taimado “es un personaje híbrido que combina la actitud estratégica que es propia del vivo con el desconocimiento de la autoridad propia del rebelde” (2010: 146), el cual desconocerá además todas las reglas que devengan de la autoridad por considerarlas inviables.

El déspota es la última de las clasificaciones intermedias de las mentalidades incumplidoras. La descripción más precisa acerca de este personaje es “quien abusó del poder o autoridad; alguien que de manera inescrupulosa se aprovecha de su situación para obtener beneficios personales” (2010: 146). De ahí su desprecio a las normas al considerarse de un grupo privilegiado y creer tener derechos nobiliarios, por lo tanto, transgrede continuamente las leyes sin temor a represalias.

En cualquier caso, los comportamientos corruptos inciden en la conducta de los demás. Como señala Luis Fernández, “La corrupción, sea el nivel que sea, nunca tiene, una vez que es conocida por la población, una consecuencia única y exclusivamente individual sino también necesaria y claramente colectiva” (1999: 139). En este sentido, la sociedad no está exenta de responsabilidad, contribuye a fomentarla, de distintos modos. La apatía, demostrada en los países desarrollados por escándalos políticos, denota el desinterés y desconocimiento por la corrupción política y administrativa de niveles altos, considerados como eventos excepcionales no hace más que justificarlos y reproducirlos. En lo referente a países donde la corrupción es frecuente, la transmisión verbal y modo de comportamiento son el conducto adecuado para reproducir este tipo de conductas entre las generaciones. Así la corrupción no hace más que generar más corrupción, por eso la reproducción social de determinados patrones de comportamiento es indispensable para su permanencia. Imaginemos como señalaba Rotterdam una educación basada en la corrupción: “Agregad todos venenos de la adulación, todos los deleites que mal se avienen con la sabiduría, agregad los placeres, el brillo del éxito; suponed el poder, suponed la fogosidad de la edad y su espontanea inclinación hacia lo peor. Añadid todo eso a un corazón contaminado por las más falsas creencias” (2008: 163), ahora, preguntémonos ¿cuál será el resultado?.

En México debemos empezar a reconocer que la corrupción condiciona el comportamiento y la interacción de la sociedad. Generalmente la conducta de los sujetos difiere en la casa, el los amigos, el trabajo y con los demás miembros de la colectividad. No percibimos que en el último caso nuestro comportamiento es indiferente, agresivo, poco solidario, ventajoso, irresponsable y en muchas ocasiones en los espacios públicos nos transformamos en energúmenos con los demás sujetos.

La convivencia ha desaparecido al grado del egoísmo y el narcisismo, el riesgo de una sociedad con estas estas características es la decadencia del ciudadano. En este sentido los mexicanos no se preocupan de los asuntos públicos y por lo tanto del bien común. Desafortunadamente en una cultura “en

la cual existan muchos casos de corrupción tenderá a establecerse un clima social llena de expectativa negativas acerca de un futuro colectivo optimista en el cual no tengan lugar las prácticas corruptas” (1999: 156). En estas condiciones los sujetos solo resguardaran su interés personal en deterioro del general.

El problema al cual se enfrenta actualmente México es crear los mecanismos que inhiban estos comportamientos en el gobierno y en la sociedad, que no están necesariamente relacionados con la creación de más normas, porque más leyes implican más corrupción, es decir, fortalecemos las ya existentes o creamos nuevas debido a que se siguen cometiendo delitos. De aquí otro de los problemas, pues los legisladores parten de la falsa premisa que las leyes por sí mismas inhibirán la corrupción. Si a esto sumamos su escasa preparación en este tema –incluyendo al cuerpo funcionarios–, sin dejar de mencionar que provienen de un contexto social donde impera la corrupción, las soluciones al respecto son complejas. Por eso el entorno que actualmente posee México es el más apropiado para su conservación a nivel institucional y social garantizando su permanencia en el futuro.

Alejandro Nieto considera que la corrupción no es un fenómeno estatal “sino más propiamente un fenómeno social que se manifiesta en el ámbito estatal”⁷. En este sentido las soluciones deben erigirse desde varias disciplinas y con diversos actores. Penosamente las elaboradas en México no han dado los resultados esperados, pues lejos de inhibir la corrupción ha aumentado y así lo demuestran los distintos casos e indicadores como las encuestas realizadas por Transparencia Internacional cada año y las realizadas por Amnistía Internacional en relación al abuso de poder donde la corrupción forma parte importante.

⁷ Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona: Ariel, 1997, p. 234.

d) Las reformas estéticas para prevenir la corrupción en México

Las reformas y los instrumentos dentro de la administración pública para prevenir, investigar y sancionar son sólo estéticas en el caso mexicano, brindan la apariencia por tratar de solucionar el problema ante la opinión pública, sin embargo, discrepa de la realidad. En un inicio las reformas inhiben determinado tipo de comportamientos. Pese a esto es sólo temporal. Las conductas vuelven a aparecer con otros mecanismos distintos y más sofisticados, con el fin de cometer algún acto ilícito. El abuso de poder y el uso indebido de los cargos públicos no terminan con la creación de más leyes. Las leyes, lejos de proporcionar garantías en contra del abuso de los cargos, incentivan a tomar más precauciones para seguir cometiendo este tipo de prácticas. En este sentido, funcionarios y políticos actúan voluntariamente, son conscientes de que sus acciones son corruptas y actúan en detrimento de las instituciones.

Debemos puntualizar como ya señalamos que en México existe un marco normativo, es más se tienen instituciones que se crearon en el pasado y poseen entre sus objetivos ayudar a solucionar este problema entre estas figuran el *Instituto de Acceso a la Información*, la *Auditoría Superior de la Federación* y *Secretaría de la Función Pública*. No obstante, perpetran acciones incumpliendo sus fines al no sancionar de manera administrativa y penal los actos de corrupción. Incluso pareciera que actúan en componenda con los actores involucrados.

Más leyes en el caso mexicano implican más corrupción aun así se sigue teniendo la falsa premisa que las leyes y las reformas por si mismas la inhibirán, al contrario, los datos nos demuestran que ha aumentado las encuestas realizadas por Transparencia Internacional cada año y las realizadas por organizaciones civiles –mexicanos en contra de la corrupción, entre otras–, así lo demuestran, es más nos muestran otros problemas por ejemplo descomposición social y el aumento de la violencia en México.

Alejandro Nieto considera que corrupción no es un fenómeno estatal “sino más propiamente un fenómeno social que se manifiesta en el ámbito

estatal” (1997: 234). Por eso debe ser abordado desde varios ámbitos desde mecanismos de control externo y también interno. De igual modo se debe prestar énfasis en profesionalización de la administración pública. Recordemos que en México no tenemos una administración pública con estas características la cual es fundamental para evitar cualquier acto que atente contra las instituciones y el bien común.

e) Conclusiones

El desinterés y descuido cada vez mayor por la corrupción en México tienen grandes repercusiones que van en perjuicio de la población. Los principales actores –entre ellos políticos– cuya función es hacer frente al uso indiscriminado de los recursos públicos y los innumerables excesos de los que es objeto el Estado son los primeros beneficiarios. Las secuelas por tratar de encontrar soluciones reales y no estéticas han impactado directamente la calidad de vida de la sociedad. Los diferentes indicadores así como múltiples noticias demuestran que vivimos en un país donde impera la corrupción, la desigualdad y la violencia además de una larga lista de pendientes en varias materias y que no han sido atendidos oportunamente (educación, salud, campo, etc.). Es importante mencionar que la desmesura en la que incurren políticos y algunos funcionarios públicos, desde altos mandos hasta funcionarios de ventanilla, es elevada y es que lamentablemente el ejercicio indebido de los cargos públicos es fomentado por el propio sistema político. De ahí la importancia y premura de realizar más investigaciones de este tema desde varios enfoques entre ellos la ética.

f) Bibliografía

Caciagli, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
Camps, Victoria, *Virtudes Públicas*, Madrid: Espasa, 1991.

- Dupuy, Jean-Pierre, *El Pánico*, Barcelona: Gedisa, 1999.
- Fernández Ríos, Luis, *Psicología de la corrupción y de los corruptos*, Granada: Grupo Editorial Universitario, 1999.
- García Villegas, Mauricio, "Individuos sin sociedades, sobre la cultura del incumplimiento de reglas en América Latina", en Villoria Mendieta, Manuel, Wences Simón Simón (Eds.) *Cultura de la legalidad, instituciones, proceso y estructuras*, Madrid: Catarata, 2010.
- Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, *México anatomía de la Corrupción*, México: CIDE, IMCO, 2016.
- Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona: Ariel, 1997.
- Plutarco, *Consejos a los políticos para gobernar bien*, España: Siruela, 2016.
- Rotterdam, Erasmo, *Adagios del poder y la guerra y Teoría del adagio*, Madrid: Alianza, 2008.
- Secretaría de Gobernación, Incidencia Delictiva del Fuero Común 2017, [en línea] [fecha de consulta: enero 2017], disponible en el sitio: http://www.secretariadodejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/estadisticas%20del%20fuero%20comun/Cieisp2017_122017.pdf
- Transparencia International, Índice de Percepción de la Corrupción 2016, [en línea] [fecha de consulta: enero 2017], disponible en el sitio: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf
- Transparencia Mexicana, Índice Nacional de Corrupción y buen Gobierno 2010, [en línea] [fecha de consulta: enero 2017], disponible en el sitio: <https://www.tm.org.mx/wp-content/uploads/2013/05/01-INCBG-2010-Informe-Ejecutivo1.pdf>
- Zagal, Héctor, *Límites de la argumentación ética en Aristóteles*, México: Cruz, 1996.
- Zúñiga Rodríguez, Laura, "Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco", en Concepción Gorjón Barranco y Concepción Fernández García (coords.), *Poder y Delitos: Escándalos Financieros y Políticos*, Salamanca: Ratio Legis, 2012.

2. La participación en el proceso de las decisiones públicas: diferencia y representación, las dimensiones éticas del Estado liberal Jesús Rivero Casas⁸

a) Presentación

En 1661 se publicó el *Leviatán*, obra de Thomas Hobbes, que por primera vez oponía el poder Dios al poder de los hombres bajo el argumento de la soberanía natural de los habitantes del mundo terreno sobre los recursos. Años más tarde, con este mismo argumento, John Locke y Juan Jacobo Rousseau, consolidaron la idea de la creación de un cuerpo político legitimado para gobernar bajo el amparo de un *contrato social* para mantener la paz y la justicia.

De esta forma se conformó el liberalismo político, cuyo canon sería el fundamento de las sociedades democráticas. Hasta el siglo XX, las ciencias sociales no pusieron en duda el paradigma liberal, hasta que en 1971, al publicar su libro *Teoría de la Justicia*, John Rawls (2006), reavivó el debate del contractualismo en la filosofía política.

Rawls aseguró que su intención era reflexionar sobre los fundamentos morales de los arreglos institucionales de la sociedad moderna. Señaló que si bien el contractualismo se basaba en el utilitarismo, había dejado de lado un mecanismo moral que permitiera regular la conducta colectiva.

⁸ Maestro en Gobierno y Asuntos Públicos. Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Estudios en Administración Pública. Universidad Nacional Autónoma de México. Doctorante en Sociología por la Universidad de Ottawa. Email: jesus.rivero.ca@gmail.com, jesusrivero@correo.unam.mx

Sin embargo, a partir de la obra de Rawls, diversos autores han comenzado a discutir la posibilidad de modificar la idea igualitaria del liberalismo político, ya que según ellos ha generado desventajas al poner a todos los hombres en una misma balanza sin tomar en cuenta sus ventajas y desventajas.

Entre estos autores, Iris Marion Young ha señalado la necesidad de que una *Teoría de la Justicia* debe incluir el reconocimiento de las diferencias para evitar las consecuencias negativas del liberalismo igualitario, las cuales se expresan a partir de la instauración de dispositivos de dominación. En el mismo sentido, Nancy Fraser afirma que este reconocimiento debe ir acompañado de los arreglos institucionales necesarios para llevar a cabo la representación de los desaventajados en los cuerpos de toma de decisiones con el fin de que estos puedan defender sus derechos.

Si bien el reconocimiento y la representación representan un gran avance de una nueva etapa del liberalismo, en el cual el igualitarismo se substituye por la equidad, es necesario seguir ampliando el debate para discutir sobre los límites de la representación y la necesidad de la participación directa en la toma de decisiones, a partir de una nueva forma de concebir el ejercicio de la soberanía.

En este sentido, es posible afirmar que la Justicia requiere no solamente del reconocimiento y de la representación de las personas, sino de la participación directa en la toma de decisiones, sobre todo en los procesos actuales en los que el Estado ha dejado de ser el actor político rector del espacio público. De esta forma los esquemas de nueva gobernanza, permiten incorporar a los propios ciudadanos, que organizados, inciden directamente en la acción pública.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es presentar una breve exposición sobre los trabajos de: (a) Charles Taylor y la política del multiculturalismo, (b) Iris Marion Young sobre la política de la diferencia y (c) de Nancy Fraser referente a la representación, para posteriormente ofrecer una reflexión sobre la necesidad de incorporar el tema de la participación de los grupos sujetos de derechos diferenciados en la esfera de la toma de decisiones para otorgar una dimensión ética al Estado Liberal.

b) El reconocimiento de la diferencia y los Derechos Diferenciados.

Si bien el liberalismo igualitario logró disipar en el espacio público las diferencias entre los diferentes grupos de la población, se dejó de lado que esa diferencia cancelaría el propio anhelo de la igualdad. El origen de la discusión del reconocimiento de la diferencia comenzó con la política del multiculturalismo, la cual buscó hacer convivir a los diferentes grupos étnicos migrantes en una misma comunidad.

Recientemente se ha hablado de las políticas del reconocimiento como uno de los brazos operativos del multiculturalismo, lo que se busca es que las instituciones reconozcan ciertas características que otorgan identidad a diversos grupos de la sociedad, y que los hace diferentes, con miras al ejercicio pleno de la libertad.

Algunos autores cuestionan si acaso es posible realizar los objetivos de la democracia liberal sin el reconocimiento cultural de los grupos que componen la sociedad. Para Amy Gutmann (1993), la pregunta es ¿si los ciudadanos que cuentan con una diversidad cultural pueden ser representados en igualdad de circunstancias si las instituciones del Estado no reconocen esto? Para esta autora, dentro del liberalismo hay una tendencia general que responde a estas interrogantes, la primera que menciona que el hecho de no contar con un

reconocimiento cultural por parte del Estado hacia los ciudadanos, es un precio que se debe pagar por vivir en una sociedad igualitaria. La sociedad liberal nos otorga un trato igualitario en el sentido de responder a las necesidades básicas y de derechos civiles que todos compartimos, independientemente de las características étnicas a las que pertenezcamos.

Por lo anterior Gutmann lanza provocativamente la siguiente pregunta: “¿podemos concluir que todas las demandas de reconocimiento hechas por los grupos particulares, a menudo en nombre del nacionalismo o el multiculturalismo, son demandas antiliberales?” Más aún, si los reclamos por el reconocimiento cultural pueden llegar a ser incompatibles con la idea de igualdad universal que postula el liberalismo. Aún si la respuesta resulta afirmativa, un contexto de seguridad cultural sería equiparable a las garantías del liberalismo tales como las necesidades básicas, por lo que los Estados democrático liberales están obligados a ayudar a que los grupos minoritarios conserven su identidad cultural frente a las culturas dominantes,

Reconocer y tratar como iguales a los miembros de ciertos grupos es algo que hoy parece requerir unas instituciones públicas que reconozcan, y no que pasen por alto, las particularidades culturales, al menos por lo que se refiere a aquellos cuya comprensión de sí mismos depende de la vitalidad de su cultura. (Gutmann, 1993,p. 3)

Como ya se ha mencionado, la búsqueda de reconocimiento por parte de los grupos étnicos frente a la nación dominante, ha desembocado en ocasiones en conflictos étnicos. Al respecto y quizá siendo este el punto neurálgico del debate, Charles Taylor (1993, p.21) apunta que en relación al reconocimiento de la identidad, lo que hay detrás es que esta toma forma a partir del reconocimiento, “la tesis es que nuestra identidad se moldea a partir del reconocimiento o por falta de éste”. Además, afirma que los individuos pueden llegar tener un daño si la sociedad los reconoce falsamente o no lo hace, “la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido.”

Desde esta perspectiva el reconocimiento de la identidad no sólo tiene motivos instrumentales o de reproducción cultural como ya se ha mencionado, para Taylor, el reconocimiento de la identidad es un asunto de protección contra los daños que puede sufrir el individuo en relación a la imagen que tiene de sí y que lo hacen aparecer y jugar una posición dentro del cambio social. Por ello el reconocimiento, apunta, se convierte en un elemento básico para la subsistencia humana, “el reconocimiento debido no sólo es una cortesía que debemos a los demás: es una necesidad humana vital.” (Taylor,1993,p.21)

Para Taylor es importante entender el sentido filosófico del reconocimiento, si bien hoy es un término en boga, no siempre fue así. El reconocimiento está íntimamente ligado con la noción de dignidad, el cual, es el símil del concepto honor de la sociedad estratificada del antiguo régimen. En cierta medida la dignidad del ser humano es lo que nos permite comenzar a hablar de los derechos universales. Sin embargo, apunta el autor, a finales del siglo XVIII, el reconocimiento tiene una nueva vertiente, la identidad del individuo como ideal de autenticidad.

La idea de identidad y autenticidad, representaron el derrumbe de la sociedad jerarquizada del antiguo régimen, “en aquellas sociedades que nos precedieron, lo que hoy llamamos identidad dependía en gran parte de la propia posición social”. A pesar de ello, la sociedad democrática no logró terminar con la asignación de la identidad por el rol que en ella desempeñan los individuos, en contraparte, la idea de autenticidad si logra romper con ello al ser un ejercicio subjetivo, en el que se desarrolla la dimensión moral del individuo. Por ello la conexión de la identidad con el reconocimiento se hace relevante, como se ha mencionado, ésta resulta de la interacción dialéctica con la sociedad. En la sociedad pre-moderna, dice Taylor, no se preguntaban por las nociones de identidad y reconocimiento porque en cierta forma eran temas que se tenían por dados. (Taylor,1993,p.22)

Los primeros tratamientos sobre el tema de la autenticidad y el reconocimiento, son para este autor los trabajos de Rousseau, con las ideas de la dignidad del ciudadano y el reconocimiento universal. Es desde ese punto donde hasta nuestros días ha llegado la idea del reconocimiento igualitario en la esfera pública, “el tránsito del honor a la dignidad sobrevino la política del universalismo que subraya la dignidad igual de todos los ciudadanos, y el contenido de esta política fue la igualación de los derechos y de los títulos”. (29)

Recientemente, el reconocimiento igualitario de derechos civiles se ha traslapado con la política de la diferencia, que busca el reconocimiento de la identidad de los ciudadanos o de grupo, provocando controversias a las que hace referencia Amy Gutmann, en el sentido de si una se contrapone a la otra. La dignidad igualitaria busca el reconocimiento evitando cualquier tipo de discriminación a partir de la igualdad de derechos, mientras la política de la diferencia busca erradicarla a partir de la diferenciación. En el caso de los grupos aborígenes en Canadá, Taylor, apunta que en relación a las políticas de la diferencia,

[De] este modo los miembros de los grupos aborígenes recibirán ciertos derechos y facultades de que no gozan otros canadienses si finalmente aceptamos la exigencia de un autogobierno aborigen, y ciertas minorías recibirán el derecho de excluir a otras para conservar su integridad cultural, y así sucesivamente. (Taylor, 1993, p.33)

Contra esta interpretación para los doctrinarios del liberalismo la “idea de que cualquiera de los conjuntos habituales de derechos puede aplicarse en un contexto cultural de manera diferente que en otro, que sea posible que su aplicación haya de tomar en cuenta las diferentes metas colectivas, se considera totalmente inaceptable”, por lo que afirma Taylor, lo que está por verse es si esta es la única interpretación posible, para él no es así. La política de la diferencia, continúa, logra enlazarse con el principio de libertad universal

en el sentido de que esta busca garantizar la capacidad de diseñar y ejercer la identidad cultural de los individuos o grupos, debiendo ser un derecho del cual haya un goce igualitario. (Taylor, 1993, p.44)

Más cercana a la discusión de la filosofía política en relación a la naturaleza del Estado y la sociedad se encuentran las aportaciones de Iris Marion Young, para esta autora plantearse una sociedad justa atraviesa necesariamente por la posibilidad de plantearse el reconocimiento de los grupos desaventajados que no corresponden sus valores con el resto de la población dominante: migrantes, mujeres, grupos indígenas y grupos raciales, a partir de una serie de arreglos institucionales que llama políticas de la diferencia.

El ideal asimilacionista asume que el estatus de igualdad social para todas las personas requiere tratar a cada uno de acuerdo a los mismos principios, reglas y normas. Una política de la diferencia sostiene, por el contrario, que la igualdad como participación e inclusión de todos los grupos a veces requiere un tratamiento diferente para los grupos oprimidos y desfavorecidos. Para promover la justicia social, argumento, que la política social debe a veces otorgar un trato especial a los grupos. (Trad. a.) (Young, 2001, p.158)

Las políticas de la diferencia entonces son una herramienta que permite sortear los problemas que acarrea el liberalismo igualitario a partir del reconocimiento de derechos diferenciados. De esta forma es posible dotar a los diferentes grupos de la población de una posición privilegiada en la sociedad que les permita subsistir a las estructuras de dominación, propias de la sociedad liberal.

En este sentido, Young señala la necesidad de contar con un instrumento para el ejercicio de estos derechos a partir de la ciudadanía diferenciada, que se contrapone a la idea de la ciudadanía universal. Ahora, si bien es cierto que esta última ha gozado de una gran legitimidad en la teoría

política del siglo XX, resulta contraproducente al limitar a todos los integrantes de la sociedad a compartir el mismo tipo y número de derechos dando por hecho que no existen diferencias ni desigualdades.

Como se ha mencionado, Young insiste en que una definición de ciudadanía universal permite que las diferencias generen desigualdades que se perpetúan a partir de la generación de estructuras permanentes en la sociedad,

La igualdad de trato exige a todos a ser medidos de acuerdo con las mismas normas, pero en realidad no hay normas "neutrales" de la conducta y el rendimiento. Cuando algunos grupos son privilegiados y otros oprimidos, la formulación de leyes, políticas, y las reglas de las instituciones privadas tienden a estar sesgados a favor de los grupos privilegiados, porque su experiencia particular, establece implícitamente la norma. (Trad. a.) (Young, 1989, p.257)

Hasta este momento ha sido posible señalar que las políticas de la diferencia y la concepción de una ciudadanía diferenciada son los elementos indispensables para la convivencia de la diferencia en el esquema del liberalismo igualitario, que como ha sido señalado, si bien logró desterrar las diferencias jurídicas, cedió una camisa de fuerza en la cual se desarrollaron dispositivos que perpetúan la dominación hacia los más desaventajados.

c) La representación de los grupos desaventajados

El reconocimiento de la diferencia conlleva un gran reto, que los derechos diferenciados que puedan ser atribuibles a ciertos grupos de la población puedan ser defendidos en los centros de la toma de decisiones. Por ello, Nancy Fraser ha propuesto que la diferencia debe estar representada, de esta forma

una sociedad justa será aquella en la que exista el reconocimiento de los desaventajados pero también su representación política.

Para Fraser, en un inicio, es muy necesario reflexionar sobre la forma en la que se ha discutido el tema de la redistribución y el reconocimiento, debido a que en gran parte del siglo XX esta se dió en pleno auge de los Estados sociales basados en la economía Keynesiana; se esperaba que todos tuvieran las mismas oportunidades por lo que, en general, la discusión estaba centrada en el “que” más que en el para “quién”. En el planteamiento de Fraser esta gran diferencia entre el “qué” y el “quién” resulta fundamental para defender el reconocimiento de la diferencia en la actualidad cuando se han caído las barreras políticas y económicas del Estado-nacional. Esto es, que en un mundo de gobiernos supranacionales es necesario señalar a los grupos diferenciados para eliminar las barreras transnacionales.

Como ejemplo, Fraser señala el caso de los grupos indígenas que claman por la defensa de sus territorios en el ámbito local por afectaciones provenientes de lo global, “inspirados por los zapatistas, por su parte, los campesinos pobres y los pueblos indígenas vinculan sus luchas contra las despóticas autoridades locales y nacionales a las críticas de la depredación de las empresas transnacionales y el neoliberalismo global.” (Trad. a.) (Fraser,2010,p.14)

En este sentido, la defensa de los derechos diferenciados atraviesa por la discusión de quienes son los autorizados en llamarse legítimamente pertenecientes a los grupos de la población que son sujetos de estos derechos. Por ello, resulta muy pertinente señalar la necesidad de ciertos mecanismos que permitan reconocer a las personas que pertenecen a estos grupos en contextos de gobiernos transnacionales,

Las disputas que solían centrarse exclusivamente en la cuestión de lo que se debe como una cuestión de justicia a miembros de la comunidad ahora rápidamente se convierten en disputas sobre quién debe contar como miembro y que es la comunidad pertinente. No sólo el "qué" sino también el "quién" está en juego. (Trad.a.) (Fraser,2010,14)

De esta forma para Fraser hay dos cuestiones de importancia que tratar dentro de una sociedad justa, una es la cantidad de desigualdad permitida y la redistribución de recursos en la sociedad, y la otra, es la definición y protección de aquellos que serán los beneficiados de la redistribución y el reconocimiento. La respuesta es entonces la política del enmarque, el marco en el que debe situarse la justicia, A través del enmarque es posible adicionar a la distribución y el reconocimiento, la representación. (Fraser, 2010,15)

La importancia de la representación se basa en el supuesto de que las decisiones sobre la distribución y el reconocimiento se dan necesariamente en la esfera política por lo que solamente estando representados los grupos de personas desaventajadas podrían asegurar la defensa de sus derechos, “entiendo lo político en un sentido más específico, el cual tiene que ver con los alcances jurídicos del Estado y las reglas de decisión.” (Fraser, 2010,p.15)

De esta forma la importancia que tiene la participación en un contexto del enmarque es que en los espacios de decisión política se establece “no sólo quien puede hacer las reivindicaciones por la redistribución y el reconocimiento, también la cantidad de demandas que son debatidas y atendidas.” (Trad.a.) (Fraser, 2010,p.17)

Conforme a lo revisado, para esta autora es posible meditar entonces sobre los niveles de representación, los cuales pueden ser justos o no, dependiendo de si los interesados se encuentran lo suficientemente representados en la toma de decisiones. La injusticia en la representación se

llamaría, para Fraser, la “representación fallida”, la cual se da a causa de una serie de estructuras institucionales que no permiten la participación mayoritaria de los miembros de estos grupos. En este sentido, señala que existen dos formas en las que se puede presentar la representación fallida: la primera es cuando los mecanismos de decisión excluyen a los miembros de los grupos de la participación en la toma de decisiones públicas, a esto lo llama “desrepresentación política ordinaria”, esto está relacionado con la representación electoral de género o grupo étnico. La segunda se refiere a la posibilidad de que algún miembro o grupo se encuentre totalmente excluido de la discusión sobre la justicia en los centros de toma de decisiones, a ello le llama el “desenmarque”. Para Fraser, el extremo de la injusticia se encuentra cuando los miembros son totalmente excluidos de la discusión sobre la justicia, lo llama “metainjusticia”, en ese caso es prácticamente una exclusión de la comunidad política. (Fraser,2010,p.19)

Como ya se ha mencionado, la globalización ha traído a discusión el tema de la representación en una escala transfronteriza, para Fraser, en la actualidad este es el punto medular en el cual se encuentran las garantías de acceso a la justicia debido a que las empresas transnacionales, y otros depredadores económicos, por ejemplo, fungen como agentes del desmarque. En la globalización, señala, se quedaron fuera de la justicia diversos grupos minoritarios en relación a sus reivindicaciones,

La globalización ha puesto la cuestión del enmarque en la agenda política. Cada vez más es sujeto a impugnación, el marco keynesiano-westfaliano ahora es considerado por muchos como un importante vehículo de la injusticia, ya que su espacio de participación política tiene vías que bloquean a muchos que son pobres y despreciados de desafiar las fuerzas que los oprimen. Canalizando sus demandas en los espacios políticos internos de los Estados relativamente sin poder, sino en su totalidad, este marco aísla poderes extraterritoriales de la crítica y de control. (Trad. a.) (Fraser, 2010, p.20)

Es así que para esta autora, la distribución y el reconocimiento solamente son posibles a partir de la representación política, es decir garantizando que los grupos diferenciados incidan en los centros de toma de decisiones en donde se deciden asuntos importantes, por ejemplo quiénes entran o no en la diferencia y a cuántos recursos tienen acceso.

d) La participación en la toma de decisiones públicas

Hemos mencionado que los elementos indispensables que favorecen una sociedad justa son la distribución, el reconocimiento y la representación. Sin embargo, este último necesariamente nos lleva a una discusión más profunda debido a la forma en la que los últimos años se ha transformado la forma de gobernar la sociedad. Hemos transitado de un sistema en el que el gobierno era el único y principal decisor, a esquemas de decisión tripartitas en los que, sin perder su sentido de liderazgo, el gobierno comparte con la sociedad y el sector privado la responsabilidad de las decisiones de gobierno.

En principio, la democracia liberal ha sido el dispositivo por excelencia que garantiza la representación de los miembros de un Estado sobre el rumbo que debe tomar la sociedad. De esta forma la democracia ha sido reconocida como la mejor forma de gobierno. No obstante cuando hablamos de distintos grupos, con identidades e intereses diferentes, los esquemas tradicionales de democracia se han visto comprometidos. Por ello, la discriminación positiva a través de las cuotas en los congresos resultó una excelente estrategia para garantizar la representatividad. Pensemos, por ejemplo, en el caso de la paridad de género, que en México permite que el 50% de las candidaturas que presentan los partidos políticos estén integradas por mujeres. Hacia el futuro, sería deseable que de la misma forma, a nivel federal y/o local, sobre todo en los estados y municipios con una importante población indígena, se cuente con

un piso mínimo de candidaturas a cubrir por el o los grupos étnicos de la zona. Lo mismo sería esperable con otros grupos minoritarios como la población LGBTTTI, los discapacitados, los afroamericanos y, en su caso, las poblaciones migrantes.

De esta forma contar en los cuerpos legislativos con la representación de los grupos desaventajados permitiría garantizar la defensa y promoción de sus derechos. Ahora, si bien la representación permitiría el ejercicio pleno de la soberanía para discutir la repartición de los recursos y el reconocimiento político de ciertos grupos, es cierto que en estos espacios, al ser los menos, por los principios de representatividad, en muchas ocasiones los representantes quedan muy alejados de las realidades a las cuales representan.

Por lo anterior, y en cierta medida a causa de los cambios provocados por el cambio de modelo económico en los años 80's, la apertura a los ciudadanos de las discusiones sobre el gobierno de la sociedad inauguró una nueva vía para garantizar la representación de los grupos diferenciados a partir de la participación directa en la toma de decisiones, la participación ciudadana.

La participación ciudadana se diferencia de la tradicional participación política en que la primera conlleva un reconocimiento por parte del Estado de toda actividad encaminada para influir en las decisiones públicas. Por ejemplo, Azucena Serrano la define de la siguiente forma:

La participación ciudadana es aquella donde la sociedad posee una injerencia directa con el Estado; asimismo, tiene una visión más amplia de lo público. Esta participación está muy relacionada con el involucramiento de los ciudadanos en la administración pública. Los mecanismos de democracia directa (iniciativa de ley, referéndum, plebiscito y consultas ciudadanas), la revocación de mandato (recall) y la cooperación de los ciudadanos en la prestación de servicios o en la

elaboración de políticas públicas, son formas de participación ciudadana. (Serrano, 2015,p. 96)

Si partimos entonces del supuesto de que la participación ciudadana rebasa los límites de la democracia representativa y que conceptualmente da lugar a la participación directa de los ciudadanos en la toma decisiones, es plausible señalar que es ahí en donde está el mecanismo para garantizar la representatividad de los grupos minoritarios.

De esta forma, las nuevas puertas que se han abierto en los gobiernos contemporáneos para incluir a cada vez más ciudadanos en las labores del gobierno, deben ser filtradas por mecanismos que garanticen la representatividad como es el caso de los cuerpos legislativos en donde existen cuotas de género o de etnias.

Específicamente en aquellos espacios en los que se discuten las políticas públicas, es necesaria la existencia de mecanismos de inclusión que permitan que la función del reconocimiento, que es darle rostro a la distribución, surta efecto. De esta forma se contaría con un fundamento ético del gobierno de la sociedad. Los espacios en donde se lleva a cabo la discusión sobre la definición y atención de los problemas públicos, el llamado *policy process*, es el repositorio de la justicia, porque ahí es en donde se da la relación directa y más compleja entre los gobernantes y los gobernados, es en donde se ejerce en pleno sentido la democracia directa. Viéndolo de esta forma, sería este el momento en donde se cumpliría el ideal griego del gobierno de los ciudadanos, con una base moral que permita difuminar las estructuras de dominación a partir de la incidencia directa de los desaventajados en la distribución de los recursos.

e) Conclusión

Las teorías de la justicia en el pensamiento político permitieron rediscutir el paradigma del liberalismo igualitario. No solamente sobre la distribución de los recursos, sino a quienes y de qué forma. La intención, como señaló John Rawls, fue dotar de un fundamento moral al contractualismo.

Como se ha señalado, Iris Marion Young enriquece la discusión al señalar que la teoría de la justicia tiene que ser revisada debido a que la igualdad está generando estructuras de dominación hacia los más desaventajados, por lo que estamos más ante una teoría de la injusticia. Por ello, retomando los planteamientos provenientes del multiculturalismo, ha señalado que es necesario que se reconozca que existen diferencias entre los grupos que componen la sociedad debido a las diferencias de género, etnia, raza, preferencia sexual y condición económica.

Nancy Fraser señala, por su parte, que para garantizar la correcta distribución es necesario garantizar la representación. En la medida de que los desaventajados estén representados es cómo será posible que defiendan sus derechos e intereses.

Un grave problema de la representación es que los límites de la democracia representativa se presentan debido a la recurrente separación que existe entre los representantes y las realidades que representan. Por ello, una segunda vía que puede garantizar la representación es la participación directa que puede encontrarse en los esquemas actuales que permiten la gobernanza de las políticas públicas. Esto es, la participación del gobierno, la sociedad y el sector privado en la toma de decisiones públicas, a través de la participación ciudadana.

Por lo tanto una de las tareas primordiales lograr un nivel adecuado de representación de los grupos diferenciados con el fin de que sus miembros participen activamente en las discusiones de la distribución de los recursos. Lo anterior fortalecería las bases morales del contractualismo que tanto buscaba Rawls, pero además constituiría la dimensión ética del Estado liberal.

f) Bibliografía

Fraser, N. (2010). *Scales of justice*. New York: Columbia University Press.

Gutmann, A. (1993). "Introducción." En C. Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Taylor, C. (1993). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Económica.

Young, I. M. (2004). "Responsibility and global labor justice." *The Journal of Political Philosophy: Volume 12, Number 4*, 365-388.

Young, I. M. (2001). *Justice and the politics of difference*. Princeton, New Jersey. United State of America: Princeton University Press.

Young, I.M. (1989). "Polity and group difference: A critique of the ideal of universal citizenship." *Ethics, no 99*, 250-274.

3. Ética y Competitividad Democrática en las Elección a la presidencia de los Estados Unidos Mexicanos en el año 2018.

David Torres Yáñez⁹

La competitividad democrática puede concebirse como las reglas del juego en las que están inmersos los actores políticos en busca de conseguir los cargos de elección popular mediante el voto. El concepto de competitividad está más ligado hacia los fenómenos económicos, por lo tanto, se tomará como punto de partida la idea del economista Joseph Schumpeter sobre la relación entre la *Democracia y el Mercado*. Si bien, la teoría económica de éste pensador es de mitad del siglo XX, ha servido como base para la explicación analógica de las campañas políticas como la arena donde se ofrecen los productos (candidatos o programas de gobierno); a los consumidores (votantes).

¿Dónde queda la ética en este contexto? Para la filósofa Adela Cortina, la ética *grosso modo*, es un tipo de saber que pretende orientar a la acción humana, es uno de los saberes prácticos para la toma de decisión prudentes.

Si se unen los conceptos y analogías en la elección a la Presidencia de los Estados Unidos Mexicanos, se puede vislumbrar que los engranajes competitivos sostenidos mediante el régimen electoral son rebasados por los saberes éticos de los actores políticos inmiscuidos en dicha contienda, como decían los griegos en el *pathos* de lo oculto, es decir, aquellas actitudes pasivas que se convierten en activas a través de un objetivo específico: ganar una contienda.

⁹ Politólogo y Maestro en Derecho, Profesor de la FCPyS en la Universidad Nacional Autónoma de México.

En términos económicos, o de la maximización de los intereses de los actores políticos, se sobrevaloran los productos, lo que produce una inequidad en la competitividad y el *pathos de lo oculto* emergió en un impacto energético y en un cambio de partido político en el poder.

La ciencia política trataría de explicar la relación entre las reglas, las acciones de los actores y su impacto en el votante (habrá muchas correlaciones que lo demuestren). Lo que pretendo exponer toma como base la ciencia política, sin embargo, entra en el dilema más amplio el de la ética: es decir un saber práctico que emerge y que no es más complejo, si no que exige más del ser humano (como lo diría Ortega y Gasset).

Por lo anterior, es la narrativa, la memoria y la búsqueda de claridad una misión de la filosofía, de tal manera que más allá de lo anecdótico se demuestre la relación entre competitividad y ética, más allá de esclarecer la democracia sustancial y formal.

a) Democracia y Competitividad

La democracia en pleno siglo XXI, sigue siendo una de las definiciones más complejas. Hay quienes consideran que es un método para la elección de los gobernantes, y existen teorías que se enfocan más en los marcos de actuación de los ciudadanos en la vida cotidiana.

Es precisamente la democracia procedimental la que responde a la primera acepción, es decir aquellas reglas con las cuales se establece la garantía de los ciudadanos para ejercer sus derechos políticos, votar y ser votados, también para mediante el voto determinar quiénes serán los representantes.

Por lo tanto, un proceso electoral es aquel en el cual se inserta la competencia, es el espacio democrático con el cual se comprende una relación entre los oferentes o medio donde se conciben la distribución de los ciudadanos habilitados para votar por las instituciones políticas de una sociedad en la cual influye directamente la estabilidad de los sistemas políticos, la distribución y naturaleza de las preferencias de los ciudadanos, así como las reglas utilizadas para la realización de las elecciones (Hinich & Munger, 2009)

Para el economista Joseph Schumpeter (1983) la democracia procedimental es aquel proceso en el que intervienen los actores políticos y los ciudadanos, ambos optimizando sus intereses y las campañas políticas son el medio por el cual se dan a conocer los productos. Dicha elección de los gobernantes se realizaría eligiendo entre la gama ofertada a través de los programas políticos, los cuales pueden ser o no de condición popular.

En ese contexto los ciudadanos, votantes consumidores, eligen ante una gama de posibilidades frente a la función de los intereses particulares. Por una parte la responsabilidad ciudadana radica en la elección de los gobernantes y por otro lado sobre el manejo de la economía por parte de éstos últimos.

Por lo tanto, las condiciones económicas en sintonía con los programas políticos y las campañas electorales se convierten en un espacio de discusión y en el escaparate donde se ofertan los candidatos.

En este sentido, apunta Schumpeter (1983: 323): “el método democrático es aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”.

Es por lo anterior que la teoría clásica de la democracia se aleja de un punto real y se aloja en el ideal de una sociedad equitativa, convirtiéndose de acuerdo al contexto en reglas (aspecto institucional) para la elección de los

representantes. En consecuencia, la democracia se desarrolla de modo similar a la competencia económica, debido a que contiene un demandante y un oferente.

Dicho de otra manera, el sistema democrático se reproduce de manera tal que los recursos con los que cuentan los oferentes depende de las reglas de cada país, o si los recursos económicos o de inversión son de tinte público y privado de los actores en la contienda por los cargos de elección popular. Los recursos económicos de los oferentes deben estar en su complejidad sustentados y fiscalizados para actuar en equidad ante una contienda electoral.

La competencia política difiere de las organizaciones empresariales, ya que la competitividad en el mercado consiste en incrementar la participación en los mercados internacionales, con una elevación del nivel de vida de la población, tomando como punto de partida el aumento de la productividad (Suñol, 2006).

Por su parte la competitividad democrática, es decir, tomando en cuenta el ejercicio procedimental como un mercado, debería aumentar la productividad y enfocarse en mejorar el nivel de vida de la población mediante políticas. Ese sería el fin último de todos los gobiernos, sin embargo, en el apartado de ética se tratará de dilucidar que todo se convierte en una simple competencia política.

Entonces, la competencia política es el ejercicio libre entre los pretendientes al caudillaje por el voto del electorado, por lo tanto, democracia es igual a gobierno político, la democracia es un medio para llegar al poder, a que los electores se limitan a aceptar las ofertas políticas o rechazarlas. (Rodríguez Arachavaleta, 2007).

Mientras que la competencia democrática es constante, la competencia política termina en tanto se declara un ganador de la elección. Por lo tanto, el votante puede no necesariamente dirigir racionalmente su voto, su moneda de

cambio es el nuevo gobierno, que a través de su desempeño decidirá si volver a otorgarle el voto

Otra diferencia es que la productividad de los candidatos es en la búsqueda de un objetivo común y que ésta se convierta en productividad económica cuando el logro obtiene el cargo; el problema del caudillaje político significa perder de vista al votante. Mientras que la competitividad económica y de entes privados, las empresas se preocupan por mantener la competitividad a través de la mejora de sus productos y de la búsqueda.

La elección de los gobernantes no significa la elección de gobiernos eficientes; un proceso electoral es eficiente y su competitividad equitativa, no se puede traducir en un gobierno que tome las mejores decisiones, por lo tanto, es el concepto de Schumpeter da línea para adentrarse en un concepto de democracia como lo menciona Rodríguez (2007:5): competitiva, estratégica, pragmática y de élite.

Aunado a lo anterior, habrá que esperar hasta que las normas electorales lo permitan a que nuevamente los votantes decidan y apliquen su moneda de cambio (voto) para modificar la preferencia política en una siguiente elección, probablemente porque el funcionamiento del gobierno no produjo una entera satisfacción.

Por lo tanto, entender la democracia como procedimiento se basa en el funcionamiento de los intereses de los votantes. La teoría económica de la democracia se basa en los intercambios racionales entre producto y voto que, de manera significativa, ponen en alerta a los organismos que organizan las elecciones para mejorar la vigilancia sobre el funcionamiento de la competencia electoral.

Para Giovanni Sartori (2005: 504) la competencia democrática son las reglas del juego electoral, entendiéndola como una estructura fija y la competitividad los grados de dureza o suavidad con las que se desarrolla el juego democrático. Consecuentemente el sistema político difiere de un sistema

económico, pero se relacionan entre sí, para este autor la política influye directamente en la economía.

Entender la competitividad democrática como un mercado, pero también un diseño de reglas significa que la competitividad democrática va estar definida de acuerdo al apego a las normas imperantes por parte de los actores políticos, lo que da lugar al factor ético como aquellas prácticas para mantener la equidad, si es que se concibe como un valor.

Asimismo, la competencia debe ser equitativa incentivando los mecanismos de vigilancia, que deje al elector en una independencia de votar por quien se adecúe a sus preferencias políticas. La teoría de Schumpeter es relevante para el entendimiento de la democracia procedimental, ya que constituye un compromiso de los competidores con los principios e instituciones de las formas de gobierno, cuestión que esencial para que una organización política funcione (Salazar, 2014: 29).

En ese sentido, bajo la teoría de la democracia como mercado, se puede afirmar que los cambios en el poder político se realizan dentro de las élites políticas. Por lo tanto, los ciudadanos son meros espectadores de la contienda política, pero es a través del voto que éstos determinan su preferencia por cualquiera de los candidatos.

Las aportaciones de las teorías elitistas a la democracia cuestionan la realidad procedimental y ofrecen argumentos que pueden ser catalogados como algo más que premisas teóricas (Salazar, 2017: 35); aunque no llegan a separar lo público y lo privado, los intereses se ven como aquellas fuerzas que determinan la conducta de los individuos.

Por lo anterior, las reglas dentro de la democracia procedimental son el ingrediente que cambia y determina la retroalimentación de los sistemas electorales¹⁰ (Nohlen, 2008: 8), de forma tal que si describimos el simple

¹⁰ Entendiéndolos como: “los sistemas electorales determinan las reglas a través de los cuales los electores pueden expresar sus preferencias políticas y a través de las cuales es posible

procedimiento, quedan aislados todos los acuerdos y diseños institucionales que probablemente los grupos políticos hacen mediante las reglas. Sin embargo, como lo menciona Salazar, la combinación entre la democracia elitista y el liberalismo económico han resultado en los modelos de sociedad igualitaria y ha sido un esquema funcional para las oligarquías nacionales, donde probablemente se encuentre inmerso el caso mexicano.

Si tomamos como regla la teoría económica de la democracia, en el caso de México y Latinoamérica estaríamos hablando de una teoría descriptiva donde se determinen las formas en las cuales los diseños institucionales permiten el uso de las reglas, sin agregar el componente de la democracia más importante, que sería el de la teoría *populista*¹¹.

El hecho de utilizar los términos elitismo y oligarquía -nos refiere Salazar- que determinan el funcionamiento de las democracias, sino son simples componentes, al referirse al populismo se refiere a la visión progresista de la democracia, la cual viene más allá del procedimiento, es decir, como Norberto Bobbio le llamaba se refería como *democracia sustancial*, bajo esta veda podemos complementar. Que, aunque la teoría económica sea descriptiva también se puede hacer uso del derecho y de lo axiológico.

Como lo propone verdaderamente el sociólogo Alain Touraine (2000: 320):

“...la democracia debe combatir el poder absoluto, el del despotismo militar y del partido totalitario, pero también debe poner límites a un individualismo extremo que podría divorciar a la sociedad civil y la sociedad política para dejar librada esta última, ya que los juegos son fácilmente corruptores, ya al poder invasor de las administraciones y las empresas”.(Cortina, El Mundo de los Valores. Ética Mínima y Educación, 1999)

convertir los votos en escaños parlamentarios (en el caso de elecciones parlamentarias) o en cargos de gobierno (en caso de elecciones para presidente, gobernador, etcétera).

¹¹ En ese sentido, Salazar determina que *la teoría populista de la democracia*, es aquella que apuesta más por los valores y los contenidos de democracia mínima, que serían un juego de elecciones limpias y equitativas.

b) El contexto de la Elección Presidencial en México 2018.

En el apartado anterior se trató de vislumbrar la teoría elitista o económica de la democracia, que puede ser de gran ayuda para explicar en términos más claros cómo se lleva a cabo una elección, de tal manera que a manera de entraremos a los factores contextuales para poder evaluarlos mediante cuadrantes éticos.

b.1) El Mercado Político y los Competidores

Las normas y reglas contenidas en la Constitución Mexicana y sus Leyes Secundarias han dado lugar a una serie de consideraciones importantes, en primer lugar, los competidores deben cumplir con reglas para instaurarse jurídicamente como entes de interés público, es lo que conocemos como los partidos políticos, que de acuerdo a las reglas electorales tienen las facultades adentrarse en la competencia por los cargos de elección popular.

Primeramente, el encargado de organizar las elecciones, el otrora Instituto Federal Electoral, se convirtió en Instituto Nacional Electoral a partir de la Reforma de 2014, lo que significó que entre otras atribuciones se encarga también de los procesos sustanciales en las elecciones estatales, ese tema lo abordarán los abogados y los politólogos de manera magistral; lo que aquí respecta es hacer uso de recursos reflexivos.

En esta serie de reglas, el mercado político está competido por los partidos políticos y por primera vez en una elección a Presidente de México, las candidaturas independientes.

En el año 2018 se renovaron 18,299 cargos de popular (INE, 2018):

- 1 Presidencia de la República
- 500 Diputados Federales
- 128 Senadurías
- 8 Gubernaturas y 1 Jefatura de Gobierno
- 1,596 Presidencias municipales
- 16 alcaldías
- 1,237 Concejales
- 1,664 Sindicaturas
- 12,013 Regidurías
- 19 Regidores étnicos
- Juntas Municipales: 24 Presidencias, 24 Síndicos, 96 Regidurías.

Entre todo eso los partidos políticos mediante las reglas que los rigen deben elegir sus candidatos, tienen la capacidad de lograr coaliciones; para la competencia por la Presidencia de la República se realizaron tres coaliciones:

- *Coalición por México al Frente*: Partido Acción Nacional, Partido de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano. Eligieron como candidato a Ricardo Anaya.
- *Juntos Haremos Historia*: Partido del Trabajo, Movimiento de Regeneración Nacional y Partido Encuentro Social. Eligieron como candidato a Andrés Manuel López Obrador.
- *Todos Por México*: Partido Revolucionario Institucional, Partido Verde Ecologista de México y Nueva Alianza. Eligieron a José Antonio Meade.
- Dos candidaturas Independientes: Margarita Zavala y Jaime Rodríguez

b.2) Los Consumidores

Como lo dice la analogía de la democracia con el mercado, en este caso la Lista Nominal de Electores estuvo compuesta por 89 millones 123 mil, 355 ciudadanos con posibilidad de ejercer su voto.

b.3) El Escaparate.

Como bien lo mencionan las reglas electorales se monitorea el tiempo en radio y televisión por parte de los competidores, de manera tal que se logre llegar a la ciudadanía, así como los recursos que se utilizan para las precampañas y campañas; es la primera elección en que los partidos contendientes a la Presidencia de la República, en la etapa de precampañas no tuvieron adversario algún; mientras que los candidatos independientes tuvieron que realizar un proceso de captura de firmas de ciudadanos a través de un sistema electrónico para poder alcanzar los umbrales que les marca la ley para poder obtener dicho acceso a la contienda.

En el periodo de campañas se realizaron tres debates nacionales que se transmitieron por los medios de información, que tuvieron una cobertura y una confrontación más personal que de programa de gobierno.

B.4) Los Dilemas Éticos.

Adela Cortina (1999: 41-42), menciona que la ética y la moral son dos potencias que apoyan a forjar el buen carácter que permita enfrentar la vida. Por lo tanto, la moral es parte de la vida cotidiana de las personas y los pueblos; mientras que la ética es la filosofía moral, es la práctica de entender

las acciones de la moral en un mundo de valores, entendiendo estos últimos como las acciones positivas de organizar la vida humana.

Por lo tanto, una crisis de la moral repercute en una crisis ética, como lo menciona Bauman (2010) en la época moderna se trató de tener una moral universal y totalizadora, con la llegada del pluralismo se concibe una moral ambigua.

c) Dilema de Ambigüedad

En un sistema democrático como el mexicano, se tienen las reglas consecuentes para que los competidores actúen de manera equitativa. Se tiene una organización como el *Instituto Nacional Electoral* que administra las elecciones, que da las prerrogativas a los partidos políticos. Esta fuerte organización convoca a los ciudadanos no solo a votar, si no a que sean funcionarios de las casillas y que se inmiscuyan en todo el proceso democrático.

El *Instituto Nacional Electoral* es el responsable de que los valores que emanan en la Constitución, así como ser un organismo autónomo donde se discute todo lo relacionado en este terreno

Sin embargo, el sistema más perfecto democráticamente carece de inyección de moral y ética hacia los actores políticos. Las reglas del mercado político son inequitativas, el presupuesto económico de los competidores es inequitativo y se enfrentan a las decisiones de un Tribunal Electoral en segunda instancia.

Los competidores (candidatos) como organizaciones, deben de tener un fin social como organización, procurar un bien con el cual se legitime su

existencia en la sociedad, deben de contener un código ético con el cual las personas actúen.

En la elección a Presidencia de la República, los partidos políticos no ejercieron la democracia interna, los aspirantes a una candidatura independiente, presentaron apoyos ciudadanos falsos para cumplir su umbral (como Jaime Rodríguez Calderón, que por decisión del *Tribunal Electoral* alcanzó la candidatura).

Por otro lado, el ejercicio de los recursos económicos para la obtención de una candidatura independiente y ya para la campaña política, en ese mercado, una de las competidoras (Margarita Zavala), se desistiera de su candidatura a menos de dos meses de la jornada electoral.

d) El Dilema de consumir “lo que hay”.

Los consumidores (votantes), concibieron a los productos (candidatos) y eligieron por la opción que de acuerdo al contexto les pareció la mejor, pero más allá de los resultados, si se mide la competitividad que como ya se puso entre dicho es “desleal”, en primera porque no todos los competidores tienen el mismo alcance para el reconocimiento de los electores.

En segundo, porque los partidos políticos aprovecharon el caudillaje político para hacer un estandarte mediante las coaliciones, es decir, aprovecharon las figuras que suponen fueron más representativas.

El *Partido Revolucionario Institucional* previo al proceso electoral reformó sus estatutos para poder tener un candidato a la presidencia que no necesariamente tuviese afiliación al partido político; lo que buscó fue

aprovechar a un personaje que con una larga trayectoria en la administración pública pudiese dar soporte a la imagen ya desgastada de dicho partido. Esta estrategia no se fusionó con una comunicación política efectiva y llevó a la debacle a toda la coalición. Siendo entonces, la votación más grande de la historia con mayor participación de los votantes y teniendo candidatos que en la arena política y en las campañas no dieron un programa real de trabajo y que aún el presidente electo tiene muchos retos que enfrentar.

Probablemente el desempeño gubernamental de la clase política saliente deja mucho que desear; sin embargo, en términos de la analogía de la que hemos estado hablando, el oferente muestra “lo que hay” y lo que impulsa es ese principio de cambio, de alteración de las cosas, de ruptura con el *status quo* que contagia ambivalentemente a la ética.

Es decir, la moralidad imperante en este contexto fue de cambio, las acciones éticas encaminaron más a los electores al acabose de la corrupción, el producto más acorde a los problemas nacionales y que pudiese dar solución fue ese, es decir, la fórmula de cambio y de hartazgo de la corrupción. Pero en el terreno de la moral, como bien lo menciona Bauman (2010); ...el estado moderno y el mercado moderno “desmodernizan” a quienes se ven afectados, ambos reducen al mínimo las modernas cualidades de la persona moderna: la habilidad de elegir de manera autónoma y de hacer elecciones de verdad importantes.

Lo anterior se adecúa de manera incidental a lo que estamos analizando, la competitividad y la ética. Abonando pues que la competitividad política, entendiéndola como la pluralidad de acciones encaminadas a optimizar los procesos democráticos, debe contener los mínimos éticos necesarios para una acción efectivamente concreta.

Dicho de otra manera, consumir “lo que hay” es como la necesidad que inyecta la publicidad para el consumo de los productos; que si bien hay que

visualizar que la democracia procedimental funciona de forma adecuada, eficaz y eficiente, los actores políticos corren el riesgo de no realizar una evaluación sobre las verdaderas posibilidades políticas.

e) ¿Hacia dónde va la democracia mexicana?

Entendiendo ésta como procedimental, continúa en constante perfeccionamiento, si bien ha sido la elección más grande de la historia, ha sido también de las más costosas, lo que debe plantear una nueva reflexión de que se tiene un organismo autónomo y garante, pero que debe atinar a la transparencia y a la rendición de cuentas, que más allá de eso, éste organismo es un ente moral que puede abonar a la ética democrática abonando a la equidad democrática.

La democracia al igual que el mercado va íntimamente relacionada con la política económica que se desprende de los entes facultados legalmente para ello. La competitividad democrática es uno de los dilemas, por lo tanto, la ciudadanía debe hacer competitivos a los actores políticos, es decir, que los partidos políticos produzcan bienes y mejoras sociales y no sólo los vicios del intercambio particularizado de favores, como lo es el clientelismo.

En el momento que se delinean estas letras se está llevando a cabo la transición en el gobierno. El votante mexicano ha dado cuenta de que implica más el caudillaje para emprender los cambios necesarios, sin embargo, la moral imperante corrompida por las prácticas desleales sigue siendo lo que provoca serios problemas como la pobreza y la desigualdad.

Al igual que el mercado, no existe una mano invisible en la democracia, dejar a los actores racionalmente sin reglas claras llevaría la debacle los espacios que han llevado décadas construir.

f) Bibliografía

Bauman, Z. (2010). Ética Posmoderna. México : Siglo XXI.

Cortina, A. (1999). El Mundo de los Valores. Ética Mínima y Educación. Bogotá: El Búho.

Cortina, A. (2008). Ética en la Empresa. Madrid: Trotta.

Hinich, M., & Munger, M. (2009). Teoría Analítica de la Política. Barcelona: Gedisa.

Instituto Nacional Electoral. (8 de julio de 2018). Numeralia Proceso Electoral 2017-2018. Obtenido de Instituto Nacional Electoral : <https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2018/08/1Numeralia01072018-SIJE08072018findocx-3.pdf>

Nohlen, D. (2008). Sistemas Electorales en su Contexto. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM- BUAP- SCJN.

Rodríguez Arachavaleta, C. M. (2007). Redefiniendo la democracia. Los orígenes de la democracia competitiva: J. Schumpeter. Iberofórum, II(3), 1-15.

Salazar, P. (2014). Política y Derecho. Derechos y Garantías. Cinco ensayos latinoamericanos. México: Fontamara .

Sartori, G. (2005). Teoría de la Democracia 2. Los problemas clásicos. Madrid: Alianza.

Schumpeter, J. (1983). Capitalismo, Socialismo y Democracia T.II. Barcelona: Folio.

Suñol, S. (abril-junio de 2006). Aspectos Teóricos de la Competitividad. Ciencia y Sociedad, 179-198.

Touraine, A. (2000). Crítica de la Modernidad. México: Fondo de Cultra Económica.

4. El *mobbing* (acoso laboral): Una aproximación a los riesgos jurídicos desde la cultura organizacional

Greteel Denevola Barragán Torres y Diego Rivas¹²

a) Introducción

El *mobbing* (acoso laboral) es un fenómeno que lleva décadas estudiándose en diversos países, por diversas ramas y su denominación varía, dependiendo del país donde se estudia o se esté dando esta problemática. Por lo tanto, cuenta con diversos conceptos dependiendo la línea de investigación, pero todos llegan a la misma conclusión: puede ser definido como un acto de violencia psicológica extrema, que sucede de forma recurrente y sistemática, durante un tiempo prolongado, con el objetivo de consumir emocionalmente a la víctima y excluirla de la organización (Leymaan, 1996).

Es un fenómeno que normalmente se origina en las relaciones laborales y en el centro de trabajo. De acuerdo a la literatura este fenómeno puede afectar gravemente en las organizaciones, en virtud que afecta al recurso más importante de la empresa, que es el recurso humano. A la persona que es víctima del *mobbing* le puede ocasionar daños físicos y psíquicos, y a la organización le afecta en aspectos logísticos y económicos.

Esta práctica tiene manifestaciones psicológicas, sociales, éticas y jurídicas con repercusiones culturales, económicas y políticas (Trujillo, Valderrábanos y Hernández, 2007). Afecta los derechos humanos de la víctima, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la igualdad y la no discriminación, la libertad de trabajo y/o profesión y al trabajo digno.

Por tanto es necesario seguir investigando este fenómeno, por las consecuencias económicas y sociales que conlleva. Aún más es importante

¹² Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Actualmente cursando Maestría en Administración por La Universidad Autónoma de Baja California (PNPC). Trabajo de grado tutorado por el Dr. Rivas. Contacto: lic.greteelbarragan @gmail.com

analizarla dentro de las organizaciones, porque las cifras de *mobbing* indican que es un fenómeno en aumento en los centros de trabajo.

El *mobbing* (Acoso laboral)

Para entender la definición de *mobbing* es necesario saber de dónde proviene. Su raíz parece ser el término “*mob*” del latín, que es traducido normalmente como multitud, turba, muchedumbre. Por tal, la expresión “to mob” es traducido como acosar, atropellar, atacar en masa a alguien.

Fue usada por primera vez por el etólogo Lorenz K., 1961 (como se citó en Navarrete, 2010) entendiéndola como los ataques de un grupo de animales más pequeños que amenazaban a un solo animal más grande.

Posteriormente en 1976, fue estudiado por el psiquiatra Brodsky, C., haciendo referencia al trabajador hostigado, a los ataques repetidos de una persona hacia otra para atormentarla, menoscabarla, frustrarla y provocarla (como se citó en Esteban, 2013). Pero no estuvo interesado en analizar estos casos, ya que fueron presentados conjuntamente con otros factores que son los accidentes laborales, estrés psicológico y agotamiento físico, producidos por horarios excesivos y tareas monótonas, y por lo cual hoy se abordan estos temas en otras líneas de investigación (Esteban, 2013).

Leymaan (1996) fue quien empezó a estudiar este fenómeno en las organizaciones y menciona que tomó prestado el termino principios de la década de 1980, cuando encontró un comportamiento similar en los centros de trabajo. Explicó que una característica del *mobbing* es aislar socialmente a la víctima. Leymaan (1996), ha aportado el siguiente concepto:

El *mobbing* es una situación en la que una persona, o varias, ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado, sobre otra u otras personas en el lugar de trabajo, con el fin de destruir sus redes de comunicación, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y conseguir su desmotivación laboral. (p.6)

Asimismo, en el *Congreso de Hamburgo sobre Higiene y Seguridad en el trabajo* (1990) propuso la siguiente definición operativa:

El *psicoterror* o *mobbing* en la vida laboral conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética, que es administrada de forma sistemática por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo, quien, a consecuencia de ello, es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes al menos una vez por semana y a lo largo de un prolongado periodo al menos durante seis meses. (Leymaan, 1990, p.7)

Para la psiquiatra, psicoanalista y psicoterapeuta Hirigoyen (1998) el *mobbing* es una manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, actos, gestos y palabras, escritos que puedan atentar contra la personalidad, dignidad o integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo.

Establece que las personas que son víctimas de acoso no se quieren sentir ofendidas y no se toman en serio las indirectas y vejaciones, por lo cual los ataques se van multiplicando durante un largo periodo de tiempo y se presentan con una cierta regularidad. En este sentido, el psicólogo Piñuel (2001), define al *mobbing*:

Como el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan cruelmente con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y a obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos ilegales ilícitos, o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador (p.38).

El objetivo del *mobbing* es intimidar, opacar, reducir, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad insaciable de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador, que aprovecha la ocasión que le brinda la situación organizativa particular para canalizar una serie de impulsos

y tendencias psicopáticas. (Piñuel, 2001, p.38) Para las autoras Mendizábal y García, (2013):

Es aquel fenómeno producido en el ejercicio o con motivo del trabajo y se caracteriza por una serie de comportamientos acosadores, que atenta contra la dignidad y salud física o mental de un trabajador, esta es de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, ejercida por parte de un compañero, jefe o superior jerárquico, empleador y tienen como objetivo que la víctima sea eliminada de la organización o del entorno laboral del acosador. (p. 305)

Por lo cual podemos comprender en atención a las definiciones de los investigadores que el *mobbing* es el comportamiento de una o varias personas, con el fin de atacar, menospreciar y aislar, a un solo individuo en el desempeño de su jornada laboral. Esta conducta puede ser de forma sistemática durante un tiempo prolongado. Dichos ataques afectan mentalmente y físicamente a la víctima y pueden ocasionar estrés, depresión, ansiedad, baja autoestima, crear un ambiente negativo laboral, y todo esto afecta en la productividad. El objetivo de los atacantes es que la(s) víctima(s) abandone(n) el lugar del trabajo.

En términos jurídicos, para que exista la conducta del *mobbing* y que una persona está siendo víctima del fenómeno se tienen que acreditar:

- a) La existencia de una o más conducta de hostigamiento reconocida como tales (Piñuel, 2001),
- b) La conducta ejercida debe de ser sistemática y reiterada, durante un tiempo prolongado (Piñuel, 2001),
- c) La intencionalidad, el objetivo del acosador que se dirige a dañar, perjudicar, castigar, aislar al trabajador con el fin de lograr su expulsión en la empresa. (Piñuel, 2001),
- d) Estos comportamientos suscitan en el centro de trabajo y de una relación de trabajo, por parte de uno o varios individuos, ya sea del

mismo nivel jerárquico que la persona agredida o de nivel superior (Arcienaga, S. 2012).

b) Tipos de Mobbing

Silvia (2009) precisa que el *mobbing* puede tener diferentes manifestaciones, dependiendo del nivel jerárquico que tenga el acosador y la víctima en la organización.

1. *El Mobbing Vertical Descendente*: Es aquel que se origina cuando el acosador tiene una posición jerárquica superior en el organigrama y la víctima tiene una posición inferior a la suya, siendo el denominador común que el superior se valga de manera abusiva, desmesurada y perversa de su poder (González, 2007). Para López y Vázquez (como se citó González Trijueque, 2007), existen tres subtipos de acoso vertical descendente:
 - a. *Perverso* (con la única pretensión de destruir al subordinado);
 - b. *Estratégico* (con el objetivo de lograr que el trabajador abandone la organización y evitando así iniciar un procedimiento de despido); y
 - c. *Institucional* (como parte de un instrumento de gestión organizacional del conjunto personal).
2. *El mobbing Vertical Ascendente*: No obstante, se considera que este tipo de acoso es el menos frecuente, aunque no por ello inexistente, los superiores también puede ser víctimas del *mobbing*, y el acosador tiene una posición jerárquica inferior a la suya (González, 2007).
3. *El mobbing horizontal*: Este acoso se produce cuando el acosador y la víctima son compañeros en el centro de trabajo, es decir ambos tienen un mismo nivel jerárquico en la organización (Carrillo y Djamil, 2007).

4. Blancas (2007) establece un cuarto tipo de *mobbing*, el *mixto*, refiere que es aquel cuando la víctima puede padecer dos tipos de *mobbing* y este tipo de acoso puede perjudicar un poco más a la víctima.

c) Sujetos en el *mobbing*

Para que exista el *mobbing* es necesario que existan tres elementos: (1) el acosador, (2) la víctima y (3) la organización. El acosador es aquella persona que provoca el *mobbing*, puede ser de manera individual o colectiva en contra de la víctima. Cualquier persona, en cualquier momento, puede ser víctima (Trujillo F., Valderrábano A. & Hernández M., 2007).

d) Perfil psicológico del acosador

El autor Vidal (2008), establece que el perfil del acosador suele ser el de un jefe con un resentimiento contra sus colaboradores. Este tipo de perfil aplica cuando se trata de *mobbing* descendente.

Por otro lado, en el *mobbing* horizontal, el problema está dado por la rivalidad y competencia que se puede llegar a sostener con personas que desempeñan las mismas tareas en la organización. El acosador suele ser una persona mediocre, que persigue a quienes pueden opacarlo frente a otros. Su perfil es un psicópata organizacional que emplea técnicas de ataques sutiles, manipula el entorno para conseguir aliados entre compañeros de trabajo o su silencio ante esta situación, intenta “trepar” rápidamente para desde esa posición ejercitar mejor su acoso (Piñuel, 2001).

Martínez, Muñiz y Martínez (2012) establecieron que el perfil del acosador suele ser una persona: sin sentido de culpabilidad, manipuladora, cobarde, en ocasiones agresiva, y profesionalmente mediocre.

El acosador suele ejercer una violencia exclusivamente psíquica, a través de una actitud hostil y de sus pronunciamientos verbales, pero en ocasiones excepcionales puede llegar a la agresión física.

Asimismo, puede comportarse de forma directa, en cuyo caso, mediante lenguaje contradice, humilla, rebaja y desacredita a la víctima en privado o en público, mientras que en la forma indirecta utiliza cauces retorcidos para agredir psicológicamente a la persona, usando un lenguaje doble vinculante, en el que el gesto y el modo se contradicen con las palabras, o un lenguaje latente, en el que se dan mensajes contradictorios que confunden y desconciertan a la víctima (Castellano y Franco 2000).

e) Perfil psicológico de la víctima

Suelen ser personas con un alto sentido de la moralidad y un nivel de auto exigencia muy rigurosa, sienten un gran respeto a las normas sociales, se preocupan mucho por su imagen, suelen ser autónomos, con iniciativa, gran capacidad profesional y apreciados por sus compañeros de trabajo (Castellano y Franco, 2005).

Pérez (2015) muestra que las investigaciones señalan que en la mayoría de los casos, el *mobbing* afecta a trabajadores brillantes, bien valorados, cumplidos y participativos, personas activas y con gran carisma a las que se intenta presentar como poco inteligentes, holgazanas y conflictivas.

Gonzales de Rivera (2000), clasifica a las personas con mayor riesgo de padecer *mobbing* en tres grandes grupos:

- (1) *Los envidiables*: personas brillantes y atractivas, consideradas peligrosas o competitivas por los líderes implícitos del grupo, que se sienten amenazados por su mera presencia.

(2) *Los vulnerables*: Individuos con alguna peculiaridad o defecto, necesitados de afecto y aprobación, que dan la impresión de ser *inofensivos e indefensos*.

(3) *Los amenazantes*: Individuos activos, eficaces y trabajadores, que ponen en evidencia lo establecido y pretenden imponer reformas o implantar una nueva cultura en la organización.

Además, Mundéate, Ganaza, y Euwema (1999); Zapf y Gross (2001), encontraron en sus investigaciones que hay una gran diversidad en cuanto a la forma en que la gente reacciona ante los conflictos interpersonales. Los mismos indican que algunas personas son más sensibles que otras y que algunas reaccionan de manera más dramática ante las situaciones de acoso.

f) Perfil institucional de las Organizaciones favorecedoras del mobbing

Verona, Déniz y Santana (2014) “describen que el *mobbing* tiene lugar en una organización y por tanto es responsable de este grave problema laboral” (p. 415). “Se comprueba que no se trata de un problema episódico o interpersonal, sino de un problema estructural y estratégico que tiene sus raíces en factores organizativos, culturales y sociales más amplios (Silvia, 2012, p.86).

Por otro lado, también existen perfiles de las empresas que favorecen que se produzca este tipo de conductas (Verona, Déniz y Santana, 2014). Ramalho (como se citó en López y Seco, 2016) considera que constituyen prácticas de *mobbing*, aquellas empresas que por reducción de costos laborales fomentan una estrategia de reducción de personal, en un contexto de crisis, reestructuración y/o fusión. En este sentido se puede decir que el *mobbing* se inserta en una estrategia de salida de trabajadores poseedores de determinados atributos o cualidades: la antigüedad, la cualificación, las competencias” (López y Seco, 2016, p.375).

En un primer momento, desde la dirección de la empresa, se institucionalizan prácticas de *mobbing*, por ejemplo: de manera reiterativa se anuncia una inminente reducción de la plantilla, construyendo un ambiente de zozobra y miedo al despido, de inseguridad laboral que minimiza la confianza individual y colectiva de los trabajadores situación que en algunos casos, apresura la negociación del retiro.

En un segundo momento se puede manifestar en la modalidad de llamadas persistentes a negociar el retiro voluntario vía prejubilaciones o negociaciones, restricciones a herramientas y dotaciones de trabajo, situaciones de abuso de poder en las que arbitrariamente se reclasifican los cargos y la movilidad ligada a los mismos, se adelantan proyectos de flexibilidad horario y salarios, y condiciones de trabajo en general; o situaciones caracterizadas por no asignar ninguna función a trabajadores sometidos a negociación. (López y Seco, 2016, p.376)

López y Vázquez (2003), establecen que el carácter cerrado o autosuficiente de algunas organizaciones favorecen estas conductas. Y que en tanto que en aquellas prevalecen aspectos como el poder o el control sobre la productividad, la cooperación o la eficacia, estos se constituyen en factores clave para que en una empresa aparezca el *mobbing*.

López y Vázquez (2003) indican que “a lo anterior se pueden añadir otros aspectos que también favorecen a la aparición del *mobbing* en el trabajo en una empresa como son: (a) una pobre organización del trabajo, (b) una deficiente gestión de los conflictos, (c) un estilo de dirección autoritario, (d) el fomento de la competitividad interpersonal como valor cultural, (f) la ausencia de ética empresarial, (g) la falta de formación en *management* y liderazgo, (h) el fomento del clima de inseguridad personal y laboral, (i) la persecución de la solidaridad, la confianza y el compañerismo como valores sospechosos o anti empresariales, (j) una alta burocratización, (k) una elevada sobrecarga de trabajo y (l) Que la productividad no sea evaluada de forma externa” (p.418).

Moreno, Rodríguez, Garrosa y Morante (2005) “Muestran en su estudio empírico una pobre política organizacional y la existencia de contratos temporales o de obra (inestabilidad laboral) están asociadas con la aparición del *mobbing* en el trabajo” (p. 630). Mientras que en el estudio empírico de Muñoz (2006) en las empresas donde se da un clima de metas parece ser un entorno propicio de las prácticas de *mobbing*, al igual que los procesos de cambio organizacional” (p. 355)

Por su parte, Rodríguez, Martínez, Moreno, Gálvez (2006) “Demuestran en su estudio que la dificultad de la tarea a realizar y un exigente ritmo de trabajo favorecen la aparición del *mobbing*, mientras que la autonomía y reconocimiento del trabajo realizado atenúan su presencia en la organización” (p.33). En otra investigación realizada por Topa, Morales y Gallastegui (2006) “Comprueba en su estudio que la cultura que existe en la organización fomentara o desalentara la aparición del *mobbing*, ocurriendo lo primero si se permite o alienta la violencia psíquica y lo segundo si no es tolerada” (p.766).

Asimismo, reconocen que entre los factores que incrementan o posibilitan el favorecimiento del *mobbing* en una organización son las estructuras jerárquicas pronunciadas y acentuadas el poder, todo esto tiene que ver con determinado estilo de liderazgo, con alta concentración en la figura de la autoridad (Topa, Morales y Gallastegui, 2006).

La cultura organizacional y los estilos de liderazgo están siendo cada vez más identificados como factores claves en el desarrollo del *mobbing* y están siendo objeto de estudio en las investigaciones. Para Sánchez (1999), “Es un error confundirlo con la conflictividad cotidiana que se da en todos los ambientes laborales debido a las tensiones y a la convivencia forzada en espacios restringidos” (p. 238).

El *neomanagement* es otro factor favorecedor del *mobbing*. Se entiende que es aquella forma de dirigir organizaciones y personas mediante la continua destrucción de los recursos humanos, del clima laboral y del entorno organización (Verona et al, 2012). “Así como los jefes tóxicos y sus víctimas,

lo que permite hablar de la existencia de ‘organizaciones tóxicas’ en el mundo empresarial, pues trabajar en ellas perjudica la salud de una gran parte de sus trabajadores” (Piñuel, 2004, p. 69).

Los psicópatas organizacionales aniquilan el capital intelectual humano y extinguen la creatividad, la iniciativa y la comunicación en las organizaciones en la que se instalan, ello da lugar a que las personas subyugadas o sometidas por el miedo se transformen en trabajadores desmotivados y alineados de su propio trabajo y así, propagan a su alrededor una atmósfera de mediocridad y de temor. Pero no todas las empresas son iguales y algunas, no muchas, se dan cuenta de que no resulta de interés para ellas mantener en su seno managers tóxicos dando el coste humano y económico derivado de la devastación organizativa que generalizan a su alrededor (Piñuel, 2004, p.77-103).

“Lamentablemente, no todas las empresas piensan así y mantienen y fomentan este tipo de jefes tóxicos y conductas, y el hecho de que las cifras de acoso laboral siga aumentando es una muestra palpable de ello” (Verona et al, 2014, p. 420).

“El mobbing implica para la empresa el deterioro de las relaciones interpersonales, de la organización del trabajo y del entorno laboral general”(Gimeno, Grandio y Marques, 2012, p.44). Todo esto acaba generando una organización tóxica, e impide el desarrollo de una organización altamente capacitada para el desarrollo propio y de su entorno (Mejías, Carbonell, Gimeno y Fidalgo, 2011).

g) Secuelas de las personas víctimas del *mobbing*

Leymaan (1996), opina que las consecuencias sobre la salud de la víctima dependen de la duración del acoso, la intensidad de la agresión y la vulnerabilidad de la víctima. Así mismo, Boada y Col (2003) el *mobbing* tiene

varios efectos, ya que afecta a las relaciones interpersonales y su motivación. Luna (2003) indica que produce consecuencias psicológicas y de distorsión cognitiva.

A las personas que han sido perjudicados por la conducta del *mobbing* afecta su nivel personal, sus relaciones interpersonales y su motivación, justamente, porque tiene que enfrentar conductas de exclusión, aislamiento social, desprestigio laboral, que conlleva grandes esfuerzos y desgaste psicológico. En el ámbito psicosocial, la persona experimenta: estrés laboral, depresión, irritación, manifestaciones psicosomáticas, baja autoestima y ansiedad.

Generalmente, cuando las personas acuden a consulta médica o psicológica son diagnosticadas con depresión, ansiedad y estrés postraumático (Boada y col., 2003).

Mikkelsen y Einarsen (como se citó en Peralta, 2006), en sus investigaciones han reportado que a las víctimas les afecta negativamente, produciendo síntomas como baja autoestima, ansiedad, perturbaciones en el sueño, pesadillas recurrentes, problemas somáticos, dificultades de concentración, irritabilidad y sentimientos de depresión y auto derrota.

Desde el punto de vista clínico, fue Leymaan (1996) quien señalo que el estrés postraumático es probablemente el diagnostico psicológico para el 95% de los sujetos sometidos al *mobbing*.

Es claro que el *mobbing* puede provocar modificaciones en el carácter y calidad de vida de la persona.

h) Consecuencias en la Organizaciones por la presencia del mobbing

Las consecuencias perjudiciales del *mobbing* en una empresa las afecta y, desfavorablemente. Hirigoyen (2001), Las grandes empresas no son las únicas en la que se produce el *mobbing*, en las pequeñas y medianas

compañías también parecen este comportamiento (...). “Los costes económicos, sociales y de bienestar que supone el problema organizativo del *mobbing* son elevados”(Gimeno, Grandio y Marques, 2012, p.44)

El despliegue del *mobbing* en las organizaciones afecta, al menos, a tres subsistemas interrelacionados: la productividad y competitividad empresarial, la salud y la seguridad de los trabajadores y el desarrollo de la comunidad (Gimeno, Grandio y Marques, 2012). Deben de soportar todos los costos indirectos que recaen en pérdidas económicas, las consecuencias del *mobbing* son:

a)Disminución en la productividad, rendimiento y baja eficacia todo por consecuencia del mal clima laboral; b) Aumento de trabajo por las bajas laborales, enfermedades y accidentes de trabajo ocasionados por el *mobbing*; c) La capacitación del nuevo personal para cubrir a los que se encuentran incapacitados o las bajas laborales, así como el costo del tiempo de adaptación; d) Perdida del personal eficiente víctima del *mobbing*; e)El clima laboral negativo dificultara el trabajo en equipo, y la comunicación entre los compañeros; f)Ausentismo y rotación de personal; g) Enfermedades, accidentes de trabajo e incapacidades anticipadas; h) Indemnizaciones por los daños ocasionados; i)Demandas y denuncias derivados del acoso laboral que suscite en la empresa; j) Mala reputación para la empresa (López y Vázquez, 2003,p.76)

Todo esto terminara reflejándose en el producto final que ofrece la empresa, acarreando efectos negativos. Al hacerse público el caso de *mobbing* se dará una imagen a los clientes, proveedores y a la sociedad, en general, una imagen que no resulta positiva (Verona, et all, 2014).

Pero lo cierto es que la empresa en la que acontece un acto de *mobbing* tiene un problema que no puede obviar, tiene que resolverlo lo antes posible.

Para poder eliminar el *mobbing*, se necesita un comportamiento serio, ético y responsable por parte de la organización y tiene que defender los intereses de sus trabajadores y establecer los mecanismos adecuados para conseguir, tener y mantener un ambiente de trabajo seguro, apropiado y libre de cualquier riesgo (Hirigoyen, 2001).

Leymaan, (1996) afirma que un buen directivo debe ser capaz de leer los primeros síntomas de un proceso de mobbing en curso.

Por su parte, la organización y sus miembros tienen que encargarse de muchas cuestiones pero eso no los exonera de luchar contra el *mobbing*, es necesario que una vez que la organización empiece a detectar estos comportamientos es necesario erradicarlo, tienen que proteger a sus trabajadores del *mobbing*.

i) El *mobbing* (acoso laboral) y su interdisciplinariedad

No obstante como ya se advirtió el *mobbing* ha sido estudiado a partir de la décadas de los ochentas, Heinz Leymaan fue el primero en conceptualizar el *mobbing* en una cuestión laboral, a partir de sus investigaciones este fenómeno se ha explorado en diferentes líneas de investigación y se ha convertido en un punto de mira para los psicólogos, sociólogos, juristas y administradores.

El interés se debe por ser una problemática de salud social y sus consecuencias económicas. Los artículos científicos del *mobbing* se basan en las consecuencias tanto en la víctima, organización y sociedad, sobre los perfiles del acosador y la víctima, las características de la organización y las causas del mismo.

Cada línea de investigación muestra su interés en el fenómeno en una particularidad como se establece en la tabla 1.

Tabla 1.

El mobbing en diferentes líneas de investigación

Acto de violencia psicológica extrema, de forma recurrente y sistemática,	<u>Reconoce que el fenómeno siempre ha existido,</u> y que solo a raíz de las profundas	Comportamiento individual o de grupo en el que se establecen relaciones de	Hechos, actos u omisiones reiterados por partes del empleador o

durante un tiempo prolongado, <u>con el objetivo de consumir emocionalmente a la víctima y excluirla de la organización</u> (Leymann, 1996).	transformaciones en la producción y en la organización del trabajo sale a la luz (Arcienaga, 2013).	acoso y hostigamiento entre dos o más integrantes de un equipo de trabajo; <u>provocando un clima de hostilidad y violencia,</u> lo anterior <u>provoca un deterioro</u> en forma irreversible en el buen <u>desempeño</u> y la salud de los trabajadores (Trujillo, Rosas, Rivas y Gutiérrez, 2008).	cualquiera de sus dependientes, por los cuales se configura <u>la violación al derecho a la dignidad, derecho a la integridad moral, a la intimidad, a la imagen, a un medio de trabajo adecuado,</u> entre otros: mediante maltrato, injuria, amenaza, hostigamiento u otro tipo degradante produciendo un daño (Marques, 2010).
--	---	---	---

Fuente: Elaboración propia

j) El *mobbing* y su relación con la psicología y psiquiatría

En las últimas décadas el *mobbing* ha sido uno de los tópicos de la investigación en el ámbito de la Psicología y de la psiquiatría, Leymaan (1980) fue quien lo aplico por primera vez en las organizaciones humanas (psicología organizacional).

Como se ha mencionado el *mobbing* a través de sus conductas de hostigamiento de manera sistemática y recurrente provocan un deterioro a la salud física y mental de los individuos, es muy necesario relacionarla con la psicología y psiquiatría todo esto radica en el daño psíquico que se produce en la víctima (Tabla 2 y 3).

Ante este panorama, cobran importancia todas aquellas actuaciones psicológicas que favorezcan la recuperación y potencien el bienestar personal y profesional. Las publicaciones relativas a la recuperación del acoso han sugerido la eficacia de la intervención cognitivo conductual en contexto grupal (Rodríguez, Osona, Domínguez, y Comechel, 2009) y la necesidad de apoyo psicológico durante el proceso jurídico (Groebtinghoff y Becker, 1996), así como la psicología forense que cuenta con mayor presencia en los juzgados y son los que asesoran a los jueces y tribunales acerca de las posibles lesiones psicoemocionales que implica el acoso laboral y sus daños psíquicos.

Tabla 2.

Efectos del acoso sobre la salud del trabajador afectado

Síntomas psicosomáticos de estrés	Pesadillas, dolores de estómago, diarrea, colon irritable y náuseas.	Falta de apetito, sensación de nudo en la garganta, llanto y aislamiento.
Síntomas de desajuste del sistema nervioso autónomo.	Dolores de pecho, sudoración, sequedad en la boca y palpitaciones	Sofocos, sensación de falta de aire, hipertensión, hipertensión arterial.
Síntomas de desgaste físico producido por un estrés mantenido durante mucho tiempo.	Dolores de espalda y lumbares	Dolores musculares y cervicales
Trastornos del sueño.	Dificultad para conciliar el sueño y sueño interrumpido.	Despertar temprano.
Cansancio y debilidad.	Fatiga crónica	Desmayo y temblores

Fuente: Pinuel y Zavala, I, (2001) Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Madrid: Ed. Sal Terrea: 154.

Tabla 3.

Cambios de personalidad tras una situación de acoso

Personalidad Predominantemente Depresiva	Sentimiento de vacío y desesperanza, incapacidad crónica para disfrutar o sentir placer con nada y elevado riesgo de presentar conductas adictivas.
Personalidad Predominantemente resignada	Aislamiento social voluntario, no se siente parte de la sociedad y muestra una actitud cínica hacia el mundo.

Fuente: Pinuel y Zavala, I, (2001) Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Madrid: Ed. Sal Terrea: 182

No obstante, resulta clave la intervención sobre procesos emocionales consecuentes del acoso laboral, una estrategia para la víctima y poder recuperar su autoestima y romper el proceso del acoso laboral es la psicología (Piñuel, 2001).

En consecuencia resulta estimable que una situación de acoso laboral conlleva un daño psíquico, provoca un trastorno funcional de su existencia, trastorno que habría sido producto de una alteración general de su rendimiento (Hernán, 2003).

En términos generales el *mobbing* ha sido investigado mayormente en la psicología y la psiquiatría y se advierte que estas disciplinas son muy importantes en los factores de los daños psíquicos de la víctima; la terapia para sobrellevar estas situaciones; como peritos en caso de existir un proceso ante tribunales, y sobre las características de los perfiles del acosador y de la víctima. Estas líneas de investigación van ligado con otras disciplinas para poder prevenir y combatir esta problemática.

k) El mobbing y su presencia en la sociología.

Desde el ángulo de la sociología (Romero, 2006) el *mobbing* es una conducta desviada respecto de lo que se prescribe el control social. Por ello es necesario que existan sanciones para limitar o controlar esta conducta, pues atenta contra la cohesión y la integración de la sociedad y de los grupos sociales. La sociología estudia, por un lado, los efectos del problema en la sociedad y por otro las posibles causas del mismo (Pascucci, 2004).

Los efectos perjudiciales del acoso van más allá del individuo que lo sufre y acaban por trasladarse a la sociedad en su conjunto. La amenaza que el acoso representa para la sociedad se basa en el modelo de relación humana que pretende instaurar. Los valores sociales que se derivan del acoso moral chocan frontalmente con los principios éticos en los que se pretende basar la convivencia humana del Estado social y democrático de Derecho (Pascucci, 2004).

La sociedad no debería ser permisiva con este tipo de conflictos. No debería ignorarlos por el bien de la sociedad. Si queremos que principios de convivencia tan valiosos como el respeto mutuo, la tolerancia e, incluso, la solidaridad prevalezcan en un mundo cada vez más aparentemente sensible ante las violaciones de los derechos humanos, se debería poner freno rápida y contundentemente a comportamientos de estas características (Hirigoyen, 2001).

l) El *mobbing* y su perspectiva en la administración

De acuerdo a la administración moderna reconoce que el capital humano es el recurso más importante para que la organización pueda cumplir con los objetivos y puede determinar el éxito o el fracaso de las organizaciones públicas y privadas. Sin embargo, la administración del siglo XXI todavía no logra resolver problemas ancestrales relacionados con las conductas negativas de las personas que trabajan en ellas, tal es el caso del *mobbing*.

El *mobbing*, Trujillo, Valderrabano y Hernández, (2007) es una agresión que contribuye a generar un ambiente laboral que no favorece al buen

desempeño de la organización. La cultura y el clima organizacional que exista puede fomentar algunos comportamientos y actitudes de enfrentamiento y agresión entre el personal y pueden desembocar el surgimiento del *mobbing*.

Tabla 4.

Factores que propician el mobbing en las organizaciones.

Cultura Organizacional	Es un sistema de creencias y valores compartidos que se desarrollan dentro de una organización, esta guía y orienta la conducta de sus miembros (Chiavenato, 2006).	Las acciones violentas, irrespetuosas, abusivas y humillantes, el poder absoluto de los jefes, reestructuraciones inequívocas, servicios empobrecidos y rutinarios. Todos estos y otras situaciones que se caracterizan por prácticas nocivas, propician una cultura con <i>mobbing</i> (Freitas, 2001).
Clima Organizacional	Es una serie de características del medio ambiente interno de la organización tal y como lo perciben sus miembros (Brow y Morge, 1990).	Puede ser un obstáculo para el buen desempeño de la institución, y es un factor de distinción e influencia en el comportamiento de quienes la integran, resulta notorio que cuando existen conductas violentas ello traerá aparejado consecuencias negativas al clima laboral y consecuentemente en el desempeño de los trabajos (Varela, Osvaldo, Puhl, Stella e Izcurdia, 2013).
Gestión de Personal	Es el conjunto de las	Tiene a ser caracterizado

	prácticas administrativas puestos en ejecución por la dirección de una empresa para alcanzar objetivos que en ella se haya fijado, así como los valores, filosofías que componen la cultura organizacional.	por medio de mecanismos, a través de amenazas, comparación entre grupos, rechazando al grupo actual, exigencias más allá de su alcance; horarios extraordinarios, perturbar compromisos privados, entre otros. Darchanchy (citado por Da Rosa, et al, 2013)
--	---	---

Fuente: Elaboración propia

El *mobbing* causa grave daños a la organización, primero es con la destrucción del ambiente de trabajo y ocasiona un aumento de inseguridad, todo esto puede originar bajo rendimiento, baja productividad, ausentismo, bloqueo de creatividad y de la innovación, así como comportamientos erráticos, ausentismo y rotación de personal.

Es necesario comprender la naturaleza y todos los factores cíclicos y estructurales que favorecen la aparición del acoso laboral en las organizaciones (Da Rosa, Silva y Krawulki, 2013) y se encuentra como un desafío para la administración.

Una de las características de acoso laboral es la invisibilidad Heloani (como se citó en Da Rosa, Silva y Krawulki, 2013), se ha presentado una conducta de omisión frente al fenómeno y sus manifestaciones que son alertas para, los gerentes de recursos humanos, gestión de personas aunque son conscientes que existe este problema oscilan entre la negación y la perplejidad del problema. Deben de estar atentos a estos indicadores, para poder intervenir de manera adecuada y dejando de ser omisos a este fenómeno.

Para que una persona pueda trabajar bien debe sentirse bien consigo misma y con todo lo que gira alrededor de ella. Por lo que su detección, su prevención y el saneamiento resulta altamente recomendado para tener una buena productividad.

Es necesario que se invierta en todos los sectores y niveles jerárquicos para la formación de sus gestores, cuestiones relacionadas con el acoso laboral, como son su conceptualización, tipología, daños que ocasiona en la víctima y organización y todo eso a través de capacitaciones, códigos de ética y reglamentación.

m) El *mobbing* en el ámbito jurídico

La figura del *mobbing* ya no es desconocida para el derecho del trabajo. Actualmente se ha ido incorporando en el ámbito jurídico la noción del acoso laboral. El concepto del *mobbing* tiene una influencia de la psicología, en algunos países se tomó como base al momento de legislar, y en otros países se ha seguido el concepto usado por la psicología (Ugarte, 2012).

Pero, por otra parte, el problema de la definición jurídica del acoso psicológico en el trabajo ha sido un tema ampliamente discutido tanto por investigadores como por juristas, así, por ejemplo, para Molina 2001 (citado por López y Vázquez, 2003), los principales problemas que derivan del tratamiento jurídico del *mobbing* son los siguientes:

1) Un problema de tipificación normativa del comportamiento o delimitación de la conducta jurídicamente relevante (definición del supuesto de hecho o ámbito material de aplicación de las normas);

2) Un problema de fundamentación jurídica (delimitación del derecho fundamental vulnerado de forma específica por el comportamiento del acosador u hostigador, ya sea empresario o cualquier otra persona de la línea jerárquica); y

3) Un problema de selección de la técnica reguladora más adecuada para una tutela efectiva y eficaz del derecho lesionado y fijación de las consecuencias jurídicas o sanciones derivadas del comportamiento ilícito llevado a cabo.

n) Elementos jurídicos del *mobbing*

Para que se tenga contemplado el *mobbing* apegado a derecho es necesario que se den determinados elementos:

1. La existencia de una conducta persistente o recurrente.
2. Que la conducta sea de manera sistemática
3. Existencia de una finalidad o intencionalidad determinada.
4. Resultados lesivos a determinados derechos del trabajador

En la actualidad el *mobbing* constituye un problema prioritario que afecta derechos fundamentales del ser humano, afecta la dignidad, genera desigualdad, discriminación, estimación y conflictos (OIT, CIE, OMS, y ISP, 2002, citado por Dávila L., Carvajal O., 2013).

o) Regulación legal internacional del *mobbing*: análisis comparado

La problemática que surge es que son pocos los países que han regulado el *mobbing*. En la *Unión Europea* se ha reconocido la importancia del *mobbing* como una problemática que afecta la seguridad y la salud de los trabajadores. Algunos estados cuentan con una normatividad específica para luchar contra el fenómeno; en cambio, otros lo regulan en diversas disposiciones: leyes laborales, códigos penales, de seguridad y salud en el trabajo (Morales, 2016, p.83-84).

Los primeros países que iniciaron fueron Suecia, Francia, Bélgica, Italia, Reino Unido, han optado por legislar esta conducta (Ver tabla 5).

Tabla 5
Cuadro comparativo legislación del *mobbing* Europa

Suecia	1993	Ley Básica de Prevención de Riesgos	Prevención y medidas para la recuperación de las víctimas.

Reino Unido	1997	Ley de protección contra el acoso (Protection from Harassment act)	Tiene una responsabilidad civil a quien incurran en conductas de acoso; además habilitan el despido mediante un proceso sumario y se considera un delito y se castiga con prisión o multa.
Francia	2002	Ley 2002/73 De Modernización social y el código penal.	Busca luchar contra el <i>mobbing</i> , así como las medidas que debe de adoptar el empresario para garantizar y proteger la seguridad, física y mental de sus trabajadores y se tipifica en el código penal como delito.
Italia	2005	Ley N ° 38 Sobre la protección de la salud psicofísica de la persona en el lugar de trabajo y la prevención y contraste del fenómeno de acoso moral.	Incorpora deberes, responsabilidades y caminos específicos por parte de los empleadores.
Bélgica	2007	Ley sobre la prevención de la violencia psicológica en los lugares de	Hace énfasis en la prevención, y crea la figura de un mediador para dirimir los

		trabajo.	conflictos derivados de una denuncia.
--	--	----------	---

Fuente: Elaboración propia

En América Latina se ha identificado muy poco la regulación del mobbing; sin embargo, se puede observar que ya existen pocos países que cuentan con una legislación específica; algunos han modificado sus códigos de trabajo, y otros, en cambio, aplican disposiciones prevista en diversos ordenamientos jurídicos: constitucionales y legales (Morales, R., 2016) Colombia, Argentina, Brasil, Costa Rica, México han sido uno de estos países (ver tabla 6).

Tabla 6.

Cuando comparativo de la legislación del *mobbing* en América Latina

Brasil	2000	Ley °12.561 de 2006, de Rio Grande de Sul; Ley °3.921 de 2000, de Rio de Janeiro; Ley °63 de par, y la ley °12.250 contra el asedio moral de 206, del estado de Sao Paulo; ley 1.163/200 de Iracemapolis, Sao Paulo; Ley 2.120 de Ubatuba; ley 3.671/2002 entre otras.	Este país ha expedido diversas legislaciones estatales bajo el término asedio moral y como objetivo prevenir, controlar, sancionar y erradicar el fenómeno. Define el mobbing y especifican sanciones.
Argentina	2002	Ley N° 7.232 de la provincia de Tucumán; Ley N° 5349 de la provincia de Jujuy; Ley N°13,186 de la Provincia de	Se ha regulado el fenómeno bajo la denominación de violencia laboral y existen ocho leyes de carácter provincial y municipal.

		Buenos Aires; Ley N°1225 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Ley N° 12.434 de la Provincia de Santa Fe; la Ley N° 4.148 de la Provincia de Misiones y la Ley N° 9.671 de la Provincia entre ríos.	Establecen un marco jurídico para prevenir, controlar, sancionar y erradicarlo.
Venezuela	26 de julio del 2005	Ley Orgánica de Prevención, condiciones y medio Ambiente de Trabajo.	Garantiza las condiciones de seguridad, salud y bienestar en un ambiente de trabajo adecuado, propicio para el ejercicio pleno de facultades físicas y mentales.
Colombia	23 de enero del 2006	Ley 1010/2006	Contempla de forma específica, acciones que afectan las condiciones de trabajo, actos de agresión, denuncias, y establece un listado de las conductas que no constituye acoso laboral.
Chile	08 de agosto del 2012	Ley N° 20.607 modifica el Código del Trabajo	Se incorpora y se sanciona las prácticas de acoso laboral, incluyendo a los funcionarios públicos y

			municipales.
--	--	--	--------------

Lo cierto es que la mayoría de los países latinoamericanos, hasta el momento, carecen de leyes específicas contra el *mobbing* y se basan en normas de carácter general tanto constitucional, códigos de trabajo, código penal, código civil, reglamentos administrativos entre otros (Morales, 2016).

p) Situación actual del *mobbing* en México

El *mobbing* se empezó a estudiar por los integrantes de la LXXI Legislatura del Congreso del Unión, quienes sometieron al pleno la iniciativa laboral para adicionar el artículo 3ro bis de la Ley Federal de Trabajo. Esto respecto que la figura del acoso laboral no se encontraba incorporada y no existía un marco legal donde se sancionara al acosador y proteja en forma efectiva a las víctimas.

El 30 de noviembre del 2012 salió el decreto donde se reformo, adiciono y derogo diversas disposiciones de la Ley Federal de Trabajo (LFT, 2012) en el Diario Oficial de la Federación.

De alguna manera fue un avance para nuestro país porque incorporo el acoso laboral bajo la denominación de “hostigamiento”, regulándolo por primera vez y distinguiéndolo del acoso sexual; sin embargo, la definición es bastante limitada (Morales, 2016).

Tabla 7.

Cuadro comparativo de la conceptualización de hostigamiento y acoso sexual.

Ley Federal de trabajo Art. 3o bis.- a)	Hostigamiento.-	Ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa

		en conductas verbales, físicas o ambas.
Ley Federal de trabajo Art. 3o bis.- b)	Acoso sexual.-	Forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

Por otro lado, en la misma reforma laboral, se adicionaron y reformaron los siguientes artículos referentes al hostigamiento y acoso sexual

Art.47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

VIII. Cometer el trabajador actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo;

Art. 51.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador:

II. Incurrir el patrón, sus familiares o cualquiera de sus representantes, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, hostigamiento y/o acoso sexual, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos;

Artículo 133.- Queda prohibido a los patrones o a sus representantes:

XII. Realizar actos de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el lugar de trabajo;

XIII. Permitir o tolerar actos de hostigamiento y/o acoso sexual en el centro de trabajo;

Artículo 135.- Queda prohibido a los trabajadores:

XI. Acosar sexualmente a cualquier persona o realizar actos inmorales en los lugares de trabajo.

Artículo 994. Se impondrá multa, por el equivalente a:

VI. De 250 a 5000 veces el salario mínimo general, al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo; al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores.

Podemos decir que el mobbing, dada las circunstancias en las que se da, se puede considerar como un riesgo de trabajo, como una contingencia de salud que puede sufrir un trabajador con motivo del desarrollo de su trabajo, o bien como un accidente de trabajo, ya que se puede entender como cualquier estado físico, mental y social que afecta al trabajador y que puede ser consecuencia del acoso laboral (Bermúdez y García, 2012).

El 08 de Julio del 2014 salieron publicadas en la Gaceta del semanario judicial de la federación tres tesis aisladas.

La primera tesis aislada laboral nos habla sobre la noción y la tipología del mobbing:

Es una conducta que se presenta dentro de una relación laboral, con el objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente a la víctima, con miras a excluirla de la organización o a satisfacer la necesidad, que suele presentar el hostigador, de agredir o controlar o destruir; se presenta, sistémicamente, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles hacia uno de los integrantes de la relación laboral, de forma que un acto aislado no puede constituir acoso, ante la falta de continuidad en la agresión en contra de algún empleado o del jefe mismo; la dinámica en la conducta hostil varía, pues puede llevarse a cabo mediante la exclusión total de cualquier labor asignada a la víctima, las agresiones verbales contra su persona, hasta una excesiva carga en los trabajos que ha de desempeñar, todo con el fin de mermar su autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad, lo cual agrava por la vulnerabilidad del sujeto pasivo de la que parte. Ahora

bien, en cuanto a su tipología, ésta se presenta en tres niveles, según quien adopte el papel de sujeto activo: a) horizontal, cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre compañeros del ambiente de trabajo, es decir, activo y pasivo ocupan un nivel similar en la jerarquía ocupacional; b) vertical descendente, el que sucede cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre quienes ocupan puestos de jerarquía o superioridad respecto de la víctima; y, c) vertical ascendente, éste ocurre con menor frecuencia y se refiere al hostigamiento laboral que se realiza entre quienes ocupan puestos subalternos respecto del jefe victimizado.

La segunda tesis aislada constitucional establece las vías que cuenta la víctima para hacer efectivos sus derechos:

La persona que sufre daños o afectaciones derivadas del acoso laboral (*mobbing*) cuenta con diversas vías para ver restablecidos los derechos transgredidos a consecuencia de esa conducta denigrante. Al respecto, se parte de la base de que la verificación de ese tipo de comportamiento genera daños y afectaciones en el trabajador acosado, quien posee una serie de soluciones o alternativas legales para demandar lo que estime necesario, las cuales se traducen en diferentes acciones que la ley prevé como mecanismos para garantizar el acceso a la justicia y el recurso judicial efectivo a que se refieren los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Ley General de Víctimas, según lo que el afectado pretenda obtener. Así, por ejemplo, si pretende la rescisión del contrato por causas imputables al empleador -sustentadas en el acoso laboral (*mobbing*) ese reclamo debe verificarse en la vía laboral; si, por otro lado, sufre una agresión que pueda considerarse como delito, tendrá la penal para lograr que el Estado indague sobre la responsabilidad y, en su caso, sancione a sus agresores; asimismo, podrá incoar la vía administrativa si pretende, por ejemplo, que se sancione al servidor público que incurrió en el acto ilícito, o la civil, si demanda una indemnización por los daños sufridos

por esa conducta; de ahí que cada uno de esos procedimientos dará lugar a una distribución de cargas probatorias distintas, según la normativa sustantiva y procesal aplicable al caso específico, a la que el actor deberá sujetarse una vez que opte por alguna de ellas.

La tercera tesis aislada civil establece la carga probatoria cuando se demanda de la

Indemnización por daño moral en la vía civil:

Cuando la persona que ha sufrido el acoso laboral (mobbing) opte por demandar el pago de una indemnización por daño moral, está obligada a demostrar los elementos propios de esa acción en la vía civil, con la carga de probar los siguientes elementos: i) el objetivo de intimidar, opacar, aplanar, amedrentar o consumir emocional o intelectualmente al demandante, con miras a excluirlo de la organización o satisfacer la necesidad, por parte del hostigador, de agredir, controlar y destruir; ii) que esa agresividad o el hostigamiento laboral ocurra, bien entre compañeros del ambiente del trabajo, o por parte de sus superiores jerárquicos; iii) que esas conductas se hayan presentado sistemáticamente, es decir, a partir de una serie de actos o comportamientos hostiles, pues un acto aislado no puede constituir acoso; y, iv) que la dinámica en la conducta hostil se desarrolle según los hechos relevantes descritos en la demanda. De ahí que cuando queda demostrada la conducta de acoso laboral (mobbing) existe la presunción ordinaria sobre la afectación del valor moral controvertido; sin que sobre este elemento se requiera de mayor acreditación, pues no puede dudarse la perturbación que producen en el fuero interno de un individuo las conductas apuntadas, ya que el reclamo de una reparación por esos actos da noticia de que la víctima se sintió afectada en sus sentimientos. Así, la conducta ilícita de la demandada es susceptible de demostrarse, ya sea por alguna resolución judicial en la que se haya declarado la ilicitud en su forma de proceder, o bien, mediante las pruebas necesarias que acrediten los hechos relevantes de la demanda.

El mobbing vulnera los siguientes derechos humanos de nuestra constitución:

Artículo 1o. Libertad y no Discriminación; Artículo 5o. Libertad de ejercer trabajo y/o profesión; Artículo 6º. Libertad de expresión; artículo 123. Derecho al trabajo digno.

De acuerdo a lo expuesto, puede señalarse que la reforma al código laboral constituye un avance, aunque mínimo, porque no abarca toda la problemática y no establece los procedimientos requeridos, pues sus disposiciones se encuentra ligadas al despido por parte del acosador (Morales, 2016).

q) Conclusión

Conforme a la literatura el *mobbing* es un fenómeno que lleva décadas estudiándose y tiene consecuencias, políticas, económicas y sociales. Lamentablemente este fenómeno ha ido creciendo en vez de disminuir. De acuerdo a Vega y Comer (2005), “Parece que el *mobbing* es una actividad humana común, practicada en todos los países y en la mayoría de las organizaciones” (p. 108).

Al ser una problemática que afecta varios sectores es por eso que es investigado en diferentes líneas de investigación y cada aportación aporta algo nuevo al fenómeno.

Es necesario que se adopten medidas para prevenir y erradicar el *mobbing* y es indispensable que se reforme la legislación laboral, aunque ya se incorporó la figura, aun es mínima su aportación.

De acuerdo al derecho comparado podemos ver como en otros países han encontrado soluciones a este problema; por ejemplo, como Colombia con su Ley específica 1010/2006, debería ser tomado como una base en nuestro país, para ser un mecanismo para prevenir y resarcir el danos de las victimas del *mobbing*.

Por estas razones, se deben de seguir con las investigaciones y hacer hincapié en las organizaciones sobre esta problemática y sus repercusiones económicas y los derechos que vulneran a la víctima.

r) Referencias.

- Arcienaga. (2012). Factores Organizacionales en la compresión del mobbing. *Psicología Iberoamericana*, 20(1), 80/90. Obtenido de www.redalyc.org/articulo.oa?id=133924623009
- Blum, M. y. (1992). *Psicología Industrial*. México: Trillas.
- Camano. (2014). El acoso laboral: Tutela y prueba de la lesion de los derechos fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 20(1), 67-90. Obtenido de <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/about/submissions>
- Cantero, P. y. (2003). El mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España. . *Congreso Internacional Virtual: Intangibles e Interdisciplinariedad*, (págs. 1-20). Madrid.
- Carrillo, K. (s.f.). El acoso moral en el trabajo (mobbing): Delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo. *Gaceta laboral*, 1(13), 76-94. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33613105>
- Carvajal, O. J. (2013). Mobbing o acoso laboral: Revisión del tema en Colombia. *Cuadernos de administración*, 29(49), 463-481. Obtenido de www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-4645201300010011&lng=en&tlng=es.
- Castellano, A. y. (2005). *Estrés laboral: Burnout, trabajos a turnos. Acoso en el trabajo (mobbing) Suicidio y trabajo*. Barcelona: Tratado de Medicina del Trabajo.
- Chiavenato, I. (2006). *Introducción a la teoría general de la administración*. México: McGraw-Hill.
- Cueva, M. d. (1967). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México : Porrúa.
- Da Rosa Tolfo, S. N. (s.f.). Acoso laboral: relaciones con la cultura organizacional y la gestión de personas. *Salud de los trabajadores*, 21(1), 5,18. Obtenido de <http://redalyc.org/articulo.oa?id=375839396992>
- Enrique, L. P. (2016). Tipología de mobbing. Una mirada desde la responsabilidad de la empresa. *Sociología*, 18(43), 364-401. Obtenido de http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222016000300364&script=sci_abstract&tlng=es
- Fernández. (2010). El mobbing o acoso moral en el trabajo y su tratamiento en Venezuela. *Revista de Derecho*, 62-95. Obtenido de scielo.org/co/pdf/dere/n33/n33a04.pdf

- Fondevila. (s.f.). El hostigamiento laboral como forma de discriminación: un estudio cualitativo de percepción. *Revista mexicana de sociología*, 2(70), 305-309. Obtenido de http://scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032008000200003.
- Freitas, M. E. (s.f.). Assedio moral e assedio sexual: faces do poder perverso nas organizações. . *Administração de Empresas*, 2(41), 8-19. Obtenido de <https://dx.doi.org/10.1590/S0034-75902001000200002>
- Fuentes. (2008). Mobbing: Manifestaciones corporales al vivir un proceso de acoso laboral. *Neurología y psiquiatría*, 1(41). Obtenido de <http://libcon.rec.uabc.mx:3018/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=8770cd01-e681-4440-8ca2-be907edad19b%40sessionmgr104>.
- G, P. (2006). Manifestaciones del acoso laboral, mobbing y síntomas asociados al estrés pos-traumático: estudio de caso. *Psicología desde el caribe*, 17, 1-26. Obtenido de rccientificas.uninorte.edu.co/index.php/psicologia/article/view/1997
- Gimeno, G. y. (s.f.). Practicas organizativas saludables frente a la violencia en el trabajo. Estudio de su incidencia. *Contabilidad y negocios*, 7(13), 43-58. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281623577005>
- González, T. (2007). El acoso psicológico en el lugar de trabajo: una aproximación desde la psicología forense. *Psicopatología clínica legal y forense*, 7, 41-64. Obtenido de www.masterforense.com/pdf/2007/2007/art3.pdf
- González. (2017). Legislación Argentina sobre violencia laboral en organismos estatales. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14(47), 812-832. Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/66130/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Hirigoyen. (1998). *El acoso moral, el trabajo psicológico en la vida cotidiana*. Obtenido de [nativitas.com.art/material/el_acoso_moral.pdf](http://nativitas.com/art/material/el_acoso_moral.pdf)
- I, F. A. (2004). La escala Cisneros como herramienta de valoración del mobbing. Obtenido de <http://www.psicothema.com/pdf/3041.pdf>.
- Izcurdia, V. y. (2013). Clima laboral y mobbing. *Anuario de Investigaciones*, 2(20), 23-26. Obtenido de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862013000200002&lng=es&tlng=es.
- LE HACERLEMENT MORAL. (2010). Obtenido de travail-emploi-gou.fr/IMG/pdf/harcelement_moral_dgt_07-2010.pdf
- Ley no. 31/1995. (1995). *Jefatura del estado*.
- Ley Federal de trabajo (2012).
- Leymann. (1996). *El contenido y desarrollo del mobbing en el trabajo*. Obtenido de www.kwesthues.com/e-LeymaanEJWOP1996.pdf.
- Lonrez. (1993). *Estoy aquí. ¿Dónde estás tú?* Barcelona: RBA.

- López Cabarcos, M. y. (2003). *Mobbing. Como prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo*. Madrid: Pirámide.
- Martínez, M. M. (2012). El acoso psicológico en el trabajo o mobbing: patología emergente. *gaceta internacional*, 3, 5-12. Obtenido de https://www.uv.es/GICF/3Ar1_Mtz_Leon_GICF_03.pdf
- Mejías, C. G. (2011). *Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*. Madrid: INSHT.
- Membiola, L. d. (2003). El acoso moral en el trabajo: su indefinición jurídica. Incidencia en la administración pública. *Cemical*, 1-19. Obtenido de http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/acoso_moral_membiola.pdf
- Mendizábal, G. y. (2013). Obtenido de El acoso laboral y la seguridad social México-España: archivos.juridicos.unam.mx/www/bjy/libros/7/3142/15.pdf.
- Ministerio del trabajo y Asuntos Sociales. (s.f.). Nueva reglamentación sobre la violencia, el acoso y la carga psicosocial en el trabajo. *Actualidad Internacional Socio laboral* (107), 103-106.
- Ministerio Federal Belga del empleo. (2007). *Nueva Normativa sobre los riesgos psicosociales del trabajo*.
- Morales. (2016). Aproximación al acoso laboral desde la legislación comparada. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/viewFile/10640/12808>
- Moreno. (2005). Antecedentes organizacionales del acoso psicológico en el trabajo: un estudio exploratorio. *psicothema*. Obtenido de psicothema.es/pdf/3156/pdf
- Moreno. (2006). Predictores organizacionales del acoso psicológico en el trabajo: aplicación del modelo de demandas y recursos laborales. *Psicología del trabajo y de las organizaciones*, 333-345. Obtenido de <https://www.uam.es/gruposinv/esalud/articulos/salud%20laboral/predictores-organizacionales-acoso-psicologico.pdf>
- P., O. M. (2006). La violencia en el ámbito laboral: la problemática conceptualización del mobbing, su evaluación, prevención y tratamiento. *Acción psicología*. 2(4), 107-128. Obtenido de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:AccionPsicologica2006-numero2-0005&dsID=Pdf>
- Pascussi, E. (2004). El acoso moral en el trabajo y su interdisciplinariedad. *saberes*, 2. Obtenido de https://revistas.uax.es/archivos/SABDER04_002.pdf
- Pérez, R. S. (2014). Perfil de la víctima del acoso laboral o mobbing y su relación con la productividad laboral. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Piñuel. (2001). *Mobbing. Como sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. . España: Salterra.
- Proteccion from harassment act*. (1997). Reino Unido.
- R, C. (s.f.). El acoso moral en Italia: Marco de Referencia y evolución Jurisprudencial. *Revista Internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del*

- empleo*, 1(14), 1-27. Obtenido de http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/142
- Rodríguez. (2010). Burnout un fenómeno creciente. *Psicología desde el caribe*, 26. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=21329039001>
- Rodríguez, M. M. (2006). Predictores organizacionales del acoso psicológico en el trabajo: aplicación del modelo de demandas y recursos laborales. *Revista de psicología del trabajo y de la organización*, 22(3), 333-345. Obtenido de <https://www.uam.es/gruposinv/esalud/Articulos/Salud%20Laboral/Predictores-organizacionales-acoso-psicologico.pdf>
- Rojas. (2012). Definición, contenido y límites de la psiquiatría contemporánea. *Salud mental*, 35(3), 181-188. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252012000300001&lng=es&tlng=es.
- Silvia. (s.f.). El acoso moral (mobbing) en las organizaciones laborales. *Psicología iberoamericana*. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=133912609003>
- Topa, C. M. (2006). Acoso laboral: relaciones con la cultura organizacional y los resultados personales. 18(4), 766-771. Obtenido de [redalyc.org/articulo.oa?id=72718413](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72718413)
- Trujillo, V. y. (2007). Mobbing: historias, causas, efectos y propuesta de un modelo para las organizaciones mexicanas. *Ciencias administrativas y sociales*, 17(29), 71-91. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81802905>
- Ugarte. (2012). El acoso laboral: Entre el derecho y la psicología. *Derecho*, 221-231. Obtenido de dx.doi.org/10.4067/s0718-68512012000200008
- Varela, G. D. (2009). Acoso laboral - daño psíquico. *Anuario de Investigaciones* (16), 59-64. Obtenido de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16862009000100042&lng=es&tlng=es.
- Velázquez. (2002). La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o mobbing. *Prevención, trabajo y salud*, 27-38. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=242242>
- Verona, D. y. (2014). Consecuencias y responsabilidades de la empresa ante el mobbing. *Ciencia y sociedad*, 3(39), 413-440. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87031897002>
- Vidal. (2008). El mobbing en el trabajo. Su problemática. *Universidad de Valencia*.
- Zabala, P. y. (2004). *Neomanagement. Jefes tóxicos y sus víctimas*. Madrid: Aguilar.

5. *OUTSOURCING*, EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y UNA APROXIMACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Francisca Patricia Ruiz Robles y Diego Rivas¹³

a) Introducción

El *outsourcing* puede considerarse un fenómeno jurídico y administrativo que ha causado un enorme impacto en la economía global de las últimas cinco décadas. El estudio del mismo se ha desarrollado desde la perspectiva de distintas disciplinas, por ejemplo, las ciencias económico-administrativas y sociales, con el fin de analizar, describir y comprender el resultado inevitable en las organizaciones, trabajadores y las condiciones laborales contemporáneas.

El mundo de las empresas a mediados del siglo XX hasta la actualidad continúa evolucionando hacia un entorno macroeconómico cada vez más globalizado y complejo, por lo que la adaptación al cambio y a las nuevas herramientas administrativas que permitan incrementar la ventaja competitiva de las empresas resulta ineludible.

De acuerdo con distintos autores que han estudiado este fenómeno desde diversas aristas, lograr la ventaja competitiva, teniendo un mayor rendimiento, mejorando la producción y reduciendo costos han sido algunos de los objetivos de las organizaciones desde tiempos del fordismo. Sin embargo, fue en la década de los sesentas cuando se detonó el auge de las consultorías

¹³ Licenciada en Derecho por Universidad de Sonora Pasante de Maestría en Administración por la Universidad Autónoma de Baja California, tutorada por el Dr. Rivas. Datos de contacto: fpatriciaruiz@gmail.com

externas en Estados Unidos. Mientras que en los años ochenta se empleó por primera vez el término de *outsourcing*, usándolo en el contexto de la contratación de un proveedor externo especializado en un área específica para desarrollar tareas que permitan concentrar los recursos en el área fuerte de la empresa.

Con la globalización y el avance tecnológico vemos cristalizado el fenómeno del *outsourcing* como una práctica administrativa que desemboca en repercusiones en las condiciones laborales de los trabajadores a nivel mundial, ocasionando un impacto social y económico en empresarios y empleados en los sectores económicos primario, secundario y terciario.

La revisión exhaustiva de la literatura nos ha permitido describir la evolución histórica del fenómeno de estudio, así como el análisis del *outsourcing* en el campo del derecho comparado, particularmente en el derecho del trabajo, en virtud de que las legislaciones a nivel mundial tienen una fuerte influencia de los distintos sistemas jurídicos vigentes, apoyándose entre países, si bien, no buscando unificar los sistemas jurídicos vigentes que los rigen, si para considerar aspectos en común que permitan el desarrollo jurídico y social mundial.

b) Revisión conceptual

El término *outsourcing* proviene del inglés y etimológicamente significa “abastecimiento externo”. Se ha adoptado al español como externalización, tercerización y la más común es subcontratación; por lo que se presentarán a continuación diversas definiciones de cada término proporcionadas por distintos autores.

El *outsourcing* surge del análisis de la relación que se establece entre *estrategia* y *eficacia operativa*, por lo que resulta necesario entender la diferencia entre una y otra. Al hablar de *estrategia operativa* implica la intención deliberada de distinguir a la propia empresa de las demás, mientras que *eficacia operativa* consiste en la aplicación de herramientas de gestión ya probadas y aceptadas que no tienen por qué diferenciarse de las utilizadas por otras empresas. Por lo que en los últimos años las empresas han buscado esa eficiencia operativa desarrollando y comprobando la eficacia de nuevos conceptos y herramientas, que, en conjunto con la calidad total, la reingeniería y el benchmarking, surge el *outsourcing* como una herramienta para encauzar a las empresas hacia el logro de sus objetivos. (Schneider, 2004).

Ante un panorama global donde las organizaciones buscan incrementar su producción con la finalidad de aumentar sus ganancias reduciendo costos, cada vez es más recurrente que el empresario implemente la práctica del *outsourcing* como una herramienta para alcanzar sus objetivos.

Bajo este supuesto, las empresas buscan adoptar estrategias y herramientas que les permitan volverse cada vez más competitivas incluso si

conlleva a una alianza con sus competidores, por lo que, al centrar sus recursos en alcanzar su objetivo principal, el *outsourcing* se integra como una herramienta que permite optimizar su capital.

A continuación, se presenta una tabla con los conceptos que proponen algunos autores consultados.

	CONCEPTO	AUTOR	ÁREA
OUTSOURCING	Estrategia económica que se deriva de la idea de que las entidades productivas deben especializarse en aquellas actividades para las cuales tienen una mayor ventaja comparativa. Así, tales entidades deben recurrir al outsourcing en la producción de aquellos bienes o servicios para los cuales no tienen una ventaja comparativa, pero que son necesarios en el desempeño de su propio proceso de producción.	JORGE LUIS SILVA MÉNDEZ	Derecho laboral.
	"Simplemente significa trasladar el trabajo y actividades de la empresa, que antes eran desempeñadas en ella, a otras organizaciones."	Hellriegel Don,	Administración.
	"Es una figura cuyo objetivo es colaborar con las empresas en la realización de tareas y actividades, ya sean operativas o de soporte, que permite a éstas concentrarse en las actividades que sí dominan y, por ende, en el logro de sus objetivos, incrementando su productividad, eficiencia y crecimiento."	Alejandro Bolaños Pérez	Contabilidad

	<p>El Outsourcing es un término inglés conformado por dos palabras "out" que traducida al español significa fuera y "source" cuyo significado es fuente u origen, es decir, la expresión se refiere a una fuente externa, la cual generalmente dentro del ámbito empresarial es utilizada para referirse a la subcontratación, externalización o tercerización, el cual, podemos definir como un proceso empleado por una empresa en el cual otra empresa u organización es contratada para desarrollar una determinada área de la empresa contratante.</p>	<p>Maricela Almanza Martínez y Emigdio Archundia Fernández</p>	<p>Contabilidad</p>
	<p>Outsourcing es la compra, a un proveedor externo, de una actividad que crea valor. Las empresas que lo utilizan de forma efectiva adquieren mayor flexibilidad, mitigan los riesgos e invierten menos capital</p>	<p>Michael A.Hitt,R.D uane Ireland y Robert E.Hoskisson</p>	<p>Administración.</p>
	<p>" Es la transferencia de una función o funciones comerciales internas, más cualquier activo asociado, a un proveedor externo o proveedor de servicios que ofrece un servicio definido durante un período específico de tiempo a un precio acordado, si bien probablemente limitado".</p>	<p>J. Brian Heywood</p>	<p>Administración.</p>
<p>TERCERIZACIÓN</p>	<p>Se refiere específicamente a la externalización o subcontratación de actividades, desde una empresa principal a una secundaria, con el objetivo de reducir costos operativos, mejorar la prestación nuclear de la empresa o transferir la gestión de alguna parte del proceso productivo.</p>	<p>Oswaldo R. Battistini</p>	<p>Sociólogo</p>

	<p>Tercerización es todo proceso de contratación de trabajadores por empresa interpuesta, cuyo objetivo último es la reducción de costos con la fuerza de trabajo y / o la externalización de los conflictos laborales. Es decir, es la relación en la que el trabajo se realiza para una empresa, pero contratado de manera inmediata por otra.</p>	Paula Marcelino y Sávio Cavalcante	Sociólogos
SUBCONTRATACIÓN	<p>El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas</p>	LEY FEDERAL DEL TRABAJO	Derecho laboral.
	<p>La subcontratación ocurre cuando un tercero cruza el binomio empleado/empleador, expresando un fenómeno tanto interno como externo al contrato de trabajo.</p>	Magda Biavaschi	Derecho
EXTERNALIZACIÓN	<p>La externalización es todo proceso de contratación de trabajadores por las empresas interpuestas, hay una clara opción por privilegiar la relación laboral establecida por esta forma de gestión de la fuerza de trabajo, porque es en la naturaleza de los contratos firmados entre las empresas y los trabajadores que encontramos lo que hay de más estable en esas relaciones.</p>	Paula Marcelino y Sávio Cavalcante	Sociólogos
	<p>Externalizar es todas las formas de organización del trabajo que se ubican fuera de la fórmula clásica de la relación de trabajo, integrada de una manera permanente en la empresa.</p>	Jean-Michel Servais	Derecho

Tabla 1. Cuadro comparativo de conceptos. Elaboración propia.

Al hacer una comparación entre los conceptos *outsourcing*, externalización, tercerización y subcontratación, se concluye que su principal diferencia radica en la disciplina de estudio desde la cual sea abordado y el área geográfica de uso. Sin embargo, a su vez arrojan un común denominador: *outsourcing* es hacer uso del servicio de un proveedor externo de una actividad en la cual son especialistas, lo cual permitirá a la empresa contratante concentrar sus recursos en la actividad de dominio principal, lo que deriva en la reducción de costos, aumento de la competitividad, productividad y mitigar riesgos.

Asimismo, para efectos del trabajo de investigación en desarrollo, se propone el siguiente concepto de *outsourcing* aplicado al sector vitivinícola: *outsourcing* es la herramienta administrativa a través de la cual se contrata el servicio de proveedores externos especializados que permitirán incrementar la competitividad del sector vinícola de Baja California, concentrando los recursos en las actividades principales.

c) Apuntes para una genealogía conceptual

Al hacer una revisión de la literatura, se deduce que *Outsourcing* se ha presentado como una práctica administrativa que permite a las empresas externalizar actividades a proveedores especializados para poder concentrar los recursos en el área fuerte de la organización, con lo cual se busca reducir costos e incrementar las ventajas competitivas en el mercado. Sin embargo, no resulta ser algo novedoso, ya que desde tiempos remotos éstos han sido de los

objetivos principales de las empresas, lo cual les permite desarrollar estrategias administrativas y económicas para posicionarse como líderes en el mercado frente a su competencia. Asimismo, al cambiar las relaciones internacionales, las comunicaciones y al desarrollarse la tecnología se fue haciendo popular la contratación de agencias consultoras especializadas, derivado de la globalización.

Históricamente, el auge del *outsourcing* surgió como consecuencia del exponencial desarrollo del área de informática y las circunstancias excepcionales experimentadas en la misma durante la última parte del siglo XX. (Heywood, 2002). En la década de los años setenta cuando en las empresas se buscaba tener competitividad y se encontró que el uso de los modelos organizativos tradicionales resultaban inadecuados para las nuevas exigencias de la época, por lo cual se produjo redefiniciones en procesos y estructuras, así como en sus formas de funcionar y dirigir (López, s.f. sin fecha). Por lo que las organizaciones que intentaban competir globalmente en los años setentas y ochentas fueron perjudicadas por la falta de agilidad que se derivaba de las estructuras de gestión bloqueada y para incrementar su flexibilidad y su capacidad, muchas grandes empresas desarrollaron una nueva estrategia de liderazgo en sus negocios de primer nivel, los cuales requerían mayor flexibilidad y especialización. (Handfield, 2006), y para solventar esta situación, algunas empresas comenzaron a analizar cuáles de los procesos que llevaban a cabo eran críticos o claves para el desarrollo de sus actividades (*core business*) y así centrarse en los mismos, e identificar cuáles podían ser externalizados (*outsourced*) para reducir la carga de tareas a nivel interno y, al mismo tiempo, contar con asesoramiento de expertos (Angues, 2015),

concluyendo con el llamado “boom” de las consultorías, particularmente en Estados Unidos de América, cuando *EDS Consulting (Electronic Data System)* comienza a realizar contratos de gestión de activos referidos al procesamiento de datos, respondiendo a la necesidad de las empresas de obtener un mayor rendimiento a las altas inversiones derivadas del coste del hardware. (Rivo, 1999).

Las empresas encontraron más económico y eficiente contratar a un consultor externo, experto en un área, que tener que desarrollar y mantener un departamento interno que desempeñara esas mismas funciones. En la misma década esta tendencia comenzó a hacerse presente con más fuerza, más allá del ámbito de la consultoría, en las áreas de la tecnología de la información. (Schneider, 2004).

En la década de 1980, se creó el término *outsourcing* para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores, una muestra de la amplitud de su crecimiento es la variedad de empresas que utilizan este servicio, entre las cuales está la Compañía Dominicana de Teléfonos (CODETEL), que fue una de las primeras en implementar esa asistencia. (Almanza & Archundia, 2015). Seguida por el Banco Central, Cervecería Nacional Dominicana, Cervecería Bohemia, Industria de Tabaco León Jimenes, las distribuidoras Ede Norte, Ede Sur y Ede Este.

Outsourcing toma fuerza y ha resultado ser una tendencia al alza en las últimas cuatro décadas alrededor del mundo, esta tendencia coincide además con la revolución informática y de las tecnologías de la comunicación y de la información, así como con una creciente globalización y cambios notorios en

las preferencias de los consumidores. Lo que inicialmente se externalizaba a empresas ubicadas en el entorno cercano a la propia empresa (externalización *on-shore*), ahora se puede externalizar a empresas ubicadas en lugares tan remotos como Asia – India, China, Tailandia -, Europa del Este o Rusia (externalización *off-shore*) gracias a unos sistemas de comunicación cada vez más potentes y baratos. Ver FIGURA 1.

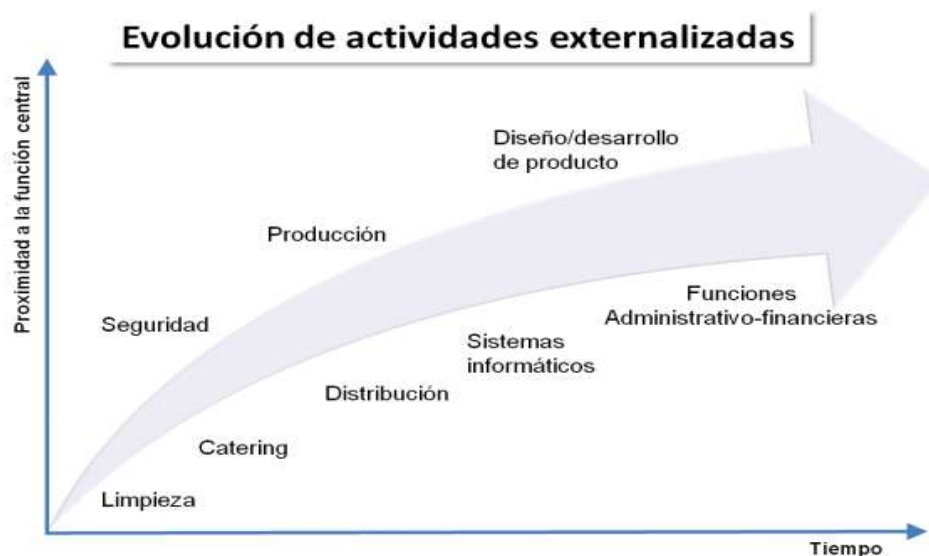


Figura 1. Evolución de actividades externalizadas. FUENTE: Externalización, más allá de la subcontratación (Rivo, 1999).

Heywood (2012) señala que el *outsourcing* en un inicio resultó ser desastroso para alguna de las partes. Sin embargo, cuando los contratos exitosos tuvieron popularidad resultó imposible ignorar este fenómeno, ya que con la aparición de artículos respaldados por las dos partes del *outsourcing* que indicaban que era posible que una organización cliente obtuviera tanto un servicio mejorado como ahorros en los costes inmediatamente tras la transición y después pretendiera obtener en el futuro mayores mejoras y ahorros. Por tanto, como consecuencia de ello durante los años noventa, esta práctica ganó popularidad y se comenzó a aplicar en otras áreas diversas a la informática.

Resulta importante puntualizar que el *outsourcing* ha resultado ser una estrategia efectiva debido a que pocas empresas poseen la capacidad y los recursos necesarios para alcanzar las ventajas competitivas tanto en las actividades primarias como en las de apoyo, por lo que recurrir a esta práctica resulta en la concentración en aquellas áreas que permiten crear valor. (Hitt, Ireland y Hoskisson, 2008).

Sin embargo, en virtud de la simulación y evasión de las responsabilidades de la relación de trabajo del *outsourcing*, ha resultado complicado adoptar un convenio internacional relativo a la noción, alcances e implicaciones de la relación de trabajo, por lo que en la *Conferencia Internacional del Trabajo* el 15 de junio de 2006, se adoptó la *Recomendación número 198* sobre la relación de trabajo, en la cual se contemplan más de 30 monografías y más de 70 estudios nacionales sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo (Sánchez, Reynoso y Palli, 2011), comprendiendo tres aspectos principales:

- I. Establecer una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
- II. Determinar la existencia de una relación de trabajo.
- III. Decretar los procedimientos de seguimiento y aplicación de la Recomendación 198. (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2006).

De tal modo que, Sánchez et al. (2011) consideran que la *Recomendación 198* tiene un alcance limitado en virtud de su naturaleza, ya que si bien puede considerarse una guía para el respeto de los derechos y

obligaciones de los trabajadores y de los empleadores, su influencia también es limitada. En ese sentido, para el estudio del desarrollo del fenómeno de *outsourcing* en el ámbito jurídico internacional, es necesario analizar otros instrumentos internacionales de naturaleza regional, es decir, a la Unión Europea, América Latina y particularmente el derecho mexicano.

Con base en la revisión de la literatura, el derecho del trabajo a nivel mundial ha evolucionado a pasos agigantados en los últimos cuarenta años, por lo que las relaciones laborales contemporáneas se han ido adaptando a las necesidades globales actuales, obligando a las instituciones internacionales a actualizar los criterios en torno al *outsourcing* y el marco jurídico a nivel internacional que permitan dignificar la actividad laboral y las condiciones de trabajo. Asimismo se ha buscado reducir los niveles de precarización del trabajo derivados de la subcontratación y las deficiencias existentes en las normas jurídicas de cada región, concluyendo que el *outsourcing* es un fenómeno socioeconómico que ha venido presentándose con serias repercusiones para la economía, la salud y bienestar de la clase trabajadora en las ultimas 4 décadas (Polo,2017).

d) Outsourcing y derecho comparado

Resulta de suma importancia el estudio del derecho comparado para identificar cuál es la situación jurídica del *outsourcing* en la legislación mundial, por lo que en este capítulo se aportan conceptos que nos permitan identificar qué es el

derecho comparado, y a partir de ahí, hacer una comparativa de la normativa en materia de *outsourcing* en la Unión Europea, Estados Unidos y América Latina. Respecto a México, se abordará de forma particular y profunda en otro apartado.

El derecho es una disciplina que regula las relaciones entre personas y de personas con el Estado, desarrollando así una convivencia social armoniosa apegada al marco jurídico. En este sentido, cada país ha adoptado un sistema jurídico que permita el desarrollo de su población con base en sus costumbres y necesidades. Sin embargo, el derecho nacional tiene fuertes influencias del derecho extranjero, por lo que el estudio del derecho comparado cobra importancia.

La *Organización Internacional del Trabajo* (OIT) es el órgano internacional dedicado a buscar la unificación de criterios en materia de trabajo a nivel mundial, y es este organismo internacional el encargado de reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. (OIT, 2018).

La *Enciclopedia Jurídica* (2014) define al derecho comparado como una técnica para estudiar el Derecho, caracterizada por contrastar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio. Así, la comparación de las reglas de filiación vigentes en Francia con las españolas; sin embargo, se considera más fecundo el contraste entre figuras o instituciones de ordenamientos pertenecientes a distintas familias de Derecho. En este sentido, un contraste de

gran interés para los ordenamientos de la familia romano-germánica, es el practicado con los ordenamientos de la otra gran familia de derechos occidentales: el Derecho angloamericano o familia del *Common Law*.

En lo que respecta al derecho comparado del trabajo, “consiste en descubrir las diversas opciones que los países han adoptado para resolver problemas muchas veces compartidos.” (Servais, 2010).

El jurista Rafael de Pina Vara cita a Castán en su obra quien define al derecho comparado como la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto el estudio de los diferentes sistemas jurídicos, poniéndolos en relación “para fijar los elementos comunes y obtener no sólo finalidades de reconstrucción histórica, sino también otras de índole interpretativa y de orden crítico y político o de reforma”. Para él, el derecho comparado es más exactamente como un método de estudio y exposición del derecho que considera las instituciones jurídicas no aisladamente, no limitándose a las de un país determinado, sino en relación con las similares de los diferentes países (De Pina, 2012).

Para García (1995), el derecho comparado es la disciplina que consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

Por lo que, al analizar los conceptos de derecho comparado propuestos por los autores consultados, se concluye que el derecho comparado es el área

del derecho a través de la cual se estudian los diversos sistemas jurídicos a nivel mundial, cuya finalidad es “obtener un punto de referencia o de orientación respecto al derecho de otros países y determinar los elementos comunes y fundamentales de las instituciones jurídicas, señalando el sentido evolutivo de éstas”. (García, 1995).

El autor Bermúdez (2000) a manera de reseña histórica, habla del derecho internacional del trabajo, el cual tiene su origen desde 1818 cuando Robert Owen propone la creación de una Comisión del Trabajo, sin embargo, no fue sino hasta mediados del siglo XX, con el tratado de Versalles en 1949 que surge la Organización Internacional del Trabajo, institución que abordaremos a detalle en el siguiente apartado.

e) Acerca de la OIT

En referencia a la legislación internacional del trabajo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), surge a raíz del Tratado de Versalles, el cual logra un desarrollo importante y no ajeno de los convenios internacionales los cuales concuerdan con el fin de la Segunda Guerra Mundial, entre los cuales está la Carta de San Francisco de 1945 que crea la Organización de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual fue aprobada en el año de 1948 en la ciudad de París, Francia. (De Buen, 2015).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente. (OIT, 2018). Es una institución especializada de las Naciones Unidas – con sede en Ginebra – destinada a mejorar las condiciones del trabajo en todo el mundo, a través de una acción de tipo internacional. A manera de secretaria permanente de esta Institución actúa la Oficina Internacional del Trabajo, con sede también en Ginebra y tiene una representación compuesta de delegados de los gobiernos de los patronos y de los obreros. (De Pina, 2012).

En la nueva Constitución se previó la posibilidad de celebrar acuerdos con las Naciones Unidas y con base en ello, entre ambos organismos se suscribió un convenio el día 30 de mayo de 1946 mediante el cual la ONU reconoció a la OIT como un “organismo especializado” dotado de competencia para emprender la acción que considere apropiada, de conformidad con su instrumento constitutivo básico, para el cumplimiento de los propósitos expuestos en él. En el mismo convenio se precisaron los términos de sus relaciones mutuas”. (De Buen, 2015).

La OIT es un organismo regulador, el cual no sugiere que se adopte un sistema jurídico único, sino que pretende regular las relaciones laborales mundiales adoptando valores que permitan la integración de los diversos sistemas jurídicos globales, es por ello que estudiamos el outsourcing desde un punto de vista global, ya que resulta ser una tendencia laboral en crecimiento desde su surgimiento en la década de 1970 hasta la actualidad, por lo que las normas internacionales derivan en una guía que permiten orientar los estudios

de la externalización y las condiciones laborales internacionales. Bermúdez (2000) expone que los países miembros adoptan con bastante regularidad las normativas que establece la OIT, organizándose en contra de la inseguridad laboral, desempleo, discriminación laboral y condiciones de trabajo infrahumanas, situaciones reguladas por el Código Internacional del Trabajo, sin embargo, este código sólo contiene convenios y recomendaciones. Únicamente los convenios son obligatorios, en razón de que tales documentos generados en el seno de la Conferencia se turnan al Poder Legislativo de cada país miembro, con la finalidad de que se ratifique y pase a formar parte del derecho positivo. Una consecuencia del outsourcing que preocupa a nivel mundial lo es la precarización del trabajo, pues se considera que el hecho de externalizar las actividades a un proveedor ha perjudicado al trabajador en cuanto a sus condiciones de trabajo tales como el derecho a generar antigüedad en su empleo, jornadas de trabajo prolongadas y salarios míseros.

En la siguiente tabla, se muestra a grandes rasgos las funciones, estructura, normativa y declaración de principios de la OIT. Ver tabla 2. Organización Internacional del Trabajo.

Tabla 2. Organización Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO	
ESTRUCTURA	a) Conferencia Internacional del Trabajo. B) Consejo de Administración. C) Oficina Internacional del Trabajo.
CONFERENCIA	Integrada por la totalidad de las representaciones de cada país. Se reúne anualmente durante el mes de junio. Trabaja en revisiones plenarias y convenciones.
CONSEJO	Analiza el programa de la Asamblea, programa políticas de cooperación, vigila su cumplimentación, elige al director general de la Oficina Internacional del Trabajo.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO	Organismo encargado de recabar información sobre la reglamentación del trabajo. Prepara las reuniones de la Conferencia y del Consejo.
NORMATIVIDAD	Convenios: obligatorios. Recomendaciones: optativas.
DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS	1. El trabajo no es una mercancía. 2. La libertad de expresión y asociación son esenciales para el progreso constante. 3. La pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad. 4. Los representantes de los patrones y de los trabajadores, colaborando en pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, deben participar en decisiones libres y decisiones democráticas a fin de promover el bienestar común.

Elaboración propia.

FUENTE: *Derecho del Trabajo*, Bermúdez (2000).

f) Outsourcing en la Unión Europea

Sánchez, Reynoso, y Palli (2011) dicen que a pesar de que el fenómeno de *outsourcing* es muy conocido en Europa, no se ha tomado ninguna iniciativa hasta hoy para regularlo en su totalidad, como analizaremos en este apartado.

El derecho tiene distintas fuentes, y como fuentes primarias de la legislación internacional del trabajo están los convenios, tratados y recomendaciones internacionales, teniendo una validez y aplicación obligatoria los primeros dos y siendo las recomendaciones sólo una normativa optativa, pero no de observancia obligatoria para los países pertenecientes a esta institución.

Es así que históricamente las fuentes que sustentan el derecho del trabajo en la Unión Europea, la cual fue denominada así a partir del Tratado de

Maastrich en el año de 1991, son las normas elaboradas en el marco del Consejo de Europa en 1949; dando lugar a diversas normas, destacando entre ellas también la Carta Social Europea, firmada en Turín el día 18 de octubre de 1961, la Convención Europea sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante en 1977, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 y la Convención para la Protección Social de los Agricultores de 1974. Por otra parte, están los tratados internacionales celebrados ante la Organización Internacional del Trabajo, entre los cuales destacan el Acuerdo Relativo a la Seguridad Social de los Navegantes del Rhin el cual es concerniente a la igualdad de trato, los periodos de aseguramiento, seguro por maternidad, invalidez, vejez, pensión de reversión, enfermedad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo y prestaciones familiares), y la Convención Europea de Seguridad Social de los Trabajadores de Transportes Internacionales. Estas son normas elaboradas en el ámbito extracomunitario, sin embargo, existen a su vez, que se denominan estrictamente comunitarias. (Kurczyn, Reynoso y Sánchez, 2007).

A efectos de desarrollar este trabajo de investigación, nos enfocamos únicamente en la legislación laboral vigente en la Unión Europea regulatoria del *outsourcing* y sus diversas acepciones. En el *Summaries of EU legislation*, publicado en agosto de 2015, se aporta la siguiente definición de **directiva**, el cual es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas de la Unión Europea (UE). Se trata de un instrumento flexible que se emplea principalmente como medio para armonizar las legislaciones nacionales. Establece una obligación de resultado para los países de la UE, pero les deja libertad con respecto a los medios para

alcanzarlos. La Directiva forma parte del Derecho derivado de la Unión Europea, por tanto, ha sido aprobada por las instituciones de la Unión Europea de conformidad con los tratados constitutivos. Una vez adoptada a escala de la Unión Europea, la Directiva debe transponerse al Derecho interno de los países miembros para su aplicación.

En la siguiente tabla se presentan los tipos de directiva en materia de *outsourcing*. Ver tabla 3.

Tabla 3. Directivas de la Unión Europea en materia de *outsourcing*.

OUTSOURCING		
DIRECTIVA "TRASPASO EMPRESAS	DE	Cuando una empresa europea participa en un proceso de restructuración o restructuraciones y externaliza sus actividades secundarias, sea a través de una cesión convencional, sea por medio de la subcontratación, la operación implica la transferencia de contratos de trabajo al cesionario que debe asegurar a los trabajadores transferidos la conservación de sus condiciones de trabajo anteriores.
DIRECTIVA DESPIDOS COLECTIVOS	DE	Cuando la operación de externalización consiste en conferir la realización de una función a una empresa situada fuera de la Unión Europea, ésta no es analizada como una transferencia, sino como un cese de actividad acompañada de una reubicación o relocalización y de una inversión en un tercer país. Implica ruptura de los contratos de trabajo entre los trabajadores y la empresa reubicada.
DIRECTIVAS INFORMACIÓN CONSULTA	DE Y	Ruptura que será objeto de un procedimiento de consulta con los representantes del personal.

Fuente: *La subcontratación, un fenómeno global*. Sánchez, Reynoso y Palli (2011).

La directiva de traspaso de empresas 2001/23/CE a grandes rasgos establece que el ámbito de aplicación lo será a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión, a empresas tanto públicas como privadas y en la medida en la que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito de aplicación territorial del Tratado. Es decir, la directiva funge como un intermediario entre el cedente y el cesionario a fin de garantizar la transferencia de contratos laborales entre estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo entre Alemania y España, Irlanda y Bélgica. Por el contrario, si una empresa miembro decide reubicar todo o parte de su actividad a un tercer país fuera del espacio económico europeo, esto ya se considera una cesión de actividades y creación de una nueva empresa en el extranjero y no un traspaso.

Asimismo, la *DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*, primeramente, define como despidos colectivos a aquellos despidos por uno o varios motivos no imputables al trabajador. En ella se regulan dos supuestos:

1. Para un período de 30 días:
 - Al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores.
 - Al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores.
 - Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;
2. Para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

Servais (2010) dice que el derecho del trabajo europeo establece que el *outsourcing* puede aplicarse también al trabajo temporal o interino, teniendo la posibilidad de recurrir a empresas especializadas en el suministro de mano de obra, llamadas empresas de trabajo temporal, principalmente en la industria automotriz, de la construcción o naval. Las empresas de contratación temporal no pueden exigir al empleado un cobro de honorarios por concepto de gestión de contratación por la empresa usuaria, por la celebración del contrato de trabajo o bien, por concertar la relación laboral, según lo estipula el artículo 6 de la directiva 2008/104/CEE. Asimismo, Italia, Francia, Alemania y otros países que tuvieron una prohibición general de la interposición de mano de obra prevén que el incumplimiento de las condiciones de forma (como la obligación de tener un contrato escrito) o de fondo (recurso no autorizado para el suministro de mano de obra) genera la imputación directa de la relación de trabajo al utilizador, según los casos, de duración indeterminada (por ejemplo,

Italia), o mientras dura la misión (Alemania). Austria, España y República Checa sólo prevén sanciones financieras. Bélgica, España, Francia y Portugal limitan los casos de trabajo temporal. Francia tiene reglas que conciernen la duración de la colocación y la indemnización de fin de misión. Austria mantiene limitaciones de la proporción de temporales autorizada en una empresa usuaria o de los sectores en los cuales pueden trabajar. De manera distinta, Australia, Reino Unido y otros, en los cuales se desconoce la prohibición de suministro de mano de obra, aun históricamente, la posibilidad para los trabajadores de actuar contra el utilizador se relaciona con la cuestión del verdadero empleador, y se resuelve mirando el ejercicio concreto del poder de dirección y de control. La mayoría de los países europeos tiene disposiciones sobre la igualdad de trato para estos trabajadores, especialmente en materia de salarios, y también en muchos casos para otras condiciones de trabajo (Bélgica, Francia e Italia, por ejemplo).

Esta situación se encuentra regulada en la Directiva 2008/104/CE, misma que tiene por objeto garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato, según se establece en el artículo 5, en relación con los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y reconociendo a las empresas de trabajo temporal como empleadores, al tiempo que se tiene en cuenta la necesidad de establecer un marco apropiado de utilización de la cesión de trabajadores por empresas de trabajo temporal para contribuir eficazmente a la creación de empleo y al desarrollo de formas flexibles de trabajo.

Ahora bien, el artículo 5 de la directiva en comento establece lo siguiente: Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria será, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

La directiva 2008/104/CE establece un principio de igualdad y no discriminación del trabajador temporal, ello según lo establece el artículo 3 inciso f, el cual a la letra dice:

«condiciones esenciales de trabajo y empleo»: las condiciones de trabajo y empleo establecidas por las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, convenios colectivos y demás disposiciones vinculantes de alcance general en vigor en las empresas usuarias relativas a: i) la duración de la jornada, las horas extraordinarias, las pausas, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones pagadas y los días festivos, ii) la remuneración. Esto con la finalidad de garantizar al trabajador temporal una igualdad en condiciones laborales que las de un trabajador permanente.

Para este autor, una solución propuesta por la OIT, la Unión Europea y los Estados es la adopción de normas particulares, mismas que estas instituciones han elaborado sobre el trabajo temporal o a domicilio y han tratado de adaptar las normas generales en materias como la seguridad y la higiene profesionales

a las propias necesidades de estas personas. Es por ello, que las empresas multinacionales que subcontratan todo o parte de su producción en países de bajos salarios encuentran cada vez más dificultades debido al comportamiento de los empresarios escogidos con su personal. Además de las cuestiones éticas que la situación plantea, estas grandes sociedades comerciales se preocupan de su imagen de marca y de las amenazas de boicot impulsadas en distintos lugares a instigación de sindicatos o de organizaciones de defensa de los derechos humanos. Lo anterior ha llevado a las empresas multinacionales a imponer a sus subcontratistas un código de buena conducta social, controlado por organizaciones no gubernamentales o por verdaderos inspectores privados, contratados al efecto por estas multinacionales. Así, el sector privado mitiga, él mismo, la ausencia de una legislación protectora suficiente, o la falta de controles ejercidos a nivel nacional.

Servais (2010) continúa planteando que, de los estados miembros de la Unión Europea, sólo ocho de ellos tienen una normativa jurídica en materia de *outsourcing* en el sector de la construcción únicamente: Alemania, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, España y Holanda, y el objeto es regular la responsabilidad en cadena para evitar que los derechos de trabajadores sean nulificados por patrones insolventes. La también llamada responsabilidad en cadena en el continente europeo, cubre en principio el pago de salarios, impuestos y contribuciones a la seguridad social. No obstante, está sujeta a ciertas condiciones en algunos países:

- Alemania: responsabilidad solidaria solo aplica si el valor de los trabajos a realizar asciende a más de 500,000 euros.

- Francia: responsabilidad solidaria aplica cuando la prestación del servicio es mayor a 3,000 euros.
- Austria, España y Países Bajos: existe responsabilidad únicamente sobre el contratista que se ha comprometido.
- Bélgica, Finlandia, Francia, España e Italia: la responsabilidad se extiende a todos los contratistas, incluso al cliente (esto último en caso el caso de Francia y Finlandia).

En la siguiente tabla se presentan las directivas europeas vigentes en el área de *outsourcing*, las cuales regulan los diversos tipos de trabajos descritos en párrafos anteriores, para lo cual se hace una clasificación por directiva, el ámbito de aplicación y las principales disposiciones legales contenidas.

Tabla 4. Derecho europeo reglamentario de *outsourcing*.

DERECHO EUROPEO REGLAMENTARIO DE OUTSOURCING		
LEGISLACIÓN	AMBITO DE APLICACIÓN	PRINCIPALES DISPOSICIONES
DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios	Se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, en el territorio de un Estado miembro, salvo las empresas de la marina mercante, por lo que se refiere al personal navegante. Las empresas deben cumplir tres supuestos: a) desplazar a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección, siempre que exista relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el periodo de desplazamiento. b) desplazar al trabajador al territorio de un Estado miembro. c) en su calidad de empresa de trabajo interino o en su calidad de empresa	Garantizar a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo. La cuantía del salario mínimo se definirá mediante la legislación y/o el uso nacional del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador se encuentre desplazado. La duración del desplazamiento se calculará sobre un período de referencia de un año a partir de su comienzo. Condiciones generales de trabajo.

	de suministro de mano de obra, desplazar a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro.	
<p>DIRECTIVA 2001/23/CE DEL CONSEJO de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.</p>	<p>Se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión. - Será aplicable a empresas públicas y privadas que ejerzan una actividad económica con o sin ánimo de lucro. - Se aplicará únicamente a las empresas que se encuentren dentro el ámbito territorial de esta directiva. (por ejemplo, Francia - Alemania). - No se aplicará a buques marinos.</p>	<p>TRASPASO: Conservación de los derechos y obligaciones de los trabajadores. - Se mantendrán las condiciones de trabajo mediante convenio colectivo. - El traspaso de la empresa NO constituirá en sí mismo un motivo de despido. - La rescisión de la relación laboral a consecuencia de que el traspaso modifica sustancialmente las condiciones laborales, será imputable al empresario.</p> <p>INFORMACIÓN Y CONSULTA: Notificar (avisar) sobre fecha y motivo del traspaso a los representantes de los trabajadores, motivos del traspaso, consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores y las medidas previstas respecto de los trabajadores.</p>

<p>DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.</p>	<p>Despidos por uno o varios motivos no imputables al trabajador. La directiva regula dos supuestos: 1. Para un período de 30 días:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, - Al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, - Al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; <p>2. Para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.</p>	<p>1. Notificar por escrito y en tiempo el proyecto de despido.</p> <p>2. Se excluyen de aplicación de la directiva los trabajadores de la administración pública.</p> <p>3. Ayuda para la readaptación y reconversión de los trabajadores despedidos.</p> <p>4. Obliga al empleador a mediar y negociar con el trabajador las medidas para evitar despidos colectivos.</p>
<p>DIRECTIVA 2008/104/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal</p>	<p>Se aplicará a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección.</p> <ul style="list-style-type: none"> - A empresas públicas y privadas de trabajo temporal o usuarias que ejerzan actividad económica con independencia de que tengan o no fines lucrativos. 	<p>Tiene por objeto garantizar la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y mejorar la calidad de las empresas de trabajo temporal garantizando el respeto del principio de igualdad de trato. Principio de igualdad y no discriminación del trabajador temporal. Protección de mujeres embarazadas y en lactancia y de jóvenes.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Condiciones laborales.

<p>DIRECTIVA 2014/67/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»)</p>	<p>Los estados miembros designarán centros de enlace o una o más instancias nacionales competentes.</p>	<p>Establece un marco común de un conjunto de disposiciones, medidas y mecanismos de control apropiados que son necesarios para una mejor y más uniforme transposición, aplicación y cumplimiento en la práctica de la Directiva 96/71/CE. Garantizar el respeto a los derechos de los trabajadores desplazados. Cumplir las condiciones de trabajo aplicables en el estado miembro en el que se vaya a prestar el servicio. Adoptar medidas adicionales sobre una base no discriminatoria y proporcionada, con objeto de garantizar que, en las cadenas de subcontratación, el trabajador desplazado pueda hacer responsable al contratista del que sea subcontratista directo el empleador o prestador de servicios contemplado en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 96/71/CE.</p>
---	---	---

Elaboración

propia.

Fuente: Directiva 96/71/CEE., 2001/23/CEE, 98/59/CEE, 2008/104/CEE y 2014/67/UE.

La Corte de Justicia de la UE aún considera que las disposiciones nacionales —o las cláusulas del convenio colectivo si es el caso— deben ser suficientemente precisas y accesibles para no hacer demasiado difícil al empleador la identificación de sus obligaciones. Este principio de transparencia se inspira claramente en el derecho de competencia.

Del análisis y revisión de la literatura consultada, se concluye que la globalización ha influido en la modernización del derecho internacional del trabajo. En específico, en este apartado sobre el derecho europeo en materia de *outsourcing*, y el análisis de los convenios y directivas que rigen a los

estados miembros de la Unión Europea, se ha buscado a través de los años ir evolucionando en materia de subcontratación, llenando las lagunas legales que se van presentando conforme surgen nuevas situaciones en la actualidad y buscando un equilibrio entre los distintos tipos de trabajos temporal, desplazados, de transferencia y los llamados independientes.

Asimismo, el derecho del trabajo francés resulta ser un punto de referencia para los demás países miembros de la Unión Europea, otro país cuya legislación ha evolucionado respecto al tema de estudio lo es Italia, en el decreto legal del 4 de julio de 2006 y vigente hasta la actualidad, en el que se pretende regular el *outsourcing* y sus diversas acepciones y áreas de aplicación. No obstante, en la normativa jurídica europea aún hay áreas de oportunidad legislativa a tomar en cuenta y mejorar, ya que la tendencia de la subcontratación tiende a continuar en aumento y a dominar las relaciones laborales de la actualidad.

g) Conclusión

El *outsourcing* es una práctica que desde finales del siglo XX llegó para revolucionar el mundo de los negocios, asimismo, a impactar en las relaciones laborales generando zozobra entre los empleados, pues la llamada precarización laboral ha ocasionado un clima organizacional incierto, en virtud de que las condiciones laborales contemporáneas se han ido modificando con el paso de los años.

El *outsourcing* llegó para quedarse y se augura una mayor presencia en los próximos años en los sectores de las empresas en los que ya se ha venido empleando, sólo por mencionar algunos ejemplos como la logística, el reclutamiento y selección de personal, nóminas, contabilidad, servicios jurídicos, vigilancia, mantenimiento, etc.

Se presentaron diversos conceptos de *outsourcing*, externalización, tercerización y subcontratación, con la finalidad de hacer una comparación entre ellos, llegando a la conclusión que a pesar de que su uso sea como sinónimo, existen diferencias tales como la disciplina de estudio y el área geográfica.

Por otra parte, se ha hecho un análisis del *outsourcing* en el derecho comparado, y cómo la Organización Internacional del Trabajo ha sido pieza fundamental en el tema, buscando unificar criterios y regular a nivel internacional la práctica en las relaciones laborales sin afectar las condiciones de trabajo del empleado actual, en virtud de la polémica que se ha generado a raíz de la llamada “precarización laboral” con motivo del *outsourcing*, siendo un tema que se ha venido debatiendo en los sistemas jurídicos internacionales desde la década de los noventa, particularmente en la Unión Europea, tal como se ha abordado en el presente trabajo de investigación.

De la revisión de la literatura se concluye que esta práctica administrativa que surge como una herramienta eficaz cuya finalidad es la reducción de costos e incrementar la productividad y competitividad de las empresas, sin duda ha generado cambios no sólo administrativos al interior de las organizaciones, sino del sistema jurídico y económico global, siendo una

tendencia con una fuerte presencia en las empresas de todos los niveles macro y microeconómicos de hoy en día, y que asegura continuar al alza siendo una tendencia que ha cincuenta años de su aparición, promete seguir vigente, por lo que el derecho internacional se ha visto en la necesidad de evolucionar en conjunto con la administración para lograr armoniosamente la evolución del *outsourcing*.

h) Referencias

Almanza, M. y Archundia, E. (2015). El outsourcing y la planeación fiscal en México. Recuperado de <http://www.eumed.net/libros-gratis/2015/1452/index.htm>

Angües, P. (2015). *Análisis del Outsourcing como estrategia de gestión empresarial* (tesis para obtener el grado en administración y dirección de empresas). Universidade da Coruña, España.

Battistini, O. R. (2018). ¿Qué hay de nuevo y de viejo en la subcontratación laboral moderna? *Sociológica*, 33(93), 281-318.

Biavaschi, M. (2016). El proceso de reglamentación de la subcontratación en perspectiva comparada: Brasil, Argentina y Uruguay. *Cuadernos del CENDES*, 33 (93), 91-111.

Bolaños, A. (noviembre, 2016). El outsourcing en México: Pasado, presente y ¿futuro? Recuperado de <https://www.ccpm.org.mx/avisos/El%20outsourcing-%20en%20mexico-noviembre-2016-puntos-finos.pdf>

De Buen, N. (21ed). (2015). *Derecho del Trabajo*. México, D.F: Porrúa.

De Pina, V. R. (37ed). (2012). *Diccionario de derecho*. México, DF: Porrúa.

Diccionario Jurídico Espasa (1999). Madrid: Espasa

DIRECTIVA 96/71/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de

16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores
efectuado en el marco de una prestación de servicios. Recuperado de:

<https://eur->

[lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0071&from](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0071&from=ES)
[=ES](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0071&from=ES)

DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO de 20 de julio de 1998 relativa a la

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se
refieren a los despidos colectivos. (20 de julio de 1998). Recuperado de:

<https://www.boe.es/doue/1998/225/L00016-00021.pdf>

DIRECTIVA 2001/23/CE DEL CONSEJO de 12 de marzo de 2001 sobre la

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al
mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos
de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de
centros de actividad. (12 marzo 2001). Recuperado de: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-](https://eur-lex.europa.eu/legal-)

[content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023&from=ES)

DIRECTIVA 2014/67/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de

15 de mayo de 2014 relativa a la garantía de cumplimiento de la

Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado

en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). Recuperado de:

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0067&from=ES>

Enciclopedia Jurídica (2014). Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>

García, M. E. (47ed). (1995). *Introducción al estudio del derecho*. México, DF.: Porrúa.

Handfield, R. (1 junio 2006). *A Brief History of Outsourcing*. Recuperado de: <https://scm.ncsu.edu/scm-articles/article/a-brief-history-of-outsourcing>

Hellriegel D., Jackson, S. E. & Slockum, J. W. Jr. (2009). *Administración, Un enfoque basado en competencias*. México, DF: Cengage Learning.

Heywood, B.J. (2002). *El dilema del outsourcing: la búsqueda de la competitividad*. Madrid: Pearson Educación.

Hitt, M., Ireland, R.D. y Hoskisson, R.E. (7ed). (2008). *Administración estratégica. Competitividad y globalización. Conceptos y casos*. México DF. Cengage Learning.

Kurczyn, P., Reynoso, C. y Sánchez, A. (2007). *Derecho laboral globalizado*.

Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2425-derecho-laboral-globalizado>.

Ley Federal del Trabajo. Diario Oficial de la Federación (2012). Estados Unidos Mexicanos.

López, C. (Sin fecha). *Antecedentes Históricos del Outsourcing*. Recuperado de:

https://www.academia.edu/26159888/Antecedentes_hist%C3%B3ricos_d_el_Outsourcing

Marcelino, P., Cavalcante, S. (2012). Por uma definição de terceirização. *Cad. CRH [online]*. (25), 65, pp.331-346.

Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Misión e Impacto de la OIT*.

Recuperado de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo. (15 de junio de 2006). *R198 -*

Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198).

Recuperado de: <http://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetraabajonum198.pdf>

Rivo L. E. (1999). Externalización más allá de la subcontratación. *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés, Logroño (La Rioja), 16, 17 y 18 de junio 1999*, (2), 725-730.

Sánchez, A., Reynoso, C. y Palli, B. (2011). *La subcontratación: un fenómeno global*. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3008-la-subcontratacion-un-fenomeno-global>.

Schneider, B. (2004). *Outsourcing, La Herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Colombia: Norma.

Servais, J. (2010). La externalización de la relación de trabajo en los países europeos. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (10), 263-324

Silva Méndez, J. (2010). ¿CÓMO SE REGULA EL OUTSOURCING EN MÉXICO? *Cuestiones Constitucionales*, (22), 411-424.

Summaries of EU legislation: direct access to the main summaries page. (30 agosto 2015). Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:l14527>

Tratado de la Unión Europea. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992. Recuperado de: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

6. La reinserción social como derecho humano

Roberto Rodríguez Castañeda y Ana Luna Serrano

a) Introducción

La Reinserción Social es una figura que encontramos mencionada en el artículo 18 párrafo segundo de la Constitución mexicana, es decir, en el capítulo I “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, sin embargo ¿Qué es la Reinserción Social? ¿Cómo debemos entenderla actualmente? ¿Es un Derecho Humano? A estas interrogantes son a las que se pretende dar respuesta en el presente trabajo, pero para ello es necesario primeramente contestar ¿Qué es un Derecho Humano? E incluso ¿Qué es el Derecho?

Los Derechos Humanos como los conocemos hoy día son producto de una larga lucha de personas, activistas dedicados a la obtención de justicia y un gran número de académicos que han dedicado sus obras a promover y buscar entender la naturaleza de los mismos.

Este último punto, entender la naturaleza de los Derechos Humanos resulta complejo, pues no existe consenso al respecto. Es común en la actualidad que al estudiar los Derechos Humanos se parta de una base ya existente, puesto que a finales de la segunda guerra mundial, y tras los horrores del régimen nazi, nace la Organización de las Naciones Unidas en donde se observa una creciente preocupación por los Derechos Humanos. Esto dio pie a que en 1948 se promulgara la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo por primera vez el reconocimiento de la

categoría de Derechos Humanos, así como obligaciones de carácter internacional para los países pertenecientes a la Organización sobre la protección y respeto a los mismos.

A partir de ese momento se ha relegado a un segundo plano la cuestión de la fundamentación de los Derechos Humanos¹⁴ y ha habido una inminente preocupación por entender y delimitar los que ya se encuentran reconocidos, así como por hacerlos efectivos. Pero ¿Qué pasa con los Derechos Humanos que no se les ha reconocido dicho carácter?, ¿Cómo saber qué es, de acuerdo a sus fundamentos y no a la norma positiva, un Derecho Humano? Las respuestas a estas interrogantes únicamente las encontramos a través del estudio de los fundamentos de un Derecho Humano.

Es así que el presente trabajo se ocupa de hacer un repaso por las teorías del Derecho y los fundamentos de los Derechos Humanos para posteriormente analizar qué es y cómo se debe interpretar actualmente la figura de la reinserción social, para con ello poder dar respuesta a la pregunta medular del presente trabajo, ¿Es la Reinserción Social un Derecho Humano?

¹⁴ “Uno de los más grandes juristas del siglo pasado el italiano Norberto Bobbio, en una de sus obras, *Presente y porvenir de los derechos humanos*, insiste en que el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos se haya resuelto desde el momento en que se logró el consenso que les da validez, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de la ONU, el 10 de diciembre de 1948” Véase: MORENO LUCE, Marta Silvia, “El fundamento de los Derechos Humanos” *Letras jurídicas: revista de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Núm. 15, 2007, p. 226

b) ¿Qué es un derecho humano?

La Teoría del Derecho ha pasado por distintas concepciones, entre las que destacan el iusnaturalismo, el positivismo, el postpositivismo y el neoconstitucionalismo. El objetivo del presente capítulo no es explicar ampliamente cada una de ellas ni sus variantes, sino hacer un breve repaso de las mismas para explicar cuál es la teoría que da sustento a la concepción de Derechos Humanos que conocemos hoy en día.

Encontramos pues en primera instancia el *iusnaturalismo*, el cual se puede ejemplificar con la tragedia del autor Sófocles titulada *Antígona*, del siglo V a.C., en el que Antígona decide dar sepultura a su hermano aún contra la pena de muerte emitida por el rey, respecto de quien realizara tal acción. Antígona manifiesta al Rey que:

No es Zeus quien ha promulgado para mí esta prohibición, ni tampoco Niké, compañera de los dioses subterráneos, la que ha promulgado semejantes leyes a los hombres; y he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas, inmutables de los dioses. No son de hoy ni ayer esas leyes; existen desde siempre y nadie sabe a qué tiempos se remontan. No tenía, pues, por qué yo, que no temo la voluntad de ningún hombre, temer que los dioses me castigasen por haber infringido tus órdenes¹⁵.

Es decir, para el *iusnaturalismo* la norma no encuentra su validez porque sea emitida por la autoridad legislativa, sino que una norma es válida por su contenido de justicia. Los *iusnaturalistas* consideran que el derecho es parte de la naturaleza¹⁶. Para Kelsen el iusnaturalismo es:

¹⁵ SÓFOCLES, *Antígona*. Chile, Editorial Pehúen, 2001, p.12

¹⁶ MARTÍNEZ MUÑOZ Juan Antonio, *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016, p.93.

Una metafísica del derecho en cuanto está caracterizada por un dualismo fundamental: así como en la doctrina platónica de las ideas el mundo empírico se contrapone y se subordina al mundo trascendente, cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél, en la doctrina del derecho natural, el derecho positivo, creado por los hombres, se contrapone y se subordina a un derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia suprahumana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél¹⁷.

A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se dio paso en Europa del *iusnaturalismo* al *iuspositivismo*. En palabras de Manuel Atienza "el Derecho pasó a entenderse como una obra humana, relativa a cada sociedad histórica, y no ya como una ordenación de la conducta con validez para todas las sociedades¹⁸".

La tesis del positivismo jurídico sostiene que la validez de la norma no emana de su mérito moral, sino que una norma será jurídicamente válida en tanto ésta cumpla con el *pedigree* necesario para tener validez. Atendiendo al sistema dado para cada sociedad se entenderá si cumple o no con ese *pedigree*, es decir, si dicha norma ha cumplido con los requisitos de creación¹⁹, por lo que la tesis central del positivismo es que "exige una distinción estricta entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto. Para conocer el derecho no es necesaria la evaluación moral"²⁰, sino únicamente una evaluación de su *pedigree*. No todas las corrientes del positivismo consideran que la norma jurídica no tiene un componente moral, sin

¹⁷ KELSEN, Hans. "La Doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *ACADEMIA. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Argentina, año 6, número 12, 2008, p. 183.

¹⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista", en Peña, Lorenzo, Ausín Díez Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, México, Plaza y Valdés, 2016, p. 43

¹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Positivismo Jurídico" pp. 2-3.

²⁰ CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Núm. 21, 1998, pp. 209-210.

embargo todas consideran que dicho componente no es esencial para su reconocimiento como Derecho²¹.

El *iuspositivismo* sufrió un duro golpe tras la Segunda Guerra mundial, puesto que el mismo fue herramienta para que el nazismo alemán cometiera crímenes atroces contra la humanidad - y particularmente contra el pueblo judío – como programas de pureza racial de forma legal, ya que eran actos que emanaban de normas emitidas por el parlamento y aplicadas por tribunales competentes²². El extremo del positivismo jurídico respecto a la separación total entre norma y moral permitió que se cometieran dichos crímenes²³, por lo que tras la segunda guerra mundial hubo que hacer un profundo replanteamiento sobre la teoría del Derecho.

²¹ Hay tres grandes formas de positivismo jurídico: el positivismo jurídico duro o excluyente la entiende en el sentido de que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; el positivismo jurídico blando o incluyente afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación; y, finalmente, el positivismo jurídico axiológico o normativo sostiene que esa identificación no debería depender de criterios morales. Véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, RUIZ MANERO, Juan “Dejemos atrás el positivismo jurídico” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, España, Núm. 27, 2007, p. 15

²² JOURDAN MRKIEWICZ, Eduardo Javier “La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo” *Poder Judicial de la Provincia de Misiones, Argentina*, p. 2

²³ “El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista”. Con estas palabras, el Tribunal en el mes de abril del año 1949, emitió un dictamen sombrío y preocupante: Los abogados son capaces de cometer crímenes horribles, que se extiende incluso hasta el asesinato en masa, aun cuando sean vistas como actuaciones jurídicas realizadas dentro de un contexto de funciones normativas consideradas legales. Los juicios de Núremberg demostraron que los jueces pueden ser considerados responsables por el derecho internacional, no sólo por los crímenes de guerra, sino también por la administración de la ley en contra de los propios nacionales de un país. Véase JOURDAN MRKIEWICZ, Eduardo Javier “La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo” *Op. Cit.*, pp. 4-5

El final de la segunda guerra mundial y la creación de la Organización de las Naciones Unidas²⁴ trajo consigo el primer instrumento que reconoce Derechos Humanos y la Constitucionalización de los mismos, y con ello un cambio de paradigma en la forma de entender el Derecho, el cual a través de la tesis de autores como Ronald Dworking, Robert Alexy, Gustav Radbruch, Manuel Atienza y Gustavo Zargbelsky, por mencionar algunos, se han construido dos corrientes iusfilosóficas que a continuación analizaremos, el *postpositivismo* y el *neoconstitucionalismo*.

El alemán Gustav Radbruch, fue primeramente un defensor del positivismo, sin embargo, posterior a los horrores vividos por el régimen nazi se separó de dicha postura, advirtiendo que en principio puede haber normas injustas que la deferencia legislativa²⁵ y el principio de seguridad jurídica nos obligan a cumplir y considerar jurídicas, pero cuando alguna norma llega a niveles de injusticia extrema, aún y cuando sea derecho positivo debe dejar de considerarse Derecho²⁶.

Por su parte, Ronald Dworking habla sobre derechos fundamentales y derechos individuales. En su libro *Los Derechos en serio* dice que “Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener

²⁴ El término Naciones Unidas fue acuñado en 1942, sin embargo la carta de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de Junio de 1945, y esta empezó a existir oficialmente el 24 de Octubre de 1945.

²⁵ La deferencia razonada podemos entenderla como “Los actos legislativos, emanados de un órgano expresivo de la soberanía, concebido para dictar normas obligatorias de general aplicación, se encuentran dotados de un principio de legitimidad evidente; de suerte tal que su contrariedad con el contenido de la ley fundamental debe manifestarse clara y categóricamente y no cabe inferirla de simples contradicciones aparentes. En tal sentido, el intérprete constitucional orienta su tarea en la búsqueda de conciliar alguna interpretación racional de la norma legal que se compadezca con los valores, principios y normas de la Constitución”. Véase: STC 549, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 2007, p. 16.

²⁶ Véase JOURDAN MRKIEWICZ, Eduardo Javier, “La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo” *Op. Cit.*, pp. 16-17

o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”²⁷. Al igual que Radbruch, Dworking habla sobre la posibilidad de oponerse a una norma porque la misma no tiene una justificación. Para Dworking, el Derecho no es únicamente un conjunto de normas que emanan del poder legislativo, sino que también está compuesto por principios, los cuales deben entenderse como “una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”²⁸, es decir no existe la separación total entre la norma y la moral. En este mismo sentido Gustavo Zagrebelsky advierte que actualmente el derecho se compone de reglas y principios, por un lado serán reglas las normas legislativas, “mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”²⁹. Lo anterior no significa que no existan reglas de carácter constitucional, pero, continuando con Zagrebelsky son los principios los que tienen un papel propiamente constitutivo, mientras que las reglas constitucionales son únicamente “leyes reforzadas por su forma especial”³⁰

Estos principios de los que hablan los autores son lo que conocemos como Derechos Humanos. A su vez, para Manuel Atienza, los puntos concretos que fundamentan la teoría *postpositivista* del Derecho son los siguientes:

- 1) Constitucionalista, 2) no positivista, 3) basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el Derecho y la moral, 4) que defiende un objetivismo moral mínimo, 5) reconoce la importancia de los principios y 6) de la ponderación, así como 7) el

²⁷ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos En Serio*, 2da ed., Trad. de Marta Guasta Vino, España, Editorial Ariel, 1989, p. 37

²⁸ *Ibidem*, p. 72

²⁹ ZARGEBELSKY, Gustavo, *El Derecho Ductil. Ley, Derechos, Justicia*. 2da ed., Trad. De Marina Gascón Abellán, España, Editorial Trotta, 1995, p. 109-110

³⁰ *Ibidem*, p. 110 - 111

papel activo de la jurisdicción, y 8) subraya el carácter argumentativo del Derecho³¹.

Que la teoría del derecho sea constitucionalista no debe entenderse únicamente en términos formales al estilo positivista, sino que, de acuerdo con Atienza "El Derecho del estado constitucional se caracteriza también por rasgos sustantivos, valorativos: por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales"³².

A su vez, que la teoría del derecho sea no positivista, no significa que no tenga el derecho que ser positivizado o que no exista un *pedigree* necesario para la positivización de las normas y los principios, sino que "dicha inclusión es un medio, nunca la razón de ser de los derechos"³³, esto guarda consonancia con la reforma al artículo 1 constitucional, el cual actualmente prescribe que las personas gozarán de los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales de los que México sea parte³⁴, contrario a que, anterior a dicha reforma, los mexicanos gozaban de las garantías otorgadas por la Constitución³⁵, es decir, si bien es cierto los Derechos Humanos siguen siendo derecho positivo, ello es a raíz de un reconocimiento de los Derechos y no de un otorgamiento por parte del Estado, pues aquellos preceden a este. Por lo que en este punto es importante reiterar que el no positivismo de la teoría postpositivista no prescinde de la

³¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. "Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista" *Op. Cit.* p. 39

³² *Ibidem*, p. 40

³³ OTERO PARGAS, Milagro; PUY MUÑOZ, Francisco, "¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?" en Bernal Ballesteros, María Jose; De Paz González Isaac, *Fundamentos Axiológicos de los Derechos Humanos, Organos Constitucionales y Supranacionales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016, p.38

³⁴ Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de Junio de 2011

³⁵ Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917

positivización normativa de los Derechos, sino que se afirma la naturaleza dual de estos, y no se prescinde de su componente valorativo³⁶, es decir “los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero los derechos no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad y juridicidad, o moralidad legalizada, forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales”³⁷.

La tesis de la unidad de la razón práctica supone que el razonamiento justificativo tiene una dimensión moral, sin embargo, esto no significa que deba confundirse derecho y moral, pero sí que se encuentran relacionadas. Sirven de ejemplo las constituciones que enuncian conceptos como justicia, dignidad, libertad, los cuales no pueden definirse sino como conceptos morales.

En virtud de lo anterior, se defiende un objetivismo moral mínimo. En este tema se sostiene que el objetivismo moral no es la defensa de entidades misteriosas. “Los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena”³⁸. Por otra parte, no debe confundirse el objetivismo moral mínimo con el absolutismo moral, es decir no puede confundirse la pretensión de corrección con la pretensión de verdad absoluta o con meros dogmas al estilo religioso, “lo que hace el objetivista es

³⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista” *Op. Cit* pp. 42-43

³⁷ OTERO PARGAS, Milagro; PUY MUÑOZ, Francisco, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” *Op. Cit*. pp. 38-39

³⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista” *Op. Cit* p. 47

exponer sus juicios al discurso racional, y en esto se diferencia precisamente tanto del escéptico como del absolutista”³⁹.

Se ha criticado al objetivismo moral haciendo alusión que resulta imposible creer que si el objetivismo moral siempre ha estado ahí, sea hasta nuestros tiempos que lo hayamos encontrado, a lo que cabe resaltar que el objetivismo moral es “una concepción falibilista (como pasa con la idea de verdad en la ciencia) de la corrección moral”⁴⁰, huelga decir que esto pasa en todas las ciencias, pues decir que porque no habíamos o porque no hemos terminado de encontrar o delimitarlo, este objetivismo moral mínimo no existe, resultaría tan burdo como aseverar que como la humanidad tardó tantos años en entender la gravedad y su velocidad, esta tampoco existe.

Por lo anterior, esta teoría no parte de la existencia de unos valores bien concretos y delimitados, sino que los persigue, intenta ya sea encontrarlos o construirlos⁴¹, de modo que, de acuerdo con Atienza:

El constitucionalismo no es una ideología idealista, ingenua, que considera que el Derecho del Estado constitucional es el mejor de los Derechos posibles y que nuestras Constituciones se identifican sin más con la moral justificada. Ese Derecho es simplemente el mejor de los históricamente existentes, y no lo es por consideraciones formales, sino de carácter sustantivo: por los valores que trata de proteger (...) El Derecho no es ya sólo el Derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales(...) lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones -implícitas, no formuladas en el texto de la ley- a las reglas.⁴²

³⁹ *Ibidem*, p. 48

⁴⁰ *Idem*

⁴¹ *Ibidem*, p. 42

⁴² *Ibidem*, pp. 31- 50

Con lo anterior tenemos las nociones necesarias para la tarea que nos ocupa, es decir, conocer cuál es la teoría del Derecho que da sustento a la concepción de Derechos Humanos en la actualidad. Sin embargo, cabe dar cuenta del *neoconstitucionalismo* para matizar las diferencias de cada uno.

El *neoconstitucionalismo* se puede definir como lo contrario al positivismo, es decir, si el positivismo considera que todo el derecho se reduce a reglas sin principios, para el *neoconstitucionalismo* todo se reduce a principios en vez de reglas; y derivado de ello constitucionalizar todo, es decir, prescindir de todo el bagaje normativo existente para resolver un conflicto e irse directamente a los principios constitucionales, y, consecuentemente, dejar de lado la subsunción para hacer únicamente ponderación de principios. El *neoconstitucionalismo* se olvida del valor que tiene la seguridad jurídica y la legalidad y se va al extremo de prescindir de los límites del derecho positivizado en su búsqueda por la justicia, es decir, la moral deja de formar parte de los principios que forman parte del derecho, para convertir a la moral en Derecho⁴³.

Como se advierte, el *postpositivismo* es una Teoría del Derecho que se encuentra entre el *iuspositivismo* y el *neoconstitucionalismo*, es decir, nuevamente en palabras de Atienza:

En el Derecho, en nuestros Derechos, no existe ningún problema de alguna relevancia para cuya solución no se requiera tanto de principios como de reglas. De manera que, en mi opinión, tan equivocados están quienes pretenden reducir el Derecho básicamente a reglas (los –mejor: algunos- positivistas), como quienes optan por la otra reducción (los neoconstitucionalistas) y

⁴³ *Idem*

no ven en el Derecho (o, al menos, en el Derecho del Estado constitucional) otra cosa que principios⁴⁴.

De todo el bagaje filosófico que se ha escrito con anterioridad es menester precisar algunos puntos:

La teoría actual que sostiene la concepción de Derechos Humanos es el *postpositivismo*, del cual cabe destacar que, en el Derecho hay principios (Derechos Humanos) que emanan de un objetivismo moral, el cual no significa un absolutismo moral, sino aquellos valores necesarios para lograr la satisfacción de las necesidades más básicas de las personas para desarrollar una vida digna.

A su vez, si bien es cierto se han desarrollado las teorías siguiendo una línea histórica, también lo es que en la actualidad hay *iusnaturalistas*, *iuspositivistas* en todas sus variantes, desde lo que Ferrajoli llama *paleopositivismo*⁴⁵ hasta lo que él denomina el perfeccionamiento de esta teoría, el *constitucionalismo garantista*⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 48

⁴⁵ En palabras de Ferrajoli “decir que el Derecho en su modelo paleo-positivista positiviza el «ser» del Derecho quiere decir que en la base de tal modelo hay normas aplicables, no sólo existentes sino también válidas, todas y sólo las puestas por la autoridad habilitada para su producción. Significa, en resumen, que la regla de reconocimiento, sea de la existencia como de la validez de las normas, es concretamente su simple positividad. En cambio, decir que en su modelo constitucional el Derecho regula también el «deber ser» del Derecho, quiere decir que con base en ello, las leyes producidas deben ser conformes a la constitución, así que son vigentes pero inválidas, y por ello inaplicables, las normas de leyes deducidas en contraste con el deber ser así positivizado” Véase: FERRAJOLI, Luigi. “El Constitucionalismo Garantista. Entre paleo – iuspositivismo y neo - iusnaturalismo”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, España, 2011, p. 323

⁴⁶ El Constitucionalismo Garantista, de acuerdo a Ferrajoli es “una teoría de la democracia como sistema jurídico y político articulado en cuatro dimensiones, correspondientes a las garantías de otras tantas clases de derechos constitucionalmente establecidos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—, que ahora equivalen no a «valores objetivos», sino, más bien, a conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones, y susceptibles de ulteriores desarrollos y expansiones. En garantía de nuevos derechos; como límites y vínculos a todos los poderes, incluidos los poderes privados; en todos los niveles normativos, incluidos los supranacionales y

De la misma manera, el principio del cual emanan los Derechos Humanos entendidos estos desde la teoría postpositivista, lo es la dignidad humana, aceptada ésta en su concepción Kantiana, la cual fue acuñada en el siglo XVIII como "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio⁴⁷", tema del cual nos encargaremos en el capítulo siguiente.

Por último, huelga decir que el análisis de la reinserción social como Derecho Humano se hará a la luz del postpositivismo. No nos adentraremos pues a analizar si concibiendo al Derecho desde otro enfoque también pudiésemos acreditar lo anterior (por ejemplo, resultaría más sencillo hacerlo desde el Constitucionalismo Garantista, o, en cambio, sumamente complejo si se aborda desde un iusnaturalismo), simplemente porque a través del recorrido que se ha realizado por las distintas teorías del Derecho, consideramos que el postpositivismo es la teoría que soporta el sistema jurídico mexicano actualmente.

Lo anterior en virtud de que el estado mexicano reconoce y no otorga Derechos Humanos, lo cual supone una superación del positivismo. A su vez, porque se ha adherido a tratados internacionales que emanan tanto de la

el internacional; para tutela de los bienes fundamentales además que de los derechos fundamentales (...) el constitucionalismo equivale a un proyecto normativo que requiere ser realizado a través de la construcción de garantías idóneas e instituciones de garantía, mediante políticas y leyes de actuación. De ahí que (...) el garantismo sea la otra cara del constitucionalismo. Por otra parte, (...) el constitucionalismo garantista (no) admite la conexión entre Derecho y moral. Al contrario, la separación entre las dos esferas resulta confirmada por aquél tanto en el plano asertivo de la teoría del Derecho como en el plano axiológico de la filosofía política", Véase: FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, España, 2011, p.26

⁴⁷ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. 1era ed., trad. De Manuel García Morente, Puerto Rico, ed. Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, p. 42

superación a dicho positivismo, así como del reconocimiento de la dignidad humana como base de todos los Derechos Humanos⁴⁸. Por último, porque en sede interna el estado mexicano reitera a la dignidad humana como base de todos los Derechos Humanos⁴⁹.

Por otra parte, esto no puede considerarse un neoconstitucionalismo toda vez que nuestro sistema a la par que reconoce principios, también emite reglas, dualidad que no se presenta en la teoría neoconstitucionalista. Huelga advertir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha validado normas que en principio son injustas, sin embargo, y regresando a Radbruch, la deferencia legislativa y el principio de seguridad jurídica nos obligan a cumplirlas y considerarlas jurídicas⁵⁰.

Es así que desde nuestro punto de vista, el sistema jurídico mexicano encuentra su fundamentación actual desde una óptica postpositivista, por lo que es desde esta misma que se presenta el análisis de la fundamentación de los Derechos Humanos y posteriormente de la reinserción social.

c) Fundamentación de los Derechos Humanos

Fundamentar los Derechos Humanos puede parecer una tarea ociosa, sin embargo, es imposible hablar sobre que es un Derecho Humano sin

⁴⁸ Véase el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. París, Francia, 1948.

⁴⁹ Véanse las siguientes tesis: 1a./J. 37/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 33, Agosto de 2017, Tomo II, p. 633; I.10o.A.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III, p. 2548; I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro I, Octubre de 2011, Tomo III, p. 1528; P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Diciembre de 2009, Tomo 30, p. 7

⁵⁰ Como ejemplo véase la Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014

fundamentarlos, más aun cuando el tema que nos ocupa lo es un Derecho Humano que, a nuestro juicio, no ha sido del todo reconocido como tal. Es por esto, que si no partimos de una base respecto a qué es y cuáles son los fundamentos de un Derecho Humano, y únicamente los protegemos porque han sido positivizados, resulta imposible compaginar o analizar si la reinserción social entra en esta categoría, puesto que la fundamentación de los Derechos Humanos no se basa en la realidad de que estos ya se encuentran reconocidos o garantizados en un ordenamiento jurídico, sino en que “éstos encarnan una serie de valores estimados por casi todos como imprescindibles para que el ser humano se realice como persona, o sea, como animal racional, libre y social”⁵¹

Aun así, la definición y fundamentación de un Derecho Humano no resulta una tarea sencilla por la pluralidad de opiniones disidentes respecto a la misma, sin embargo, el acotar los Derechos Humanos al *postpositivismo* –si bien es cierto no facilita- delimita la tarea. Ya vimos que de acuerdo a esta teoría el “Derecho” está conformado por normas y principios, y que estos son lo que conocemos como Derechos Humanos, es decir, los Derechos Humanos se delimitan a esta área del derecho y se erigen como derechos morales o éticos⁵² los cuales encuentran su fundamento en el principio de dignidad humana⁵³.

⁵¹ OTERO PARGAS, Milagro; PUY MUÑOZ, Francisco, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” *Op. Cit.* p. 44

⁵² MADRAZO, Jorge y BELLER, Walter “Los valores éticos y los Derechos Humanos” en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.) *Los valores en el Derecho mexicano, una aproximación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007 p. 235

De acuerdo a Jorge Madrazo y Walter Beller, los Derechos Humanos “son las prerrogativas y libertades que le permiten a la persona el desarrollo de sus potencialidades y de su creatividad, y estos son derechos éticos, pues son exigencias o valores morales, a la vez que normas jurídicas justiciables y protegidas”, dejémosles hablar:

El fundamento de los derechos humanos es un fundamento ético, axiológico o valorativo, referente a las exigencias que consideramos como imprescindibles para una existencia digna de ser vivida; es decir, se trata de exigencias derivadas del precepto de respeto a la dignidad humana (...) hablar de Derechos Humanos es hablar de exigencias éticas y de derechos que los seres humanos tienen por el solo hecho de ser personas y, por consiguiente, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte de cada Estado y de la comunidad internacional(...) independientemente de cualquier circunstancia histórica, social, cultural o política (...) Dicho en otras palabras, son exigencias y valores que buscan desterrar la ecuación de que vivir es sufrir ⁵⁴.

Por lo tanto, el fundamento de los Derechos Humanos gira en torno a las necesidades básicas de la persona para lograr una vida digna. “El fundamento de estos derechos se encuentra en la ética, en las exigencias que se presentan como indispensables para una vida digna del ser humano, pero estas mismas serían realmente ‘derechos’ sólo hasta que se encontraran incorporados en un sistema de normas”⁵⁵.

⁵³ MARÍN CASTÁN, María Luisa, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 9, España, 2007, p. 1

⁵⁴ MADRAZO, Jorge y BELLER, Walter “Los valores éticos y los Derechos Humanos” *Op. Cit.* p. 241

⁵⁵ SALDAÑA, Javier, “Notas sobre la fundamentación de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie Año XXX, num. 96, septiembre-diciembre 1999, pp. 949-968

El fundamento postpositivista de los Derechos Humanos podemos dividirlo en dos partes, por una, el requisito moral y por otra, el requisito de norma positiva.

El requisito de norma positiva debemos entenderlo como aquellos elementos necesarios para la aceptación o reconocimiento de un Derecho Humano por parte de un Estado, en este sentido tenemos que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU por sus siglas), en su 41 periodo de sesiones aprobó una lista de requisitos para el establecimiento de normas internacionales en materia de derechos humanos⁵⁶, los cuales se describen a continuación:

- a) Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos;
- b) Tener carácter fundamental y dimanar de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana;
- c) Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables;
- d) Proporcionar según proceda un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes;
- e) Suscitar amplio apoyo internacional

Resulta evidente que la Asamblea General de la ONU no enlistó principios axiológicos o fundamentos de un derecho humano por sí mismo, sin embargo, sí precisó requisitos e instó a los Estados a tomarlos en cuenta al momento de reconocer normas internacionales en materia de Derechos Humanos. Por lo que los incisos enlistados con anterioridad forman parte del

⁵⁶ Resolución aprobada por la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas, 41/120, 4 de Diciembre de 1986.

fundamento de *reconocimiento* positivo de los Derechos Humanos, y al colegirlos y compaginarlos con los fundamentos ya mencionados respecto a la teoría postpositivista, tenemos que, para contestar a la interrogante ¿Qué es un Derecho Humano?, se deben cumplir cuando menos con los siguientes requisitos:

1) *Emanar del principio de dignidad humana.* - Hasta aquí la dignidad humana ha sido mencionada reiteradamente sin haber sido explicitada en su totalidad, ello en virtud de que requiere un análisis más amplio que el posible en el presente apartado, pero de forma sucinta - y con necesidad de complementación - es menester advertir que cuando Manuel Atienza habla sobre objetivismo moral parte de la idea de la dignidad humana “o sea, el que consideremos que cada persona es un fin en sí misma”⁵⁷ Para Habermas la moral es sencillamente “tratar a los seres humanos como seres humanos”⁵⁸, lo cual guarda relación con la idea medular de Immanuel Kant, quien define la dignidad de la siguiente manera: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”⁵⁹ Esta expresión vincula a la dignidad con la dimensión moral del hombre⁶⁰ y constituye la concepción actual de dignidad humana. En este sentido “la dignidad es una cualidad que se predica de toda persona, con independencia de cuál sea su comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona

⁵⁷ ATIENZA, Manuel, “Objetivismo moral y Derecho”, tomado del blog del autor *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016/03/objetivismo-moral-y-derecho.html>, p. 34

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Trad. De R. S. Carbó, España, ed. Paidós Iberica, 2002, p. 53

⁵⁹ Immanuel Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Op. Cit. p. 42

⁶⁰ MARIN CASTAN, María Luisa, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, Op. Cit. p. 2

de su dignidad (...) preservamos nuestra dignidad con independencia de lo indignos que podamos llegar a ser.”⁶¹

A su vez, jurisprudencia de un Tribunal Colegiado de Circuito en México ha establecido que:

Dicho concepto (el de dignidad humana) tutela el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal⁶².

Es decir, la dignidad humana es la piedra angular de todos los Derechos Humanos. En el mismo sentido, en cuanto a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional de España ha establecido que “es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁶³.

Por último es importante mencionar las palabras de José Antonio Sánchez Barroso, quien atinadamente escribe lo siguiente:

La dignidad humana constituye el vínculo por excelencia entre la ética y el derecho como los dos grandes sistemas normativos en una sociedad, más allá de la vieja y tal vez estéril disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo (...) la dignidad humana no es un concepto jurídico (no proviene de la reflexión jurídica sino filosófica), ha entrado al sistema jurídico por medio de los derechos humanos a modo de premisa o principio que recuerda que toda disposición legal

⁶¹ *Idem*

⁶² Tesis VI. 3o.A. J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIII, Agosto de 2013, tomo 3, p. 1408

⁶³ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, de 11 de Abril, *Boletín Oficial del Estado* núm. 118, de 18 de mayo de 1985

o actuación político-jurídica debe estar encaminada a la protección de la integridad física, espiritual, emocional, intelectual, etc. de la persona humana⁶⁴.

2) *Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de Derechos Humanos y suscitar apoyo internacional.*- Si bien es cierto, la ONU no explica la imposición de este requisito y, recordando que fue advertido como requisito para la creación de instrumentos internacionales y no de reconocimiento de Derechos Humanos, se considera importante en cuanto a, como se ha venido advirtiendo, la *positivización* de los mismos, de forma que este requisito impone que el reconocimiento de un Derecho por parte de un estado, que pretende el carácter de Derecho Humano, no sea contrario con los Derechos concebidos en distintos instrumentos internacionales, sino que por el contrario encuentre apoyo en estos, ya sea por el principio de interdependencia o porque dichos instrumentos a su vez lo contemplen.

3) *Ser un Derecho reconocido por la Constitución o un tratado internacional.*- Este requisito se refiere a la primacía constitucional. Como se ha establecido, la positivización no es la razón de ser de los Derechos Humanos, pero sí es un requisito que sean reconocidos en la Constitución o algún tratado internacional en materia de Derechos Humanos, ya que estos ordenamientos gozan de supremacía constitucional, es decir, el resto de las normas jurídicas mexicanas deben adecuarse y no contradecirlos. Resulta entonces necesario

⁶⁴ SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, "La dignidad humana y los Derechos Humanos" en Ramos Kuri, Manuel (comp.) *Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*, México, Centro de Investigación Social Avanzada, 2016, p. 204

que los Derechos Humanos se encuentren en un ordenamiento jurídico de primer nivel jerárquico, pues de lo contrario resultaría imposible hacerlos valer frente a otras leyes que los limiten o contradigan, es decir, resultaría imposible reconocerles el carácter jerárquico por encima de las demás leyes y en consecuencia sería imposible que prevalecieran. Por lo que únicamente podemos hablar de Derechos que tienen el carácter de fundamentales e imprescindibles si irradian a todo el sistema jurídico por gozar de supremacía Constitucional, de lo contrario un derecho que, aunque moralmente resulte imprescindible, no se encuentra en un ordenamiento jurídico de primer nivel, no goza del carácter de Derecho Humano, pues no prevalece sobre las demás leyes y no las irradia.

4) *No ser otorgado sino únicamente reconocido por el Derecho positivo.*- Sin afán de ser repetitivos con lo ya advertido a lo largo de este y el capítulo anterior, es dable reafirmar que los Derechos Humanos no prescinden de la positivización normativa de los Derechos, sino que se afirma la naturaleza dual de estos, y no se prescinde de su componente valorativo, puesto que tienen una raíz moral, pero no son tales sin pertenecer al ordenamiento que únicamente los reconoce.

5) *Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables.*- Si bien es cierto, los Derechos Humanos son en principio derechos morales, también lo es que la dualidad que los caracteriza que incluye ser derechos jurídicos, por lo que, derivado del reconocimiento normativo del derecho tenemos que, al entrar a la esfera

normativa debe ser un derecho identificable, tal como la igualdad, la justicia y la libertad, que si bien es cierto su definición puede ser moral-filosófica, ello no exime que se encuentren debidamente delimitados tanto en la norma de las cuales emanan como de la jurisprudencia de tribunales constitucionales e internacionales. Es así que un Derecho Humano no puede ser un ente abstracto imposible de identificar y del cual es imposible reconocer sobre quién, en cada caso concreto, recaen las obligaciones de respetarlo, promoverlo, protegerlo, garantizarlo, así como en qué caso el Derecho impone un hacer o un dejar de hacer al Estado⁶⁵.

Hemos dejado de lado el apartado mencionado por la ONU respecto a “Proporcionar según proceda un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes” porque este no tiene relación con los Derechos Humanos en sí mismos sino únicamente con instrumentos internacionales, de forma que la ONU advirtió que al momento de creación de un instrumento en materia de Derechos Humanos, este debía contener un mecanismo para su aplicación y protección. No obstante lo anterior, ello no significa que el Derecho Humano deba tener por sí mismo

⁶⁵ Por obligación de dejar de hacer o abstenerse debe entenderse la obligación del estado de no realizar una actividad prohibitiva que conculque el derecho, de forma tal que este valladar, esta mera abstención del estado garantiza en algunos casos el Derecho Humano, por otra parte la obligación de hacer constituye en un papel activo del estado, se convierte en una “obligación positiva de actuar para evitar violaciones o daños”, el estado no es únicamente responsable por lo que hagan sus órganos, sino por lo que dejan de hacer, de forma tal que los Derechos Humanos no presuponen únicamente una abstención del estado a conculcarlos sino en una obligación del estado de asegurarlos “Así, tener o gozar de un derecho no significa únicamente la titularidad del derecho a su no violación por parte de los agentes estatales sino que también significa ser titular del derecho a que el Estado tome medidas para permitir tal disfrute. Véase SANZ, CABALLERO, Susana “Obligaciones positivas del Estado (en Derecho internacional público y derecho europeo)”, en Álvarez Ledesma, M.I. y Cipriani, R. (coords.) *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Italia, Instituto per gli Studi Economici e Giuridici, Università degli Studi di Perugia, 2013, p. 466 .

mecanismos de aplicación, por lo que no puede considerarse un requisito de los mismos, es decir, la posibilidad de coercibilidad, aplicación, o sanción en caso de violación de un Derecho Humano no condicionan su existencia ni son elementos inherentes al mismo⁶⁶.

Llegado a este punto tenemos que los 5 incisos enumerados con anterioridad son los necesarios para conocer si “algo” (y por algo nos referimos a un derecho moral o un enunciado normativo) es un Derecho Humano, por lo que en el siguiente apartado analizaremos la figura de la reinserción social, a fin de identificar si puede ser considerada un Derecho Humano.

d) La reinserción social en México

Desde el punto de vista teórico, las penas pueden tener distintos fines, entre los que se encuentran las penas retributivas⁶⁷, la prevención general positiva y negativa⁶⁸ y la prevención especial positiva y negativa⁶⁹. Sin intención de ahondar en todos los fines teóricos de la pena, resulta menester explicar la prevención especial positiva, puesto que es aquella a la que pertenece la reinserción social, la cual encuentra a su primer exponente es Franz Von Liszt⁷⁰

⁶⁶GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, España, Universidad de Deusto, 1999, Serie Derechos Humanos, Vol. 3, pp. 218-219

⁶⁷ Las penas retributivas ven a la pena como un fin en sí mismo. No buscan fines ulteriores para la prevención del delito sino un fin de venganza y castigo por el mal ocasionado.

⁶⁸ Ambas buscan utilizar la pena como un mensaje disuasorio para prevenir la comisión de delitos. La prevención especial positiva ve a la pena como un mensaje que busca reforzar la confianza de los ciudadanos fieles a la ley, mientras que la negativa busca enviar un mensaje de intimidación a potenciales trasgresores a fin de que se abstengan de la comisión de un delito.

⁶⁹ Ambas buscan separar al individuo de la sociedad en la que delinquieron, no obstante, la positiva lo hace para resocializar a un violador de la ley a fin de que no vuelva a delinquir una vez que se encuentre en libertad, mientras que la negativa busca custodiar y neutralizar al infractor a fin de que se encuentre imposibilitado de violar la ley.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 263-265

y considera que el individuo que ha cometido un delito debe ser acreedor a una pena que funcione como un medio para dar tratamiento al trasgresor de la ley, a fin de que éste sea reinsertado a la sociedad y no vuelva a reincidir.⁷¹

Como afirma Jaen Vallejo, “La prevención especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Es decir, el fundamento de la pena está en evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro. Se refiere, pues, al sujeto que ya ha delinquido, pretendiendo que la pena sirva para evitar la reincidencia”⁷².

Esta teoría ha sufrido una evolución en el tiempo, ya que de acuerdo a Alessandro Baratta, hablar de tratamiento y resocialización presuponen el papel pasivo del individuo que ha cometido un delito y uno activo del centro penitenciario, lo que significa que el condenado es un individuo malo, anormal y ajeno a la sociedad que necesita ser reintegrado a una sociedad que es buena. Por lo que, en la actualidad, la prevención especial positiva debe ser reconstruida como un Derecho del detenido en los siguientes términos:

El concepto de tratamiento debe ser redefinido como "servicio". Compensando situaciones de carencia y de privación frecuentemente características de la historia de vida de los detenidos antes de su ingreso a la carrera criminal, debe ofrecerse al detenido una serie de servicios que van desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración y no como un aspecto de la disciplina carcelaria. Esto atañe, igualmente, al trabajo dentro y fuera de la cárcel, que también, como el goce de los servicios, debe ser ejercicio de un derecho del ciudadano encarcelado. Considero que redefinir los tradicionales conceptos de tratamiento y resocialización en términos de ejercicio de los derechos de los ciudadanos retenidos, y en términos de servicios y de oportunidades laborales y sociales que se les proporciona durante y después de la detención, por parte de las instituciones y las comunidades, constituye un

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho Y Razón. Op. cit.*, p. 263-265

⁷² JAEN VALLEJO, Manuel, “La función social de la pena”, *Revista de ciencias jurídicas*, no. 3, España, 1998, p. 144.

núcleo importante de la construcción de una teoría y una práctica nuevas, de reintegración social de los condenados, conforme a una interpretación progresista de los principios y de las normas constitucionales e internacionales en materia de pena.⁷³

De lo anterior se desprende que por prevención especial positiva no debemos entender el tratar como enfermo a quien comete un delito e intentar a través de terapia corregir su maldad, sino más bien otorgarle las herramientas necesarias para que regrese a tener una vida digna en sociedad sin volver a conculcar la ley penal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido distintas reformas en su artículo 18. Este, originalmente rezaba que los presidios se organizarían sobre la base del trabajo como medio de regeneración⁷⁴, posteriormente en el año 1965 dicho artículo sufre una reforma en la cual el párrafo segundo se modifica para prescribir que el sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para éste y la educación como medios para la readaptación social⁷⁵, generando así el cambio de regeneración a readaptación y adicionando la educación como base para lograr dicho fin.

En el año 2001 se le adiciona a este mismo artículo un párrafo que permite a los internos compurgar sus penas en las penitenciarías más cercanas a sus domicilios para propiciar su reintegración a la comunidad como forma de

⁷³ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Op. Cit. pp. 380-382

⁷⁴ Los gobiernos de la Federación y los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal – colonias penitenciarias o presidios – sobre la base del trabajo como medio de regeneración. CPEUM publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, artículo 18.

⁷⁵ Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Reforma al artículo 18 de la CPEUM, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de febrero de 1965.

readaptación social⁷⁶. Posterior a ello, una de las reformas más importantes al 18 constitucional fue la realizada en el año 2008, la cual abandonó el término de readaptación social y adoptó el de reinserción social.

En el año 2011, de la mano de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, se vuelve a reformar el párrafo segundo del artículo 18 para adicionar como base del sistema penitenciario el respeto a los Derechos Humanos⁷⁷, de forma tal que actualmente el segundo párrafo del artículo 18 Constitucional prescribe lo siguiente:

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Como vemos el artículo 18 constitucional ha sido claro, en tanto de una manera u otra, y a través de distintos términos ha prescrito que las cárceles – sistema penitenciario, presidios, colonias penitenciarias, etc. – tienen como fin buscar que los internos logren su regreso a sociedad a través de la regeneración, readaptación social y actualmente reinserción social, es decir, en México el fin constitucional de la pena obedece a la teoría de la prevención especial positiva.

Tenemos por otro lado la Convención Americana de Derechos Humanos que en su artículo 5.6 prescribe que "Las penas privativas de la libertad tendrán

⁷⁶ Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social. Reforma al artículo 18 de la CPEUM publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto del 2001

⁷⁷ El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir. Reforma al artículo 18 de la CPEUM publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011

como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados⁷⁸". Al ser este un tratado internacional vinculante para México, podemos decir que el fin de las penas en México es la readaptación social y que, de acuerdo a la Constitución, el sistema penitenciario tiene como fin la reinserción social.

Como se advierte de la simple lectura del artículo, la Convención utiliza el término readaptación social y no reinserción social. La diferencia entre ambos términos estriba en la evolución de la prevención especial positiva.

Sostener que el fin de las penas es la readaptación social y no la reinserción social sería una restricción si atendemos a este criterio, por lo que nos atrevemos a afirmar que lo que entendemos por reinserción social de acuerdo a la evolución de la prevención especial positiva no es solo el fin de los Centros Penitenciarios en México, sino que es el fin de la pena, al tenor de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para sostener la afirmación anterior, resulta importante tomar en cuenta que la Convención Americana de Derechos Humanos fue redactada en el año 1969, cuando las teorías criminológicas no introducían/diferenciaban el término de reinserción y readaptación, es decir, al momento de la redacción del Pacto de San José, la readaptación social era el término que mejor representaba la teoría de la prevención especial positiva, pues no fue sino hasta el año 2008 que en México se introdujo el término reinserción social⁷⁹.

Ahora bien, en cuanto a la problemática de en qué sentido debemos interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, a fin de definir las

⁷⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. San José Costa Rica, 1969, Artículo 5.6

⁷⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 18 Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 18 de junio de 2008.

obligaciones del Estado Mexicano en cuanto a qué fin deben tener las penas – es decir, si deben buscar la reinserción o la readaptación social - debemos tomar en cuenta lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la interpretación de dicha Convención, en la opinión consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999⁸⁰.

Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.⁸¹

Como podemos ver, tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos, han afirmado que la interpretación de los tratados debe ser congruente con los tiempos actuales.

Resulta relevante a su vez tomar en cuenta lo que estableció el Juez Antônio A. Cançado Trindade, al ejercer su voto en la Opinión Consultiva arriba citada. Cançado afirma que con el paso del tiempo, en la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, se han realizado interpretaciones evolutivas del tratado o tratados sobre los que versen, haciendo énfasis que esta forma de interpretar los tratados “no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico”, sosteniendo que el positivismo no toma en cuenta las distintas áreas

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. *Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999*. Serie A No. 16

⁸¹ *Ibidem*. p. 67-68

del conocimiento humano, ni el tiempo en el que se vive, y que es indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho.⁸²

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos busca que las normas internacionales de derechos humanos sean interpretadas de manera evolutiva, es decir, de forma tal que se adapte a los tiempos que estamos viviendo y que se tomen en cuenta los avances que existen en la materia. Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos incita a alejarnos del positivismo jurídico cuando se trata de interpretar normas en materia de Derechos Humanos, advirtiéndole que de no hacerlo estaríamos estancados en el tiempo, con legislaciones obsoletas que poco tendrían de relevancia en los tiempos actuales.

Asimismo, El Juez Cançado Trindade estableció que “La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de Derechos Humanos.”⁸³

Tenemos entonces que la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretada de acuerdo a las condiciones del tiempo que vivimos y no así de conformidad con una redacción realizada hace casi 50 años, por lo que debemos realizar una interpretación evolutiva de la Convención y particularmente del artículo 5.6, pues de no llevarla a cabo estaríamos estancándonos en un positivismo puro, y por consecuencia pasando por alto las necesidades actuales de nuestra sociedad.

⁸² *Ibidem*, p. 1

⁸³ *Idem*

Es por lo anterior que haciendo una interpretación evolutiva del artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debemos suplir el término “readaptación” por “reinserción”, o, interpretar “readaptación” de acuerdo a los estándares de lo que entendemos por “reinserción”.

México a su vez ha suscrito otros tratados internacionales que se encuentran en consonancia con la Constitución y con la Convención, los cuales debemos – al igual que dicho pacto – sujetar a una interpretación evolutiva del término que utilizan respecto a la prevención especial positiva, estos instrumentos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el cual prescribe en su artículo 10 que “10.1 Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (...) 10.3 El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”⁸⁴, y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias el cual prescribe en su artículo 17.4 que “Durante todo período de prisión en cumplimiento de una sentencia impuesta por un tribunal, el tratamiento del trabajador migratorio o familiar suyo tendrá por finalidad esencial su reforma y readaptación social”⁸⁵.

De conformidad con lo anterior podemos decir que el Estado mexicano, ya por Constitución, ya por instrumentos internacionales o ya por colegir los dos, se encuentra obligado a cumplir con que la finalidad de toda pena privativa de libertad sea la reinserción social y no es dable excusarse de lo anterior

⁸⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York Estados Unidos, 1966, artículo 10.

⁸⁵ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York Estados Unidos, 1990, art. 17

intentando desestimar los instrumentos internacionales so pretexto de que la readaptación es un término superado o, en cambio, aplicando la literalidad de la Constitución mexicana respecto a que es únicamente el fin del sistema penitenciario y no de la pena en general, pues de acuerdo al artículo 1ero de la Constitución, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos gozan de jerarquía constitucional.

Ahora bien, concretado que el fin de la pena en México es la reinserción social, debemos reiterar que esta se define como aquellos servicios que buscan otorgar las oportunidades y herramientas necesarias a la persona que ha delinquido para que regrese a la sociedad sin volver a violar la ley penal. De acuerdo a Alessandro Baratta, la reinserción social encuentra sus bases en el principio de igualdad y de dignidad del hombre, y no debe entenderse como manipulación del individuo, sino que el mismo advierte que:

El concepto de "reinserción social" sea reinterpretado en el marco más amplio de los principios constitucionales que inspiran el estado social de derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y del principio de la dignidad del hombre. Dichos principios postulan la eliminación de las condiciones que impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre los individuos y de la dignidad de cada uno. En este sentido, 'reinserción' no significa manipulación del individuo con base en una escala de valores autoritariamente impuesta, sino, sobre todo, reorganización y reintegración social del mismo ambiente en el cual se han producido graves conflictos de desviación. Mediante tal reinterpretación del principio de 'reinserción', el objeto del tratamiento (penal o pospenitenciario) se transforma en sujeto de derechos sociales⁸⁶.

En este sentido, en Colombia "La Corte Constitucional ha resaltado en el pasado que de acuerdo con la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, el deber de asegurar la dignidad humana de las personas privadas

⁸⁶ BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Op. Cit., 2004, p. 20

de la libertad es una ‘norma mínima’, de ejecución inmediata y de estricto cumplimiento”⁸⁷. Asimismo, ha señalado que la dignidad se debe asegurar plenamente a todas las personas, independientemente de haber cometido un ilícito penal y encontrarse privada de su libertad, de forma que el aseguramiento de la dignidad implica acciones por parte de las autoridades del Estado respecto a las personas privadas de su libertad⁸⁸, en este mismo tenor de ideas, dicha Corte, en su sentencia T-153/1998 advirtió que:

La labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, haciendo uso de su autodeterminación, establezca cada interno el camino de su reinserción al conglomerado social (...) la función primordial de ella sí debe ser la resocialización. Ello por cuanto esta función es la que materializa en mejor forma, en este campo, la definición del Estado colombiano como social de derecho y el principio de la dignidad de la persona humana, una de las piedras angulares de la Constitución Política. Del derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinsertarse en la sociedad⁸⁹.

Al respecto, derivado de la controversia constitucional 24/2012, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió los siguientes criterios jurisprudenciales:

TRABAJO PENITENCIARIO. SU DESARROLLO DEBE ESTAR ERIGIDO SOBRE LA OBSERVANCIA Y EL RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA.

El principio de la dignidad humana contenido en el último párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, funge como una herramienta fundamental que contribuye a la hermenéutica constitucional, cuya importancia radica

⁸⁷ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia T-388/13, párrafo 7.5.2.3

⁸⁸ *Idem*

⁸⁹ Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/1998.

en que define la condición del ser humano en cuanto a entidad ontológica y jurídica, caracterizada por entrever condiciones que le son inherentes, de forma que lo que comporta la categoría de persona humana delimita lo que ha de entenderse por dignidad humana. Así pues, el trabajo penitenciario, que debe ser visto como un deber-derecho y no como una actividad forzosa, tiene como principio rector la reinserción social, erigida a su vez sobre la observancia y el respeto al principio de la dignidad humana, al ser condición y base de los demás derechos⁹⁰.

TRABAJO PENITENCIARIO. LOS SENTENCIADOS POR DELITOS GRAVES NO DEBEN ENTENDERSE EXCLUIDOS DE AQUÉL, COMO MEDIO PARA LOGRAR SU REINSERCIÓN A LA SOCIEDAD.

Aun cuando las personas privadas de su libertad en los centros penitenciarios de máxima seguridad deben estar sujetas a ciertas medidas específicas que garanticen su seguridad y la de los demás, por cuestiones relativas al tipo de delitos cometidos y a su peligrosidad, también deben gozar de actividades dirigidas a su reinserción a la sociedad, entre ellas, el trabajo penitenciario. En esa medida, si bien los artículos 18, párrafos penúltimo y último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 43 a 45 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, restringen el acceso de los reclusos por la comisión de delitos relacionados con esta materia a determinados beneficios como la libertad preparatoria o la condena condicional, esto no debe entenderse en el sentido de que los centros de custodia que los albergan puedan carecer de mecanismos de reinserción social, pues ello vulneraría el propio mandato constitucional. Por tanto, si el trabajo penitenciario se erige como uno de los cimientos sobre los que se construye el principio de reinserción social del sentenciado, no podría sostenerse como válido que se excluyera de aquél a los sancionados por delitos graves, como es el de delincuencia organizada, o a quienes requieran medidas especiales, pues se trata de un medio para resocializar que no tiene carácter afflictivo, sino que constituye un derecho-deber para todos los sentenciados⁹¹.

⁹⁰ Tesis P./J. 34/2013 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 128

⁹¹ Tesis P./J. 32/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 127

REINSERCIÓN DEL SENTENCIADO A LA SOCIEDAD. SU ALCANCE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Con la reforma al indicado precepto, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se sustituyó el término "readaptación social" por el de "reinserción del sentenciado a la sociedad" el cual, a diferencia del primero, reconoce a la delincuencia como un problema social y no individual, de forma que el fin de la prisión cambia radicalmente, pues ya no se intentará readaptar sino regresar al sujeto a la vida en sociedad, a través de diversos medios que fungen como herramienta y motor de transformación, tanto del entorno como del hombre privado de su libertad. Así, en tanto se asume que quien comete un acto delictivo se aparta de la sociedad porque no se encuentra integrado a ella, para su reinserción se prevé un conjunto de actividades y programas que se diseñan y aplican para permitir a las personas condenadas a pena privativa de la libertad en los establecimientos de reclusión su regreso a la sociedad, cuestión que, como reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18, no es posible sin una instrucción previa, creadora o revitalizadora de habilidades y hábitos laborales, así como la atención de la salud, la educación y el deporte⁹².

Las tesis recién citadas, más allá de advertir – como ya se ha venido haciendo – que la dignidad humana es la base de los demás derechos humanos, advierte que el trabajo penitenciario debe ser visto como un deber – derecho y no como una actividad forzosa, pues tiene como principio rector la reinserción social. Esto guarda íntima consonancia con lo advertido por Alessandro Baratta, en tanto que deja de verse a la persona privada de su libertad como un sujeto pasivo obligado a ciertas actividades para que pase a ser sujeto de derechos sociales. A su vez, la última de estas tesis advierte el criterio adoptado por México al cambiar el término de readaptación a reinserción social también compagina con lo advertido hasta el momento, en

⁹² Tesis P./J. 31/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 124

tanto sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la delincuencia es un problema social y no individual, y, a su vez que la reinserción prevé un conjunto de actividades y programas que buscan permitir a las personas su regreso a sociedad.

En este mismo sentido la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivado del amparo en revisión 1003/2015, ha explicado de manera más exhaustiva la evolución del segundo párrafo del artículo 18 y las características actuales de la reinserción social de la siguiente manera:

REINSERCIÓN SOCIAL. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De la evolución histórica del artículo constitucional citado, se advierte que los cambios en su redacción reflejan los diversos propósitos que han perseguido la pena y el sistema penitenciario en su conjunto; en principio, se consideró que el autor del delito era una persona degenerada, de ahí que la Constitución General tuviera como finalidad su regeneración; en un segundo momento, se le percibió como un sujeto mental o psicológicamente desviado que requería de una readaptación, en ambos casos debía ser objeto de tratamiento; mientras que las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y el 10 de junio de 2011, respectivamente, básicamente resultaron en: i) La sustitución del término "readaptación" por "reinserción"; ii) El abandono del término "delincuente"; iii) La inclusión del fomento al respeto por los derechos humanos, como medio para lograr la reinserción; iv) La inclusión de un objetivo adicional a "lograr la reinserción", a saber: "procurar que la persona no vuelva a delinquir"; y, v) La adición del concepto "beneficios" como parte de la lógica del sistema penitenciario. De este modo, la intención del Constituyente consistió en cambiar el concepto penitenciario de readaptación social por uno más moderno y eficiente, denominándolo "reinserción" o "reintegración" a la sociedad apoyado, entre otros elementos, en el respeto a los derechos humanos y el trabajo. Por tanto, a raíz de la citada reforma de 2008, la reinserción social, como fin de la pena, no

acepta la idea de que al culpable se le caracterice por ser degenerado, desadaptado o enfermo, y que hasta que sane podrá obtener no sólo la compurgación de la pena, sino inclusive alguno de los beneficios preliberacionales que prevé la norma. En consecuencia, el ejercicio de la facultad legislativa en materia de derecho penitenciario no puede ser arbitraria, pues la discrecionalidad que impera en la materia y que ha sido reconocida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente en materia de beneficios preliberacionales, debe aspirar a conseguir un objetivo constitucional, consistente en la reinserción social del individuo, antes que en su regeneración o readaptación⁹³.

e) La reinserción social como Derecho Humano

En los apartados que preceden, hemos advertido qué es la reinserción social, qué es la prevención especial positiva y qué debemos entender por readaptación social de acuerdo a la interpretación evolutiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que a continuación enlistaremos de forma concreta las características esenciales de esta figura:

- La reinserción social emana del principio de dignidad humana, en tanto tiene como fin a la persona por sí misma, buscando otorgarle aquellas herramientas necesarias para poder vivir en sociedad y buscando eliminar aquellas condiciones que conculcan la igualdad de oportunidades entre los individuos.
- Se encuentra reconocido en el capítulo “De los Derechos Humanos y sus Garantías” en el artículo 18 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el artículo 5.6 de

⁹³ Tesis 1a. CCXXI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 509

la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 17 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.

- La reinserción social, si bien es cierto su aplicación y observación pudiere resultar compleja, como se ha venido advirtiendo, es un postulado concreto del cual devienen derechos y obligaciones identificables.

Ahora bien, permitámonos enlistar de nueva cuenta los 5 puntos que hemos considerado fundamentos de los Derechos Humanos para identificar, uno por uno, si la Reinserción Social cumple con ellos:

1) *Emanar del principio de dignidad humana.* - Como se ha reiterado, el entendimiento actual de la reinserción social emana precisamente de la óptica de la dignidad de los reclusos y de la obligación del Estado de brindarles los medios necesarios para su resocialización, de forma que este fin de la pena materializa el principio de la dignidad de la persona humana, en tanto la persona es un fin en sí mismo y la pena no se impone a modo de utilizar a la persona como un medio en beneficio de la sociedad. Por lo que la reinserción social cumple con este primer punto.

2) *Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos y suscitar apoyo internacional.* - La reinserción social se encuentra reconocida en distintos instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.

Aunado a dichos instrumentos internacionales, es dable afirmar que la reinserción social suscita apoyo internacional, no ya solo por la suscripción de los Estados a tratados internacionales que la prevén, sino porque distintos Estados la tienen contemplada en su Constitución, en este sentido a manera de ejemplo tenemos que la Constitución de Bolivia en su artículo 74 habla de la Reinserción Social; a su vez la Constitución italiana, dentro de su catálogo de Derechos Fundamentales, tenemos que el artículo 27 prescribe que las penas deben encaminarse a la reeducación del condenado; en el caso de España la Sección 1ra “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”, en su artículo 25.2 prescribe que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad estarán encaminadas a la reeducación y reinserción social.

De esta manera se puede afirmar que la reinserción social también cumple con este segundo requisito para ser considerada un Derecho Humano. Es importante hacer ver que las constituciones en cita no solo contemplan la reinserción social, sino que todas lo hacen en su capítulo respectivo de Derechos Humanos o Derechos Fundamentales.

3) *Ser un Derecho reconocido por la Constitución o un tratado internacional.*- Como se ha venido advirtiendo la reinserción social está prevista en el párrafo II del artículo 18, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en

su artículo 10 apartado 10.1 y 10.3, gozando así de primacía constitucional, por lo que también cumple con este requisito.

4) *No ser otorgado sino únicamente reconocido por el Derecho positivo.*- Al encontrarse la reinserción social prevista en el capítulo “De los Derechos Humanos y sus Garantías” de la Constitución mexicana, y en virtud de que el estado mexicano no otorga sino reconoce los Derechos Humanos, podemos concluir que se cumple con este requisito. Aunado a ello, las personas gozan de los Derechos Humanos reconocidos tanto por la Constitución como por Tratados Internacionales, siendo así que la reinserción social se encuentra prevista en los ordenamientos internacionales ya advertidos en materia de Derechos Humanos, es decir, se encuentra reconocida y no otorgada por el Derecho positivo en sede nacional e internacional.

5) *Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables.*- Por último, la reinserción social satisface este requisito al tenor de los siguientes términos:

- Por una parte el derecho engendrado es preciso e identificable, en tanto atañe a que las personas privadas de su libertad de conformidad con el respeto a los demás Derechos Humanos y con especial atención a la dignidad humana, se le otorguen aquellas herramientas necesarias para lograr regresar a una vida en libertad sin violar nuevamente los ordenamientos penales,

incluyendo actividades deportivas, educación, trabajo y formación para el mismo.

- Por otra parte, las obligaciones a cargo del Estado también son identificables, en tanto la obligación del estado es de realizar, es decir, de adoptar medidas para garantizar a las personas privadas de su libertad los puntos anteriores, así como de respetar, en tanto supone la no intervención al disfrute de dichos puntos respecto a una persona privada de su libertad.

- Es menester advertir que las obligaciones del estado, si bien es cierto se han identificado con el sistema penitenciario, no se acaban ahí, sino que corresponde también al poder legislativo y judicial el respeto de este Derecho Humano, ya sea al momento de legislar respecto a la duración de las penas o al momento de la imposición de las mismas, pues evidentemente las penas excesivamente largas, excesivamente cortas, cadena perpetua, penas de muerte, etc., no pueden cumplir con este fin resocializador.

Llegado a este punto podemos afirmar que la Reinserción Social es un Derecho Humano, desde una óptica postpositivista, es decir, regresando a Gustavo Zagrebelsky, la reinserción social es un principio y no únicamente una regla constitucional, pero, ¿Qué significa este reconocimiento? Veamos.

El reconocimiento de la Reinserción Social como Derecho Humano conlleva a que 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”⁹⁴

⁹⁴ Artículo 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Más allá de cumplir con el artículo 1 constitucional, tomando como ejemplo el caso de España, podemos decir que el no reconocerlo como Derecho Humano (O Fundamental en su caso), ha dado pie a que, no obstante ser un mandato constitucional (como su Tribunal Constitucional lo ha advertido), no tiene los mismos alcances que un Derecho Humano, es decir, la autoridad puede prescindir de la reinserción social por no ser Derecho Humano, so pretexto de que al no ser uno, la pena puede tener distintas finalidades. En palabras de Zapico Barbeito:

“las consecuencias en cuanto a la protección que recibe un derecho fundamental son sustancialmente diferentes a las que se derivan de un mero mandato orientador de la política penal, penitenciaria, la actuación del poder judicial o ante un principio constitucional (...) Lejos de ser una mera discusión doctrinal, la consideración o no como un derecho fundamental de la reinserción tiene importantes repercusiones prácticas. Sin duda la más importante de ellas es que, dependiendo de la conclusión a la que se llegue, podría ser susceptible de invocación de amparo constitucional ante una posible vulneración del derecho fundamental a la reinserción social.”⁹⁵

Es decir, el ser reconocido como Derecho Humano conlleva una mayor protección que un mandato constitucional y, a su vez, a un replanteamiento en prácticamente todos los ámbitos del Derecho Penal, como la política criminal del país, el estado de los centros penitenciario y la duración de las penas. No es posible desarrollar en el presente apartado un panorama completo de lo que significaría este cambio de paradigma, sin embargo podemos destacar dos puntos medulares.

El primero de ellos es que reconocerle la jerarquía de Derecho Humano lo vuelve tutelable vía juicio de amparo, cuestión que, regresando a España, no

⁹⁵ ZAPICO BARBEITO, Mónica, “¿Un Derecho Fundamental a la Reinserción Social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Numero 13, año 2009, pp. 922 - 926

es posible puesto que no se le reconoce como Derecho Fundamental⁹⁶. De ello se desprende que si tomamos como ejemplo la imposición de una pena desocializadora en sí misma, el reconocer la reinserción social como Derecho Humano nos dará la oportunidad de interponer el juicio de amparo contra la duración de la pena. No obstante, el no reconocerlo –como el caso español – daría pie a que los amparos fueran desechados sin un estudio de fondo so pretexto de que la pena puede tener otros fines, abriendo la puerta a penas desocializadoras. Me explico:

El segundo de estos puntos es que si consideramos que (a) la Reinserción Social es un Derecho Humano y, tenemos a su vez que (b) la criminología ha advertido que las penas privativas de libertad con una duración menor a seis meses no pueden buscar ni lograr la reinserción social⁹⁷, la conclusión es que (c) debemos de prescindir de la imposición de penas menores a 6 meses. En este mismo sentido, si la criminología advierte que las penas mayores a 5 años traen aparejados efectos desocializadores, lo que hace a una pena desocializadora en sí misma⁹⁸, habrá que prescindir de penas con una duración mayor a 5 años. De modo que penas que se salgan de estos parámetros deberían ser cuando menos revisadas vía juicio de amparo, sin

⁹⁶ Véase: Tribunal Constitucional de España, Sentencia 15/1984 de 11 de enero de 1984; Tribunal Constitucional de España, Sentencia, 352/2008 de 10 de noviembre de 2008

⁹⁷ El término “corta duración” tiene un carácter puramente convencional, sin embargo el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas que se reunió en Estrasburgo en 1959 estableció que la mayoría de los países fijan en seis meses el periodo por debajo del cual se considera que se trata de una pena corta. Véase SECRETARIA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Penas privativas de libertad de corta duración*, Segundo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente. Londres, Inglaterra, 1960. p. 9

⁹⁸ El Comité de Ministros del consejo de Europa, sobre la gestión de las cadenas perpetuas y otros presos con largas condenas por parte de las administraciones penitenciarias, señalaron que “*a life sentence prisoner is one serving a sentence of life imprisonment. A long-term prisoner is one serving a prison sentence or sentences totalling five years or more*” Véase: COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE. *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long term prisoners*. 2003. p. 4

perjuicio del análisis que en control constitucional y convencional difuso pudiere realizar el juez de la causa⁹⁹.

f) Conclusión

Llegado a este punto es menester dar respuesta a la interrogante que dio pie a la presente investigación, por lo que podemos concluir con los siguientes puntos:

- ¿Es la Reinserción Social un Derecho Humano? Si, la Reinserción Social si es un Derecho Humano que tienen las personas privadas de la libertad, toda vez que de acuerdo al postpositivismo jurídico, cumple con los requisitos necesarios para erigirse como uno.
- ¿Qué significa que la Reinserción Social sea un Derecho Humano? Que las penas privativas de libertad deben tener como finalidad otorgar las herramientas necesarias a los internos para que regresen a la sociedad sin volver a violar la ley penal. Lo anterior, de ninguna manera podrá significar manipulación en la forma de pensar o de ver la vida del interno, ni una imposición de valores, sino como una forma de otorgarle oportunidades con la finalidad de eliminar aquellos obstáculos que

⁹⁹ El control convencional o constitucional difuso alude a “procedimientos que buscan asegurar que se cumplan los preceptos de la Ley Suprema” cuándo el tribunal o juzgador advierte una irregularidad constitucional en la norma aplicable, es decir “cada tribunal de nuestro país podrá estudiar si una ley – y con mayor razón cualquier otro elemento jurídico – es contrario a la Constitución (o Convención) y, en tal caso, omitir su aplicación al resolver el caso concreto”. Véase: FERRER MAC – GREGOR, Eduardo, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Coedición de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013, pp. 13-15

impiden la realización de una efectiva igualdad de oportunidades entre las personas.

- Entender la Reinserción Social como un Derecho Humano nos lleva a un profundo replanteamiento del Derecho Penal, penitenciario y de la política criminal en México, pues todos estos deberán tomar en cuenta la resocialización y en virtud de esta, generar mecanismos encaminados a lograrla, como la modificación de penas desocializadoras en sí mismas y, evidentemente, prescindir de la imposición de éstas.
- Por último, resulta sumamente necesario para avanzar en este tema que los Tribunales mexicanos en materia Constitucional, den entrada a los juicios de amparo en los que se haga valer el Derecho Humano a la Reinserción Social y se empiecen a debatir y crear líneas jurisprudenciales al respecto, desde la duración de las penas, los límites de este Derecho, y las obligaciones de las autoridades al respecto.

g) Bibliografía

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Peña, Lorenzo, Ausín Díez Txetxu (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, México, Plaza y Valdés, 2016.

ATIENZA, Manuel, “Objetivismo moral y Derecho”, tomado del blog del autor *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/2016/03/objetivismo-moral-y-derecho.html>.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, RUIZ MANERO, Juan “Dejemos atrás el positivismo jurídico” *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, España, Núm. 27, 2007.

BARATTA, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, Op. Cit., 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. "Postpositivismo", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Núm. 21, 1998.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos En Serio*, 2da ed., Trad. de Marta Guasta Vино, España, Editorial Ariel, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, España, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. "El Constitucionalismo Garantista. Entre paleo – iuspositivismo y neo - iusnaturalismo". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, España, 2011.

FERRER MAC – GREGOR, Eduardo, SÁNCHEZ GIL, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Coedición de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Positivismo Jurídico".

GÓMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, España, Universidad de Deusto, 1999, Serie Derechos Humanos, Vol. 3.

HABERMAS, Jurgen, *El futuro de la naturaleza humana ¿ Hacia una eugenesia liberal?*, Trad. De R. S. Carbó, España, ed. Paidós Iberica, 2002.

JAEN VALLEJO, Manuel, "La función social de la pena", *Revista de ciencias jurídicas*, no. 3, España, 1998.

JOURDAN MRKIEWICZ, Eduardo Javier "La normatividad Nazi a la luz de los principios elementales del derecho. La crisis del Positivismo" *Poder Judicial de la Provincia de Misiones, Argentina*.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. 1era ed., trad. De Manuel García Morente, Puerto Rico, ed. Pedro M. Rosario Barbosa, 2007.

KELSEN, Hans. "La Doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico", *ACADEMIA. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Argentina, año 6, número 12, 2008.

MADRAZO, Jorge y BELLER, Walter "Los valores éticos y los Derechos Humanos" en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.) *Los valores en el Derecho*

mexicano, una aproximación, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

MARÍN CASTÁN, Maria Luisa, “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 9, España, 2007.

MARTÍNEZ MUÑOZ Juan Antonio, *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, España, 2016.

MORENO LUCE, Marta Silvia, “El fundamento de los Derechos Humanos” *Letras jurídicas: revista de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, Núm. 15, 2007.

OTERO PARGAS, Milagro; PUY MUÑOZ, Francisco, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” en Bernal Ballesteros, María Jose; De Paz González Isaac, *Fundamentos Axiológicos de los Derechos Humanos, Organos Constitucionales y Supranacionales*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2016.

SALDAÑA, Javier, “Notas sobre la fundamentación de los Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie Año XXX, num. 96, septiembre-diciembre 1999.

SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, “La dignidad humana y los Derechos Humanos” en Ramos Kuri, Manuel (comp.) *Artavia Murillo Vs. Costa Rica, Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*, México, Centro de Investigación Social Avanzada, 2016.

SANZ, CABALLERO, Susana “Obligaciones positivas del Estado (en Derecho internacional público y derecho europeo)”, en Álvarez Ledesma, M.I. y Cipptiani, R. (coords.) *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Italia, Instituto per gli Studi Economici e Giuridici, Università degli Studi di Perugia, 2013 .

SÓFOCLES, *Antígona*. Chile, Editorial Pehúen, 2001.

ZAPICO BARBEITO, Mónica, “¿Un Derecho Fundamental a la Reinserción Social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Numero 13, año 2009.

ZARGEBELSKY, Gustavo, *El Derecho Ductil. Ley, Derechos, Justicia*. 2da ed., Trad. De Marina Gascón Abellán, España, Editorial Trotta, 1995.

Jurisprudencia nacional.-

Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014

Tesis P./J. 31/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I.

Tesis P./J. 32/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I.

Tesis P./J. 34/2013 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I.

Tesis P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, Diciembre de 2009, Tomo 30.

Tesis 1a./J. 37/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 33, Agosto de 2017, Tomo II.

Tesis 1a. CCXXI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I.

Tesis I.5o.C. J/30 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro I, Octubre de 2011, Tomo III.

Tesis I.10o.A.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima época, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III.

Tesis VI. 3o.A. J/4, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXIII, Agsto de 2013, tomo 3, p. 1408

Instrumentos legales.-

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1917

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York Estados Unidos, 1990, art. 17

Declaración Universal de Derechos Humanos. París, Francia, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Estados Unidos de América, 1966

Opinión internacional.-

COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE.
Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long term prisoners. 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos “El derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.
Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de Octubre de 1999. Serie A No. 16

Resolución aprobada por la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas, 41/120, 4 de Diciembre de 1986.

SECRETARIA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Penas privativas de libertad de corta duración*, Segundo congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento del delincuente. Londres, Inglaterra, 1960. p. 9

STC 549, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, 2007.

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 53/1985, de 11 de Abril, *Boletín Oficial del Estado núm. 118, de 18 de mayo de 1985*

Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/1998.

Tribunal Constitucional de Colombia, Sentencia T-388/13, párrafo 7.5.2.3

Tribunal Constitucional de España, Sentencia 15/1984 de 11 de enero de 1984

Tribunal Constitucional de España, Sentencia, 352/2008 de 10 de noviembre de 2008

7. El concepto de Antonio Camou sobre la gobernabilidad democrática en Latinoamérica

Miguel Ángel Gutiérrez Chávez

a)

Introducción

Desde hace ya casi un medio siglo, dentro del mundo académico de las ciencias sociales y en los ambientes políticos-gubernamentales de las sociedades capitalistas más avanzadas se comenzó a hablar de un término para designar cierto tipo de carencias y nuevas problemáticas que se percibían en sus regímenes de gobierno. Por los años setenta, estos países no tenían problemas con las nociones de estabilidad política o la capacidad de los regímenes políticos para permanecer en el tiempo o para que sus decisiones fueran obedecidas, no obstante, percibían que sus gobiernos democráticos tenían carencias en la calidad de las acciones de gobierno –en las regulaciones, los productos entregados al ciudadano y la capacidad institucional- y, por consiguiente, en la satisfacción de los ciudadanos.

La eficacia y la eficiencia de las agencias gubernamentales para responder a las nuevas condiciones político-económicas, como la decadencia del Estado de bienestar y la creciente mundialización de los mercados, fueron cuestionados no sólo por el evidente desfase entre las demandas ciudadanas y las respuestas gubernamentales sino por la propia insatisfacción social e incumplimiento gubernamental como potencial fuente de ilegitimidad de los gobiernos. A este concepto se le dio el nombre de gobernabilidad y se ha ido enriqueciendo con el tiempo. Ha sido tan relevante que en distintos puntos del orbe las democracias usan el concepto para evaluar la capacidad de la misma (Camou, 2001).

En este orden de ideas, por esos tiempos en los países latinoamericanos, con regímenes autoritarios unos y con dictaduras otros, el mismo concepto resultaba muy distante y ajeno, la democracia allí no se instauraba aún y el reto en sí mismo era lograr la simple gobernación dados los estallamientos sociales derivados de las crisis económicas, políticas y sociales de la época. La gobernabilidad democrática fue un tema entonces pendiente en los estudios de ciencia política latinoamericanos pues las deficiencias se encontraron de manera recurrente en las carencias propias del sistema político, de partidos, de los poderes, entre otros, pero nunca en la calidad de la respuesta gubernamental, más orientada a la forma de proceder y de los resultados que obtenían las administraciones públicas.

Esta situación ha comenzado a cambiar puesto que, a la caída de los regímenes autoritarios y dictatoriales latinoamericanos de fin de siglo, se han sucedido reformas políticas democráticas que allanaron el camino para el estudio de la gobernabilidad democrática, los obstáculos que puede encontrar y la implementación de medidas para alcanzarla. En México por ejemplo, luego de la alternancia política, caímos en cuenta que la calidad del gobierno no mejoraba por sí misma y que las reformas para el acceso de más partidos al poder sólo había incrementado el número de beneficiarios del sistema electoral -partidos- pero que poco había servido a los ciudadanos: “llevamos casi medio siglo de reformas electorales cuyo objetivo era el acceso al poder, no la construcción de un nuevo orden político ni, mucho menos, un nuevo sistema de gobierno” (Rubio, 2017). Por lo anterior, es importante dedicar un momento de reflexión al tema de la gobernabilidad democrática una vez logradas: la

alternancia política, un sistema electoral medianamente funcional y un sistema político más institucional.

Siguiendo lo dicho, en este ensayo tomamos como un hecho que en las realidades sociales, políticas y económicas latinoamericanas hay aún muchas deficiencias, a pesar de los avances políticos y socioeconómicos de la región, y que merecen una respuesta gubernamental mediante propuestas acordes con las realidades globales y que puedan reestructurar las relaciones políticas entre los diversos actores sociales y gubernamentales para construir una nueva gobernabilidad democrática y evitar déficits o episodios de crisis por la ausencia de ésta última.

b) Gobernabilidad democrática en contextos actuales, revisando a Camou.

La categoría de gobernabilidad supone la idea de que podemos evaluar la acción gubernamental con parámetros: la calidad -buen o mal gobierno-, el estado -equilibrado, inestable- o propiedad relevante de las acciones y efectos de gobernar -eficacia, eficiencia-. Por esto, suponemos que hay una gobernabilidad potencial que pueden alcanzar los gobiernos y de la cual si no se cumple se le podría asignar algún déficit, crisis o ausencia, para calificarlos (Camou, 2001).

Para analizar conceptualmente los problemas de gobernabilidad, el primer paso es distinguir en qué nivel se están presentando las deficiencias o irregularidades en la gobernabilidad. Camou (2000) distingue básicamente dos

tipos: los reales o jurisdiccionales y los analíticos. Los primeros se refieren a los planos nacional, regional, estatal, municipal e inclusive supranacional y los segundos al sistema político-administrativo, al sistema económico y al sistema sociocultural –en otras palabras: estado/gobierno, mercado y sociedad civil–. El autor detalla ampliamente cada uno de los componentes de estos niveles analíticos hasta convertirlos en prácticamente tres tipos de niveles ya que descompone el del sistema político en tres:

“En resumen, para analizar los problemas de gobernabilidad, y más allá de las elementales distinciones entre niveles jurisdiccionales de gobierno, hemos distinguido tres subsistemas sociales: el sistema político-administrativo (que incluye centralmente al Estado, pero no solamente al Estado), el sistema económico y el sistema sociocultural. Las vinculaciones entre ellos se encuentran mediadas por distinto tipo de relaciones, entre las que destaca para nuestros propósitos lo que hemos denominado [...] "relación de gobierno", ya sea entre el sistema político y el económico, entre el sistema político y el sociocultural, o el sistema político consigo mismo, [...] de unos elementos sobre otros del mismo sistema (por ejemplo, el poder civil sobre los actores militares, o las fuerzas de seguridad). Ha de quedar claro que esa relación entre el sistema político y sus dos sistemas de flanco puede darse con cada uno de ellos tomados en su totalidad (el mercado, la sociedad civil), o bien con algunos sectores u actores más específicos (los empresarios, el sector industrial, las organizaciones no gubernamentales, los movimientos ecologistas, etcétera) [...] los diferentes niveles analíticos en el interior del sistema político, y allí distinguimos tres niveles: el de la cultura política, el de las instituciones y el de los actores (y sus acciones). Lo

importante de estas distinciones es precisar en qué niveles analíticos han de ser ubicados los problemas de gobernabilidad”. (Camou, 2001, p. 29)

Las categorías y niveles de análisis antes descritos dan cuenta de la complejidad que se tendría para definir con precisión una tipología de gobernabilidad o ingobernabilidad pues éstas se distinguen por ciertos grados de tensión o relación que pueden tener ilimitadas configuraciones causales y sintomáticas, además de las múltiples valoraciones que de estos hechos puedan hacerse al evaluar al gobierno. Sin embargo, y para añadirlo a lo anteriormente dicho sobre las situaciones en que pueden darse las problemáticas de ingobernabilidad, hemos de rehacer como categorías analíticas lo mencionado en el primer párrafo de este apartado para saber de qué tipo de falencia estamos hablando.

La gobernabilidad tiene como componentes: la legitimidad -gobierno apegado al derecho constitucional, a los procedimientos legales e institucionales, así como a los valores democráticos sancionados como *buenos*; la eficacia/eficiencia -la racionalidad operativa y política para resolver las demandas sociales y/o los objetivos del Estado-; y, la estabilidad -la capacidad de perdurar en el tiempo y adaptarse al cambio-.

Vale hacer la precisión de que la gobernabilidad no depende sólo del gobierno o que es una cualidad que implica sólo su responsabilidad. No es así, pues de la sociedad y de los actores económicos también se espera una actuación que facilite la cooperación y la obtención de los resultados para los que se acuerdan los consensos en las democracias.

Siguiendo con el análisis de la gobernabilidad, sus componentes o vertientes tienen que ver con dos tradiciones básicas del pensamiento político,

una que centra su atención en la esfera de la ética -que tiene que ver con la formulación de un *buen gobierno*- y otra que supone a la esfera política como un sistema de ejercicio de *poder eficaz* (Camou, 2000). La primera movida por la noción de justicia y la segunda por la de eficacia y que en principio no deberían contraponerse ni diferenciarse, pues lo justo no ha de ser ineficaz ni viceversa, y más bien, los gobiernos deben tender a lograr ambos.

Estas nociones políticas ponen énfasis en los tipos de relaciones que pueden establecerse partiendo de cada uno de los componentes o mejor dicho, parámetros de medición o evaluación: a) gobernabilidad y eficacia, que mira el costo-beneficio para alcanzar los objetivos del Estado, para lo cual tiende a fortalecer su capacidad operativa y su propia subsistencia, esta racionalidad operativa está asociada con la razón de Estado de Maquiavelo; b) gobernabilidad y legitimidad, el buen gobierno movido por la justicia y la legitimidad de un orden político-social determinado (de los derechos humanos, del bienestar general...) pensamiento anterior a Maquiavelo y que se encuentra hasta Platón (Camou, 2000), aunque también lo encontramos en la actualidad revestido de otros matices; y, c) gobernabilidad y estabilidad, entendida como la capacidad de un sistema de adaptarse a los cambios que se le presentan, un tipo de resiliencia sistémica.

Una de las tesis que mayor uso tienen para explicar carencias en la gobernabilidad de las democracias es aquella que surgió de los análisis de la Comisión Trilateral en 1973 y que concluía que “la llamada crisis de gobernabilidad puede ser caracterizada como un *estado* de desequilibrio, o de desfase, entre el mayor volumen de las demandas sociales ("sobrecarga") respecto de las menguadas capacidades de respuesta de los gobiernos

democráticos” (Camou, 2000, p. 32) es decir, que en los regímenes democráticos analizados, mientras las demandas de los ciudadanos crecían las capacidades de los gobiernos desmerecían.

Camou (2001), de este análisis, define a la gobernabilidad como el “*estado de equilibrio dinámico entre el nivel de las demandas sociales y la capacidad del sistema político (Estado/gobierno) para responderlas de manera legítima y eficaz*” (p. 36) y menciona que ésta reúne las tres cualidades mencionadas. La eficacia gubernamental y la legitimidad social harían entonces posible la gobernabilidad y la estabilidad de un sistema político y, al contrario, podrían lastimarse las relaciones al interior de los sistemas y generar déficits o crisis de gobernabilidad aquellos sin este par de atributos.

La gobernabilidad en cualquier sociedad tiene grados, inclusive diferenciados en distintos niveles, esferas y componentes de las relaciones sociales. Los que menciona Camou (2001) son: Ideal, Normal, Déficit de, Crisis de e Ingovernabilidad. La ideal, supone que todos los conflictos están neutralizados; la Normal, denota que existen los conflictos que usualmente se presentan en esa sociedad y que están tolerados; el Déficit señala alguna anomalía entre las demandas sociales y la capacidad gubernamental que se presenta en alguna esfera de la sociedad, que es percibido como indeseable por los actores políticos y que puede amenazar la relación de gobierno; la Crisis se refiere a una serie o proliferación de anomalías; e, Ingovernabilidad, es la situación límite de la disolución del vínculo de gobierno. Tanto las situaciones límite como la normal, son poco comunes, por lo tanto, Camou hace hincapié en los niveles de crisis y déficit.

Las que hacen referencia a las *luces rojas* o los déficits de gobernabilidad presentan básicamente cuatro funcionalidades del sistema político “[1] El mantenimiento del orden y de la ley [... 2] La capacidad del gobierno para llevar adelante una gestión eficaz de la economía. [3] La capacidad del gobierno para promover el bienestar social y garantizar servicios sociales mínimamente adecuados [...] y 4] El control del orden político y la estabilidad institucional” (Camou, 2001, p. 39). Para determinar la gravedad de estas situaciones o si pueden desencadenar una crisis de gobernabilidad se deben tomar en cuenta las particularidades de cada sociedad.

Por otro lado, las crisis de gobernabilidad están causadas por una serie de déficits o por cambios estructurales más amplios. En los años setenta, cuando se comenzó a hablar de ingobernabilidad, había una situación social cambiante en los países más desarrollados que vieron la causa de aquella en el desfase entre las demandas y la capacidad del gobierno para resolverlas, es decir, el estado de bienestar ya no sólo no era viable por la crisis sino que ya no podía crecer más, lo cual no sólo mermó la eficacia sino la legitimidad de los gobiernos para la percepción de los ciudadanos (Camou, 2001).

Los analistas le dieron tres posibles salidas a esta problemática. La primera de corte neoliberal o neoconservadora recomendó cuatro medidas: (1) reducir la actividad del gobierno para dar preminencia al orden espontáneo del mercado; (2) reducir las expectativas de los grupos sociales -prometer menos-; (3) aumentar los recursos a disposición del Estado -más impuestos-; (4) y, reducir o simplificar las instituciones del Estado en pos de la eficacia y en contra de su crecimiento desmedido (Camou, 2001).

En este mismo enfoque se encuentran los autores trilaterales, para quienes el desarrollo democrático rompe con el imaginario social del control social y deslegitima a la política como autoridad. Además genera una sobrecarga de demandas. Todo parecía deberse a un exceso de democracia, al menos para la capacidad del estado y del contenido normativo mismo de ésta (Camou, 2001). La respuesta ante esta situación sería rediseñar las instituciones democráticas y reducir los alcances de la democracia.

El segundo enfoque, venido de la tradición marxista, señala que los factores de ingobernabilidad provienen de la contradicción propia de las funciones del Estado, la acumulación de capital y la legitimidad política. Si el Estado da preminencia al mercado por sobre las demandas sociales perdería legitimidad, pero si da preminencia a las demandas sociales pierde el soporte para su expansión y eficacia, que son los recursos necesarios para operar (Camou, 2001).

El tercer enfoque se puede mirar como intermedio a las posiciones polares, en donde los problemas de gobernabilidad surgen de las estructuras internas de los estados no modernizados. La respuesta es la modernización y racionalización del estado para que sea capaz de anticipar vicisitudes y planificar el desarrollo. Mejorar al ejecutivo para que sea ágil en la toma de decisiones, eficaz en la construcción de mayorías y la coordinación de las agencias gubernamentales (Camou, 2001).

Otra vertiente intermedia se conoce como *neocorporativismo* en el cuál se propone integrar a los sectores sociales diversos a las estructuras de las instituciones de los regímenes democráticos para lograr mayores consensos, eficacia en la resolución de conflictos y sinergias económicas, todo ello para

dar mejor respuesta a las demandas complejas de las sociedades actuales (Camou, 2001). Método usado por el régimen político mexicano durante gran parte del siglo XX.

Hoy en día los análisis ya no pueden cargarse ideológicamente a uno u otro polo. Como tampoco proponer el desmantelamiento del Estado y la desprovisión de contenido de la democracia como medida de solución a la incapacidad gubernamental para resolver las demandas sociales, máxime cuando éstas son justas y se encuentran en la esfera de las posibilidades y capacidades de los gobiernos. Tampoco podemos aceptar *a pie juntillas* el pensamiento marxista de que existen y existirán siempre contradicciones ineludibles entre el mercado y el estado en donde siempre habrá un déficit de eficacia/eficiencia o legitimidad. Muy probablemente se tenga que integrar todo: racionalizar al estado con una eficiente gestión; cargar de contenido social a las políticas del Estado; modernizar las instituciones del sistema político; y coordinar esfuerzos para lograr pactos políticos, económicos y sociales que abonen a la consecución de objetivos nacionales de gran calado.

Para que todo lo anterior se logre, la formación de pactos y coaliciones políticas es crucial, pues sin consensos y acuerdos las democracias no generan los resultados esperados. Partiendo de ello, la gobernabilidad democrática necesitará entonces de impulsar una nueva cultura política tanto entre las élites políticas y los cuerpos burocráticos como en la sociedad en general; un compromiso estatal sólido para la regulación de los mercados y la contención de sus externalidades; la promoción del bienestar social y la participación ciudadana como contralores públicos; la inserción inteligente en la aldea global; la solidaridad y responsabilidad ciudadana para con los fines

nacionales; y, una integración de valores que puedan compartirse ampliamente para sociedades complejas y plurales¹⁰⁰ (Camou, 2000).

c) Algunas medidas y herramientas para lograr la gobernabilidad democrática

Como se ha mencionado, los Estados latinoamericanos se encuentran con un déficit de gobernabilidad democrática generalizado y en algunos casos, como Venezuela, Argentina y Nicaragua, en severas crisis de gobernabilidad que amenazan con la ruptura del lazo de gobierno. Por otro lado es de todos sabido que la región es una de las más corruptas del planeta (United Explanatios, 2015) y que, por ejemplo, tiene niveles de pobreza y desigualdad muy altos para su nivel de desarrollo económico -uno de cada tres latinoamericanos está en peligro de caer en pobreza según la CEPAL (Infobae, 2017)-. Sin entrar en detalle sobre ninguna de estas problemáticas, se esbozan algunas de las medidas que las naciones con democracias en ciernes y que no se han modernizado han de realizar para fortalecer sus Estados, mercados y sociedades.

a) Una de las primeras medidas que pueden tomarse para mejorar la gobernabilidad y que atiende tanto a las nociones de eficacia/eficiencia como de legitimidad y estabilidad, es la promoción y el fortalecimiento de la gestión de redes institucionales, tanto las interorganizacionales como las intergubernamentales para que puedan aprovecharse mayormente los recursos

¹⁰⁰ Lo cual parece difícil pero no lo es. No se trata de valores morales sino éticos que no pueden fácilmente relativizarse y que pueden ser aceptados por convención. Los tratados de la justicia hechos desde la antigua Grecia, pasando por Kant, J. Rawls y, recientemente, Amartya Sen, nos demuestran que son preocupaciones centrales de la actividad relacional y el pensamiento humano.

de distintos actores en las sociedades y para potenciar las capacidades de actuación de distintos órdenes de gobierno pues “La gestión de redes es una categoría de análisis relevante para aludir a las relaciones de poder que indican cómo la sociedad y los gobiernos rearticulan posiciones frente a los asuntos públicos” (Uvalle, 2009, p. 43)

La gestión de redes se hace necesaria porque la interlocución entre la sociedad y los gobiernos es más directa, generada a su vez por una mayor interdependencia de y en ambos ámbitos. La categoría de redes incluye, de esta manera, a la sociedad y al gobierno, convirtiendo sus espacios de encuentro en epicentros de acción pública, en los cuales se desarrollan liderazgos tanto formales -pero no rígidos- como informales -pero no ilegales-.

En estos espacios de encuentro se entiende que las relaciones tutelares tradicionales entre gobierno y sociedad se han desdibujado para dar paso al gobierno por redes en el cual ambos actores participan el proceso de política pública a la manera *bottom-up* (de abajo hacia arriba). De tal manera, la discusión y el consenso son elementos infaltables.

La incorporación de la sociedad al *policy process* lleva una racionalidad económica de reducción del gobierno y de la mejora del costo-beneficio para la eficacia/eficiencia de la actividad gubernamental mediante sus políticas públicas que, en última instancia, reeditarán en resultados y capital político, benéfico tanto para la sociedad como para el Estado.

Por otro lado, las redes intergubernamentales también han de ser reestructuradas en tanto la cantidad de recursos humanos, materiales, financieros, de procesos y de normativas para que el aparato burocrático funcione y sea capaz de adecuarse a las condiciones cambiantes de la

sociedad global. Muchas cosas dependen de ello, como la efectividad real del federalismo así como la efectividad de las políticas públicas (Uvalle, 2009).

Uvalle (2009) también nos recuerda que una herramienta útil para la efectividad de los gobiernos es la Nueva Gestión Pública (NGP) para incorporar los valores del mercado y de los éxitos económicos privados a los gobiernos y, para Latinoamérica, también es necesaria la reestructuración y modernización de los Estados, para que en la región pueda darse una redemocratización, mayor desarrollo económico y disminución de la desigualdad social (p. 60).

b) Un segundo tema para mejorar la gobernabilidad, en sus tres componentes, es el de la construcción y promoción de la participación ciudadana como vigilante de los procesos del gobierno que, a su vez, controle las externalidades de los mercados, superando las visiones estrechas y dicotómicas que enfrentan al mercado y al Estado desde hace años y que han soslayado la participación de los ciudadanos en los procesos igualmente tratados como residuales. Tal es el caso del voto como control de la acción gubernamental y del propio sistema político como garante y promotor de esta actividad política ciudadana.

“El problema al que nos enfrentamos no es liberar “al mercado” de “el Estado”, o regular “el mercado” a través de “el Estado”, sino designar mecanismos institucionales específicos que induzcan a los diversos agentes [...] a comportarse de un modo colectivamente benéfico. Este problema organizativo constituye el interés primordial (intelectual y práctico) de la economía política coetánea” (Przeworski, 1997, p.119)

Para lograr esto, Przeworski (1997) imagina que se puede instaurar un sistema de incentivos puestos en las instituciones reguladores de los distintos

intercambios económicos, políticos y sociales. En este sentido, el Estado es quien tiene la potestad de fijar los incentivos para los agentes privados en sus relaciones, buscando siempre la eficacia pero a la vez respondiendo al control ciudadano. De esta manera, los privados obtienen beneficios al actuar en beneficio público y el Estado también al estar sancionada su acción por los ciudadanos. En esta propuesta las instituciones del estado y el mercado se ponen en dirección a su origen y fin: los individuos y las colectividades.

Los ciudadanos tienen entonces que saber discernir a los buenos de los malos gobiernos pues en ellos recae –como contralores– la responsabilidad de dar continuidad o no a los proyectos políticos y económicos. Se plantea el cómo hacer que los ciudadanos cuenten con las instituciones para controlar al gobierno y que éste sea receptivo a las demandas públicas más acuciantes y que provienen de una ciudadanía informada.

Se proponen dos mecanismos conocidos con el voto como control, el primero “prospectivo”, en tanto puede hacer que los planes de gobierno concuerden con las acciones de los gobiernos electos y si no lo hacen deponerlos y, el segundo, retrospectivo, que funcionan a posteriori de la acción gubernamental (Przeworski, 1997).

Es interesante y loable que se quiera dotar de tal capacidad a los ciudadanos, sin embargo, aún hay muchas instituciones y precondiciones que son necesarias para que esta idea funcione y dé los mejores resultados: que los votantes tengan la posibilidad de asignar responsabilidades por la actuación gubernamental y que éstos sean complementados con mecanismos horizontales; que los votantes puedan expulsar a un partido del poder por el voto cuando se acredite una actuación deficiente; una oposición vigorosa que

vigile al gobierno e informe a los ciudadanos, además de instituciones autónomas que suministren la información del desempeño gubernamental a ambos; y, votantes con instrumentos para castigar o premiar la actuación de los resultados de los gobiernos con incentivos para desear la reelección (Przeworski, 1997).

Sin duda se pueden aplicar estos mecanismos de contraloría ciudadana para incentivar la correcta actuación de los sistemas económicos y políticos, con una carga de legitimidad social amplia para la gobernabilidad democrática, sin embargo no está muy claro en el planteamiento de Przeworski cómo se asegura la racionalidad y la eficiencia/eficacia tanto del mercado como del estado. Quizás se necesiten otros mecanismos más para esos propósitos.

c) Una tercera idea pone en el centro del análisis a la gestión pública – instrumental y política- como realizadora de la razón de estado, que consigue su propósito teleológico en los fines mismos de la gobernabilidad democrática, pues al lograr mediante la gestión el éxito de las políticas públicas, la sociedad le dota de legitimidad y consiguiente aceptación para su continuidad y estabilidad.

Subyace acá la idea de que los gobiernos democráticos no son de ninguna manera un lastre para la legitimidad como vimos en las recomendaciones neoliberales que revisitamos con Camou. Por el contrario son fuente de legitimidad en la medida en que se logren los propósitos trazados y consensuados entre la sociedad y el gobierno. De lo que se trata no es de ninguna manera de desproveer de sentido a la democracia sino de dotarla más de legitimidad y de eficacia por medio de una gestión pública que, además, asegure la fortaleza de un Estado que debe ser motor del desarrollo social y

económico de las sociedades. En este sentido, a la razón de Estado, la desean también los agentes económicos y sociales.

“La capacidad de las democracias para desarrollarse descansa de manera efectiva en la operación del gobierno, porque es el responsable principal de que las políticas públicas logren los objetivos que las justifiquen, más aún, cuando la democracia se caracteriza como un sistema de vida que proclama que aumente la esperanza de vida, que los servicios públicos lleguen a toda la población y que se generen las oportunidades individuales y colectivas que potencian la calidad de su desempeño institucional. La efectividad de la democracia se identifica con categorías como calidad, desempeño, productividad, innovación y desarrollo institucional.” (Uvalle, 2015, p. 28)

A pesar de esto, Uvalle nos subraya que la naturaleza de la gestión pública es estructural con la razón de Estado, a pesar de su cercanía con la democracia, los ciudadanos, las políticas públicas y la sociedad civil (Uvalle, 2015). Y sin embargo, tal como hemos ensayado aquí, en sentido estricto no debería tampoco de haber una dicotomía entre la sociedad y el Estado, ni una relativización de posiciones para que se pretendan autónomas la una de la otra o que la primera esté subordinada a la segunda, pues estaríamos yendo hacia una especie de fundamentalismo estatal, en donde la creación mítica-simbólica de la humanidad está por encima del ser humano mismo, ya no para su servicio sino para su enajenación.

Siguiendo este orden de ideas, el gobierno y la gestión pública tienen valores políticos y operacionales que le dotan de eficacia/eficiencia, legitimidad y estabilidad que son suficientes para la gobernabilidad democrática. Hay que

aceptar que la gestión es predominantemente técnica y que depende de datos objetivos, evidencias, valores mensurables y recursos efectivos, como también es cierto que el Estado/gobierno en mucho se puede ayudar, para la promoción de la legitimidad y la cohesión social, si preserva recursos no mensurables como la tradición, identidad, cultura e ideología nacional, inclusive algunos valores intangibles como la justicia por encima de otros tangibles como alguna variable económica. La razón de Estado también debe estar por encima de la preservación de los equilibrios políticos o de la persecución de la eficacia administrativa. El Estado debe no sólo ser eficaz sino encarnar la visión más acabada del "estatus" social, de la memoria colectiva y de la visión de futuro.

Quisiera repasar sólo una última herramienta, de entre tantas, para propiciar eficacia/eficiencia y legitimidad en los gobiernos. d) La cuarta y última idea o herramienta para abonar a la gobernabilidad democrática de las sociedades contemporáneas del contexto latinoamericano o con democracias en ciernes y estados no modernizados es la de la transparencia.

Una característica relativamente nueva para los gobiernos modernos es la de hacer a un lado la máxima del secreto en la vida política para dar paso a la publicidad de los actos de gobierno, aunque no en todas las áreas puesto que hay que asentar que el secreto es necesario en todos los gobiernos para preservar el poder que cohesiona a las sociedades y mantiene la autoridad. Inclusive el secreto puede servir, en cierta medida, como protector de cierto halo de legitimidad para la preservación del Estado, evitándoles conflictos indeseables e innecesarios. Sin embargo, al exceso de secrecía en los regímenes democráticos se les asocia más con los monárquicos premodernos

o los autoritarios, lo cual sería visto como un déficit para la gobernabilidad democrática.

“Las democracias modernas [...] son sistemas de vida que tienden hacia el desarrollo y consolidación de la publicidad en términos de la organización y el ejercicio del poder [...] En la medida que el poder se estructura sobre la base de los consensos, es factible ordenar los ámbitos privado y público con fines de gobierno para contrarrestar la cultura del misterio y la secrecía al publicitar las prácticas de la política” (Uvalle, 2011, p. 127).

La transparencia es necesaria para que los ciudadanos cuenten con información de primera mano y puedan así hablarse de igual con los gobiernos, lo cual mejora la comunicación y vinculación para los procesos de rendición de cuentas, participación ciudadana, contraloría social y en general para los procesos de política pública, además de que complica el que los gobiernos se distancien y tiendan hacia la opacidad característica de los Estados en donde impera la corrupción, la inequidad social y diversas relaciones de complicidad - como en México o Brasil, sólo por mencionar algunos casos latinoamericanos conocidos y paradigmáticos-.

En síntesis, en tanto que influye directamente en los procesos operativos, diseño y ejecución de políticas, construcción de consensos, evaluación e institucionalización, la transparencia contribuye a la legitimidad y eficacia/eficiencia del Estado que, como vimos, mientras más recree este círculo virtuoso, dará más vida a su propia estabilidad.

d) Conclusión

Existen muchas maneras de lograr la gobernabilidad democrática y que pueden tomar distintos nombres: gestión de redes, gestión pública, participación ciudadana democrática, mejora del sistema político electoral o la transparencia, podría haber muchas otras como la gobernanza, el gobierno abierto, la acción conectiva, el *New Public Service*, entre otros. Lo importante es que estas medidas no se queden en la simulación de los gobiernos incapaces, autoritarios o corruptos.

Como hemos visto, prácticamente ninguna de las partes que intervienen en la acción pública del Estado/gobierno, el mercado o la sociedad, pueden estar desconectados y, si está orientada a cualquiera de los fundamentos de eficacia/eficiencia y legitimidad social, difícilmente no impactará en la mejora de la gobernabilidad democrática y del bienestar socioeconómico general.

e) Referencias:

Camou, Antonio (comp.) (2001), Los desafíos de la Gobernabilidad, México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México/Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México/Plaza y Valdés pp. 9-58.

Infobae (2017). La CEPAL reportó 175 millones de pobres en Latinoamérica. Recuperado de: <https://www.infobae.com/america/america-latina/2017/01/24/la-pobreza-aumento-a-175-millones-de-personas-en-latinoamerica/>

Rubio, Luis (2017). Desgobierno por consenso. Recuperado de: <http://cidac.org/desgobierno-por-consenso/>

Przeworski, Adam (1997). Una Mejor Democracia, Una Mejor Economía. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/156821189/Una-Mejor-Democracia-Una-Mejor-Economia-przeworski>

United Explanatios. La situación de la corrupción en el mundo resumida en este mapa interactivo. Recuperado de: <http://www.unitedexplanations.org/2015/01/16/como-es-tu-pais-de-corrupto/>

Uvalle Berrones, Ricardo (2009). Gestión de Redes Institucionales, en Revista Convergencia XVI Aniversario, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, Universidad Autónoma del Estado de México, pp. 41-72.

Uvalle Berrones, Ricardo (2015). Horizontes contemporáneos de la gestión pública en Gestión Pública y Buen Gobierno en México. En Diálogos, preocupaciones y propuestas, David Arellano Gault, Fernando Patrón Sánchez (pp. 25-42), México, Universidad de Guanajuato.

Uvalle Berrones, Ricardo (2011). Oportunidades y restricciones de la transparencia en México, en Revista Mexicana de Opinión Pública (pp. 125-139).

8. Memoria digital social: seguridad vs privacidad

Diego Alfredo Pérez Rivas y Virginia Guadalupe Torres López¹⁰¹

En el artículo se explora, desde la historia y la filosofía de la ciencia el surgimiento de la memoria social digital, planteando algunos dilemas ético-jurídicos acerca de la seguridad y la privacidad. Primero se describe cómo las nuevas tecnologías digitales cambiaron el potencial de registro y de análisis de la especie humana. Posteriormente, se explica la noción de memoria social digital. Después, se exploran algunos aspectos de los planes de negocios de las redes sociales y los grandes buscadores. Finalmente, se reflexiona sobre el debate ético-jurídico de la legalidad de la vigilancia masiva. En las notas finales se mencionan algunos avances tecnológicos que podrían guiar futuros debates.

a) Computación: la aurora del registro

“Extendida en el infinito doble del pasado y del futuro,
la historia puede garantizar la inmortalidad sobre la tierra
así como la *pólis* griega o la república romana garantizaron
que la vida y las acciones humanas, en la medida en que
revelasen algo esencial y algo grande, tendrían una permanencia
estrictamente humana y terrena en este mundo”

(Hannah Arendt 1996, p. 84)

¹⁰¹ Profesor-investigador en el Departamento de Derecho de la FCAYS (UABC). Miembro del SIN, nivel 1. Trabaja temas vinculados con la historia de las ideas político-jurídicas, filosofía de la ciencia y la tecnología, y axiología de los derechos humanos.

Hasta una época reciente, la especie humana contaba con recursos muy limitados para generar y transmitir información a lo largo del tiempo. Las posibilidades para registrar eventos naturales o hechos sociales estaban restringidas al uso de las tecnologías disponibles: por ejemplo, el papel, la fotografía, las cintas magnéticas, o los viejos recursos como esculpir en piedra, madera o metal. La gestión de estos registros se hizo más difícil cuando la información aumentó. Por lo mismo, hasta bien avanzado el s. XX los registros disponibles para la labor historiográfica eran muy limitados y, como explica Arendt, el recuerdo (la inmortalidad) estaba reservado a grandes personajes o a grandes eventos. La capacidad de almacenamiento y de análisis de los datos presentaba dos problemas esenciales.

Primeramente, la creación de grandes bases de datos requería una fuerte inversión económica indispensable para la adquisición de los materiales de registro y para el mantenimiento de los recursos humanos encargados de realizar los registros y sistematizar la información. Las antiguas burocracias estatales enfocadas en gestionar actos legales, recopilando datos públicos o privados y sistematizando cifras de la más variopinta naturaleza, representan una fiel instantánea sobre el modo en el que grandes corporaciones públicas gestionaban los hechos sociales invirtiendo una enorme cantidad de capital.

Además del problema de la inversión, los registros generados mediante estas burocracias no eran interoperables, es decir, al no estar almacenados en un mismo medio y en una misma plataforma, las bases de datos no se podían comparar fácilmente. En otras palabras, los datos no se podían cruzar mediante procedimientos automáticos o banales. Hasta este momento la mayor

parte de los registros humanos estaban limitados a recursos analógicos, con los que se batallaba muchísimo para hacerlos compatibles entre sí.

La gran revolución que cambió el estado del arte respecto al potencial de registro y de análisis de la especie humana fue la tercera revolución científica. En ese sentido, la era de la computación puede considerarse como la aurora del registro y la información a gran escala. Mientras la primera revolución surgió con la invención de la máquina de vapor iniciando una época de modernización a través de la mecánica, la segunda revolución fue activada con el descubrimiento de la electricidad, informando el surgimiento de la edad de oro de la electrónica y las telecomunicaciones. Finalmente, del seno de la era de la electricidad surgiría la tercera revolución con la creación primero de dispositivos basados en tubos de vacío, después en transistores y finalmente en microcircuitos que servirían para que los seres humanos acrecentaran su potencial de registro, comunicación y análisis, tanto de eventos naturales como de hechos sociales.

Pero el sueño de obtener máquinas capaces de registrar y procesar automáticamente era un viejo anhelo filosófico que nació tres siglos antes de la invención del primer transistor. En el s. XVII, Pascal comenzó a innovar en la materia mediante la creación de máquinas de cálculo rudimentarias que pudieran solucionar las operaciones aritméticas elementales utilizando las leyes de la mecánica. En la aurora de la revolución newtoniana, Leibniz diseñaría también su propia máquina de cálculo esbozando los diagramas de una sofisticada caja con resortes y pequeñas esferas que realizaba operaciones aritméticas codificadas en sistema binario (Pratt 1990: 89-95). A todo vapor entre la primera y la segunda revolución, Charles Babbage y Lady

Lovelace se empeñaron en la construcción del primer computador y del primer software rediseñando las tecnologías de los telares y de las tarjetas perforadas (Bernstein 1990: 66-68). En ese momento pretender que una máquina pudiera resolver operaciones matemáticas complejas parecía algo digno de filósofos diletantes, pero el futuro daría la razón a estos soñadores impulsando el poder de estas máquinas de cálculo.

No sería sino hasta la primera mitad del s. XX cuando la aspiración de construir máquinas de cálculo para resolver ecuaciones algorítmicas se vería cristalizada con las aportaciones de Alan Turing y John Von Neumman. En el caso del segundo, su aportación fue fundamental al inventar la ingeniería contemporánea de los sistemas informáticos con un centro de procesamiento, memoria de acceso directo y memoria secundaria (Von Neumman 2014: 84-93). Por su parte, el experimento mental del primero acerca de las características y limitaciones de una máquina universal para resolver el famoso problema de la indecibilidad esbozado por Hilbert, permitiría el desarrollo de las máquinas de computación contemporáneas (Turing 1994: 63-86). Gran parte de las tecnologías actuales para la comunicación como los ordenadores personales, las tablets, los smartphones no son otra cosa que máquinas universales de Turing capaces de hacer interoperables las bases de datos almacenadas en una estructura similar y codificadas en un lenguaje equivalente: el sistema binario o digital.

Con el nacimiento de la informática basada en sistemas computacionales digitales se dio inicio a una nueva era en la historia de la memoria social. La creación de sistemas electrónicos capaces de almacenar y procesar información posibilitaría a largo plazo la erección de un nuevo

paradigma para el registro y la sistematización de los datos recolectados. Inmediatamente el potencial de esta tecnología se mostraría en su esplendor cuando se empezaron a desarrollar sistemas informáticos capaces de gestionar y administrar grandes bases de datos para múltiples usos.

El crecimiento exponencial de la computación ha sido expresado magistralmente en una previsión matemática que anticipó la evolución de la revolución digital. La *ley Moore* predijo el proceso de miniaturización de los circuitos electrónicos a lo largo de cuarenta años (Moore 1965: 1-4). La predicción original fue corregida un par de años después estableciendo con una increíble exactitud que cada año se duplicaría el número de transistores en un microprocesador, lo que implicaba que las computadoras no necesitarían hacerse más grandes para ser más potentes, sino más bien que aun haciéndose cada vez más pequeñas su poder de cálculo crecería exponencialmente.

La evolución de la computación daría la razón a Moore no solamente respecto a su predicción principal, sino también respecto a las consecuencias que se podían derivar de su ecuación. Un ejemplo claro de esto se refiere a la predicción de la disminución de los costos de almacenamiento. Con el paso del tiempo, se puede derivar de la ley Moore, almacenar mayores cantidades de información sería más barato. En este sentido, el paso de las tecnologías basadas en cintas magnéticas a los discos compactos descifrados mediante la aplicación del láser y después la invención de las memorias flash posibilitarían un crecimiento en el potencial de almacenamiento, acompañado de mejores prestaciones y de una importante disminución en los costos.

El s. XX fue un período de grandes cambios en el *modus vivendi* de gran parte de la población, por lo que la condición humana, entendida como la estructura básica disponible para el ser humano en el mismo hecho de su existencia se vería alterada por la invención de nuevas tecnologías que funcionan como prótesis. Por esto, el s. XX fue testigo de un exponencial crecimiento en la capacidad de control de la cultura sobre la naturaleza. Este control fue posible gracias al ascenso de las nuevas tecnologías, ya que sin ellas no podríamos ni siquiera imaginar los satélites que gravitan alrededor de la tierra ofreciéndonos todo tipo de servicios, internet o los computadores que llevamos a todas partes en nuestros bolsillos. El s. XX fue prometeico ya que por primera vez en la historia la cultura tomaría las riendas de la naturaleza más inmediata alterando la propia estructura existencial. Algunos autores como Maurizio Ferraris han llegado a hablar del Smartphone como instrumento total, en el sentido de que permite hablar, escribir, registrar y construir (2008: 33-45).

b) Computación: aurora de la memoria social digital

La memoria social se puede diferenciar de la memoria individual en el sentido de que la segunda está construida a partir de registros subjetivos (mecanismos neuronales todavía incomprendidos) que residen en el cerebro de las personas, mientras que la memoria social o colectiva está constituida por toda una serie de registros externos que se presumen como relativamente objetivos. Esta visión coincide con la concepción naturalista y la ontología social de John Searl, según la cual todos los estados de la conciencia acontecen en el cerebro mediante procedimientos neurobiológicos (2009: 23-27), mientras que los hechos sociales se manifiestan como actos lingüísticos intencionales.

La memoria individual está constituida por una red neuronal conectada mediante complejos mecanismos que operan gracias a un lenguaje bioquímico de base. Por su parte, la memoria social se elabora a partir de registros externos como documentos, imágenes, y más recientemente recursos audiovisuales digitales formando una red artificial entre los datos inteligibles socialmente. El desarrollo de las tecnologías digitales ha potenciado la capacidad de registro, gestión e interoperabilidad de los datos posibilitando la creación de un lenguaje universal.

La evolución más reciente de la especie humana puede considerarse como impulsada por la existencia de esta memoria social que permite heredar información entre las generaciones. Lo que ha cambiado en los últimos sesenta años es la cantidad de información que se registra (data base), así como la existencia de una plataforma digital (internet) capaz de conectar dispositivos de la más diversa naturaleza por un período de tiempo más prolongado. Este grado de registro y de interconexión entre las bases de datos es lo que ha cambiado con el surgimiento de la memoria social digital. La evolución resulta visible si se analiza cómo ha evolucionado la memoria social en los últimos 200 000 años.

Los primeros registros humanos que fueron socialmente compartidos son los poemas transmitidos oralmente con un fuerte componente mnemotécnico, informando la creación del lenguaje hablado. Posteriormente la invención del papel potenciaría una nueva era en la que la información sería transmitida más fielmente a lo largo de mayor tiempo. Sin embargo, no fue sino hasta la invención de los sistemas computacionales que el potencial de registrar hechos sociales creció cuantitativa y cualitativamente gracias a la

electrónica. Actualmente la mayor parte de la información registrada se almacena en dispositivos electrónicos que operan con una plataforma de base como la máquina de Turing. Es decir, gran parte de los datos que generamos como especie son almacenados actualmente en dispositivos electrónicos codificados en un lenguaje digital. Si antes la memoria social aparentaba ser algo así como pequeñas islas poco conectadas entre sí, la era digital ha transformando ese imaginario, potenciando la capacidad de registro y también de interoperabilidad.

La invención de sofisticadas máquinas que nos permiten acceder de manera inmediata y permanente a esas grandes bases de datos a través de internet ha cambiado la noción misma de la memoria social. La transformación de la condición humana por la penetración de las tecnologías computacionales puede constatarse tanto en las naciones más modernizadas como en las naciones en vías de desarrollo. El crecimiento de las industrias de la comunicación y de las empresas web dan evidencia de esta tendencia, ya que generan ganancias millonarias aumentando su número de suscriptores y de inversores.

c) Buscadores y redes sociales: hogar de la memoria social

Algunas de las empresas de la revolución digital que reportan un importante valor de mercado operan a partir de potentes buscadores online (Google, Bing, Yahoo) o de alguna red social con millones de suscriptores (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn). Resulta paradójico que el valor de mercado de estas empresas de nueva generación no esté vinculado con las ganancias obtenidas a partir de pagos realizados por sus usuarios. Mediante una quimera

económica en la que aparentan ser empresas milagrosas que obtienen grandes ganancias no cobrando a los usuarios por sus servicios, en realidad los planes de negocios de dichas organizaciones están orientados a mercantilizar las grandes cantidades de información que los usuarios otorgan a cambio de los servicios ofrecidos (Brand Finance 2017).

Entre los datos que almacenan este tipo de empresas se encuentra información sensible como los datos personales que podrían revelar la propia identidad, las preferencias sexuales, la ideología política, las creencias religiosas y hasta datos de geolocalización, número de tarjetas bancarias, domicilio, etc. Además de estos datos, las empresas recaban información acerca del usuario en lo relativo a su experiencia en la web, utilizando los recursos para ofrecer *publicidad dirigida*. En realidad, los grandes buscadores de internet y las grandes redes sociales son empresas que buscan crecer y obtener jugosas ganancias. En palabras de Keen: “Así como en el *Proceso kafkiano*, Joseph K compartía inconscientemente información pública y privada con las autoridades, actualmente todos compartimos nuestros datos más íntimos, a nivel espiritual, económico, médico, con los numerosos servicios, productos y plataformas de las redes sociales *gratuitas*” (2013: 90).

Los usuarios de las redes y los buscadores han sido víctimas de un hechizo publicitario que ofrece un servicio aparentemente gratuito a cambio de algo muy íntimo: la información privada. Con la creación de las redes sociales cualquier persona puede generar un perfil en línea y crear una base de datos que proporcionará gratuitamente a la empresa que brinda el servicio. De este modo el usuario deja de ser consumidor para convertirse en producto. En esta época voyerista, la tentación de hacer pública la vida privada es toda una

tendencia social, por lo que las redes son tiendas departamentales en las que cada usuario convierte su privacidad en una vitrina pública. “Las redes funcionan como una confesión que escribimos y publicamos de manera colectiva para que pueda ser leída por cualquier persona...una epidemia de narcisismo: una especie de locura autopromocional alimentada por el deseo continuo de acrecentar nuestra fama en el mundo” (2013: 25)

¿Cuál es entonces el verdadero negocio de estas empresas? La forma en la que están organizadas sugiere que la mayor parte de las inversiones son destinadas a acrecentar el potencial de almacenamiento, así como a “mejorar la experiencia del usuario” para que las bases de datos sean alimentadas, y a fortalecer las medidas de seguridad para que sus datos no sean robados. La clave para entender el negocio se encuentra en los *avisos de privacidad*. Estos documentos legales establecen, entre otras cosas, que los usuarios ceden voluntariamente la mayor parte de sus datos, consintiendo la posibilidad de que sean utilizados en un futuro para los más variopintos fines. Además de esto, los usuarios aceptan resolver cualquier controversia legal en la jurisdicción preestablecida por la empresa. En suma, el negocio es la explotación comercial de los datos recabados.

d) Seguridad vs Privacidad: conflicto ético-jurídico

En los últimos treinta años el derecho tecnológico ha adquirido especial importancia a nivel mundial. En el caso mexicano, el desarrollo de las nuevas tecnologías digitales ha estado acompañado por una evolución torpe en las

reglas jurídicas. Esta evolución revela de manera preocupante el conflicto que ha surgido entre seguridad y privacidad, en el cual la primera ha prevalecido sobre la segunda. Se puede decir que en sentido legal la vigilancia masiva ha vencido sobre el derecho a la intimidad.

La regulación federal para las telecomunicaciones establece, por ejemplo, que todos los metadatos de las telecomunicaciones, es decir, información acerca de las comunicaciones personales de los ciudadanos deben ser almacenadas por los prestadores de servicios a lo largo de 48 meses (*Ley Federal de Telecomunicaciones*, art. 190, fracc. II). También ha dispuesto las reglas para la intervención directa de telecomunicaciones privadas y la geolocalización en tiempo real, abriendo las puertas a un tipo de vigilancia indiscriminada (art. 190 fracciones I y II). A esto se puede agregar que la regulación se empeña en fortalecer los mecanismos de vigilancia disponibles para las empresas prestadoras de servicios, así como para agencias estatales autorizadas a tener acceso a los datos (PGR, Procuradurías estatales, PFP y CISEN), pero no establece claramente cuáles son los derechos de los ciudadanos, ni mucho menos los mecanismos de protección de las garantías que materializarían esos derechos. Se trata de un déficit importante en el desarrollo de la protección y tutela de los derechos digitales en beneficio de la vigilancia. Finalmente, algunos reportes de organizaciones no gubernamentales como R3D evidencian que las normas de transparencia han presentado muchas deficiencias derivadas de los obstáculos para acceder a las cifras en poder de las empresas y las agencias gubernamentales. En algunos casos específicos, los datos que se han podido obtener reflejan importantes incongruencias (2016b: 29-35).

Resolver el conflicto ético-jurídico en torno a la prevalencia de la seguridad o la privacidad implica una reflexión profunda sobre los principios fundamentales del Estado de Derecho y un análisis acerca de la forma en la que la penetración de las nuevas tecnologías ha cambiado la condición humana, generando una serie de riesgos tecnológicos sin precedentes en la historia.

5. *Estado de derecho y presunción de inocencia*

El Estado de Derecho es una noción jurídico-política moderna que implica, primero, que los ciudadanos poseen una serie de derechos reconocidos y garantizados constitucionalmente. En segundo lugar, el Estado es concebido como una organización social que surge de la voluntad popular con la finalidad de proteger los derechos fundamentales. Finalmente, la noción está asociada con una forma de organización estatal en la que las funciones ejecutiva, legislativa y judicial se encuentran separadas, estableciendo mecanismos de contrapesos.

Entre los derechos que se encuentran en la base de las libertades garantizadas universalmente a los ciudadanos en las democracias consolidadas se encuentran el derecho a la libertad, la comunicación y la propiedad. El derecho a la libertad puede considerarse como un derecho amplio, porque garantiza no solamente la libertad física de movimiento, sino que comprende la capacidad de elección en cuestiones religiosas, políticas, ideológicas, sexuales, culturales, económicas, etc. Una *concepción negativa* de esta noción de libertad expresa que los ciudadanos pueden legalmente hacer todo lo que no contravenga las leyes. Pero una concepción mucho más

afirmativa establece que nadie puede ser privado de esa libertad original de dejar querer, dejar pensar y dejar hacer si no se ha podido demostrar ante instancias jurisdiccionales muy precisas la presencia de una responsabilidad jurídica que legitime la cesación de ese derecho. En toda esta serie de ideas está basado el principio de presunción de inocencia que consiste en establecer que nadie puede ser molestado ni mucho menos declarado culpable de un acto ilícito, y por tanto no puede ser despojado de la libertad física, a menos que exista un juicio justo e imparcial, proseguido de una sanción proporcional establecida previamente en las leyes. En otras palabras, la noción moderna de libertad ha sido entendida como la facultad de decisión individual sin sumisión a los caprichos ajenos, sino solamente a la racionalidad de la ley.

El principio de presunción de inocencia puede considerarse como uno de los pilares esenciales de la democracia moderna, ya que garantiza las libertades civiles fundamentales. Su consolidación impactó, de hecho, en la creación de normas para regular otros derechos como la comunicación y la propiedad. En relación a la propiedad, considerado desde las revoluciones burguesas como el derecho civil por excelencia, las sociedades democráticas han garantizado progresivamente el uso legítimo del patrimonio personal dando amplia libertad a la realización de cualquier acción que no implicase actos ilícitos. El derecho a la privacidad o a la intimidad puede considerarse de hecho como el producto de la unión del principio de presunción y del derecho a la propiedad. El domicilio particular se convirtió desde entonces en una especie de recinto sagrado que debía ser salvaguardado de las arbitrariedades del Estado o de las cambiantes mareas políticas. Nadie podía invadir ese recinto

sagrado de la libertad individual, sino solamente mediante orden judicial previa que justificase debidamente la intromisión en la vida privada.

Las leyes que regulaban la libertad de comunicación en la época en la que la mayor parte de la población debía comunicarse con tecnologías rudimentarias como las cartas en papel o las llamadas telefónicas no procesadas mediante sistemas informáticos, establecían también que el ámbito de la privacidad abarcaba ese tipo de comunicaciones. Las comunicaciones personales, se podría decir, eran una extensión del domicilio particular, de la vida íntima de los individuos, por lo que intervenirlas podía considerarse como un medio ilegítimo e ilegal de vigilancia.

Lo que realmente está en juego actualmente en el debate entre seguridad y privacidad es si una sociedad democrática sana puede funcionar adecuadamente si prescinde del principio de presunción de inocencia ¿Pueden sentirse realmente libres las personas que son vigiladas? ¿Hasta qué punto puede considerarse legítimo que algunas empresas funden sus planes de negocios en la recolección de datos personales? ¿Son conscientes los usuarios del intercambio que están realizando cuando se sirven de algunos servicios? ¿Cómo evitar que la recopilación de toda esa información pueda servir para socavar los derechos fundamentales?

e) Notas finales

Actualmente los planes de negocios de las redes sociales y de los grandes buscadores de la red concentran su atención en el almacenamiento de los

datos personales de los usuarios. Esta apuesta no es superficial, constituye una mina de oro. Estas empresas pueden ser descritas como una especie de memoria y cerebro universal capaz de registrar información indispensable para conocer y hasta predecir los pensamientos, creencias, vivencias, experiencias y expectativas de los usuarios. La evolución paulatina de algoritmos inteligentes capaces de analizar los metadatos jugará un papel crucial en lo referente a la privacidad y la seguridad informática en un futuro inmediato.

Algunos estudios han mostrado la enorme potencialidad de los algoritmos en el análisis de los metadatos. Primeramente, un estudio de Kosinski-Stillwell-Graepel (2012) publicado en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, mostró que los *likes* otorgados en las redes sociales pueden desvelar datos sensibles acerca de los gustos y preferencias en lo relativo a sexualidad, política, religión y estado civil. Otro artículo publicado en la misma revista de Kramer-Guillory-Hancock (2014) mostró de qué manera las emociones, ya sean positivas o negativas, son contagiadas entre los usuarios a través de la simple visualización de los mensajes, influyendo en el comportamiento interactivo de los usuarios. Este estudio ha sido pionero en la demostración del contagio emotivo a través del lenguaje escrito, sin la intervención de elementos verbales. Finalmente, un estudio de Youyou-Kosinski-Stillwell (2014) ha mostrado que un algoritmo informático es capaz de calcular mejor la personalidad de un usuario que un colega de trabajo usando 10 likes, mientras que con 150 es capaz de dar una descripción más detallada que los hermanos o los padres.

La evolución de las tecnologías digitales ha acrecentado el poder de registro, comunicación y acceso a la información. Pero la tendencia de la red

3.0 a ofrecer servicios “gratuitos” a cambio de información personal ha convertido al usuario de consumidor a mercancía. Las leyes nacionales que regulan el almacenamiento y el uso de esa información no han establecido de manera clara una protección de los derechos fundamentales. Opuestamente, ha favorecido el crecimiento de empresas que se encarguen de recopilar y comercializar esos datos. Es importante que como ciudadanos nos preocupemos por participar en el debate público. La pregunta esencial es: a cuánta privacidad estamos dispuestos a renunciar para obtener servicios “gratuitos” o la sensación de seguridad.

f) Fuentes

Arendt, Hannah (1996) *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre reflexión política*, Península, Barcelona.

Bernstein, Jeremy (1990) *Uomini e macchine intelligenti*, Adelphi, Milano

Brand Finance (2017) *Global 500. The annual report on the world's most valuable brands*, en: www.brandfinance.com

Ferraris, Maurizio (2008) *¿Dónde estás? Ontología del teléfono móvil*, Marbot, Barcelona.

Keen, Andrew (2013) *Vertigine digitale. Fragilità e disorientamento da social media*, Egea, Milano.

Kosinsky, Stilwell y Graepel (2012) “Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior”, en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 110, no. 15.

Kramer, Guillory y Hancock (2014) “Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks”, en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 111, no. 24.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. Consultada en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5352323&fecha=14/07/2014

Moore, Gordon (1965) *Cramming more components onto integrated circuits*, in: *Electronics*, vol. 38, n. 8, apr. 19-1965

Pratt, Vernon (1990) *Macchine pensanti. L'evoluzione dell'intelligenza artificiale*, Il Mulino .

R3d Red en Defensa de los Derechos Digitales (2016a) *Reporte: El Estado de la Vigilancia. Fuera de Control*, México .

R3d Red en Defensa de los Derechos Digitales (2016b) *¿Quién defiende tus datos? Reporte de evaluación de empresas de telecomunicaciones ante las medidas de vigilancia*, México.

Rossi e Motterlini (2009) "Homo Neuro-economicus: implicazioni epistemologiche della svolta neuro-cognitivo-esperimentale in economia" en: Cerroni e Rufo (coord) *Neuroetica. Tra neuroscienze, etica e società*, Utet, Torino

Sartori, Giovanni (1997) *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, México

Searle, John (2009) *Coscienza, linguaggio, società*, Rosenberg and Sellier, Torino.

Turing, Alan (1994) *Intelligenza meccanica*, Bollati Boringhieri, Torino

Von Neuman, John (2014) *Computer e cervello*, Il Saggiatore.

Youyou, Kosinski y Stillwell (2014) "Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans" en *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 112, n. 4.