

**UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB**

P. Rafael Pardo Hervás, L. C.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

**DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FACULTAD DE DERECHO**

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

**CONSEJO EDITORIAL**

**REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB**

Héctor José Victoria Maldonado

PRESIDENTE HONORARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

Absalón Álvarez Escalante

PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo

DIRECTORA GENERAL

**CONSEJEROS EDITORIALES**

**Andrés Botero Bernal**

*Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander, Colombia.*

**José Antonio Caballero Juárez**

*División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C., México.*

**Ramiro Contreras Acevedo**

*Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara, México.*

**Miriam de los Ángeles Díaz Córdoba**

*Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México*

**Eduardo A. Fabián Caparrós**

*Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.*

**Dora García Fernández**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac, México.*

**Jorge Alberto González Galván**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**María del Pilar Hernández Martínez**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**María Carmen Macías Vázquez**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**José Antonio Núñez Ochoa**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas y Posgrado, Universidad Anáhuac, México.*

**Francisco José Paoli Bolio**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**Ruperto Patiño Manffer**

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**Rocío del Pilar Peña Huertas**

*Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia*

**Luciano Carlos Rezzoagli**

*Instituto de Investigación Estado, Territorio y Economía, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.*

**Alma de los Ángeles Ríos Ruiz**

*Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.*

**María Guadalupe Sánchez Trujillo**

*Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Ana Lilia Ulloa Cuéllar**

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, México*

**Enrique Uribe Arzate**

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

**COMITÉ EDITORIAL**

**Raúl Andrade Osorio**, *Poder Judicial de la Federación, México.*

**María Cristina Burgos Montes de Oca**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Iliana Galilea Cariño Cepeda**, *Instituto de Derechos Humanos Ignacio Ellacuría SJ de la Universidad Iberoamericana Puebla, México.*

**Mónica Patricia Castillo Salazar**, *Facultad de Jurisprudencia de la* *Universidad Central del Ecuador, Ecuador.*

**Erika Joullieth Castro Buitrago**, *Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.*

**Gerardo Centeno Canto***, Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México*

**Víctor Manuel Collí Ek,** *Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México.*

**Julia Amanda Díaz Aguilar**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Genny Alejandra Falcón Gual**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Carla Angélica Gómez MacFarland,** *Dirección de Análisis Legislativos, Instituto Belisario Domínguez, Cámara de Senadores, México.*

**Luz María Guzmán Lozano**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**José Israel Herrera,** *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Alma Gabriela Lima Paul,** *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.*

**Luis Alfonso Méndez Corcuera,** *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

**Joaquín Ordóñez Sedeño**, *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, México.*

**Armando Peraza Guzmán**, *Universidad Pedagógica Nacional, México.*

**Dalia Isela Piña Alberto**, *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Jorge Rivero Evia**, *Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, México.*

**Rebeca Rodríguez Minor**, *Escuela de Negocios de la Universidad Anáhuac Cancún, México.*

**Julia Ruiz Buzo,** *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Maricarmen Sabido Basteris,** *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Ángel Daniel Torruco González,** *Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, México.*

**Luis Federico Vázquez Elizondo**, *Universidad Autónoma de Nuevo León, México*.

In Jure Anáhuac Mayab, Año 4, Núm. 8, Enero – Junio de 2016, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, http://www.anahuacmayab.mx. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número y de la página http://anahuacmayab.mx/injure: Dirección de Comunicación

Institucional de la Universidad Anáhuac Mayab, Mtra. Florángely Herrera Baas. Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 20 de Julio de 2016.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Anáhuac Mayab.



**IN JURE ANÁHUAC MAYAB**

**Revista de la Facultad de Derecho**

**Universidad Anáhuac Mayab**

**Estudios Jurídicos:** Trabajos académicos inéditos, prácticos o dogmáticos, en formato de artículo, monografía, ensayo.

**Crónica Jurídica Anáhuac:** Comentarios legislativos, sentencias, resoluciones administrativas, jurisprudencia, tesis aislada, reseña académico-jurídica.

**Recensiones:** Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

**Colloquium:** Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, preferentemente relacionados con los temas de sus proyectos de investigación.

**Normas para la presentación de colaboraciones:**

El documento deberá estar en Word, en letra Arial tamaño 11, con espaciado interlineal de 1.5 cm y 2.5 cm de margen en los 4 lados, sin sangría.

Título del trabajo (en mayúsculas a 14 puntos en negritas y centrado), nombre(s) del autor(es), después del título a 10 puntos alineado(s) al margen derecho) con nota al pie de página que muestre la filiación institucional (datos académicos y profesionales y trayectoria académica), dirección electrónica y número de teléfono.

Subtítulos a 12 puntos en negritas y alineados a la izquierda.

Notas a pie de página a 9 puntos, numeradas en forma ascendente, a espacio sencillo y justificadas (apellidos del autor, nombre, título en cursivas (sólo se usará mayúscula inicial y en los nombres propios), número de edición (la primera no debe indicarse), traductor, lugar de la edición (ciudad), editorial, año, colección, volumen o tomo, páginas).

No espacios especiales anteriores o posteriores entre párrafos. Deberá usar mayúsculas y minúsculas.

Resumen y *abstract*: máximo de 200 palabras, en las cuales se muestran, de forma muy breve, los argumentos principales y las tesis desarrolladas, las críticas y los aportes más relevantes. Idioma: Español e Inglés.

Palabras claves: 5 palabras máximo que permitan identificar de forma clara el tema del artículo. Idiomas: Español e Inglés.

La estructura del trabajo deberá dividirse en: Introducción, Desarrollo del tema, metodología, resultados y conclusiones, referencias bibliográficas.

Las figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados). 9

Extensión máxima de 30 cuartillas si es un ensayo, artículo o monografía; para estudios legislativos o jurisprudenciales, la extensión máxima será de 15 cuartillas y 5 cuartillas para recensiones. Tratándose de Trabajos relevantes de estudiantes de Maestría y Doctorado, la extensión máxima será de 20 cuartillas.

Todos los trabajos serán sometidos a dictamen doble ciego. Deberá enviar sus colaboraciones a la dirección: maria.sanchezt@anahuac.mx

**ÍNDICE**

**Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 12**

**Estudios Jurídicos**

Alcances y desafíos de la nueva Ley General de Trasparencia y Acceso a la Información Pública de México **Pág. 14**

**Alma de los Ángeles Ríos Ruiz**

Las políticas públicas en México y la responsabilidad social de la empresa: diálogo y proyecto social compartido **Pág. 62**

**Ricardo Cuevas Moreno**

**Rebeca Rodríguez Minor**

Zonas grises del peritaje antropológico en materia de derecho ordinario e indígena en los países andinos **Pág. 85**

**Carolina Geldres González**

**Colloquium**

“Carandiru”: un retrato de las heridas del sistema penitenciario en Brasil **Pág. 116**

**Claudia Spinassi**

**Michel Kopper de Souza**

**Recensiones**

DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. *El Derecho a la Propia Imagen*, México, Tirant lo Blanch - Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC), 2014, ISBN13:9788490536346, 247 pp. **Pág. 138**

**Carlos Manuel Hornelas Pineda**

**PRESENTACIÓN**

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE[[1]](#footnote-1)\*

Director de la Facultad de Derecho

En el número actual de la Revista Jurídica In Jure Anáhuac Mayab se hace presente la ilimitada posibilidad de realidades sociales que debe atender el Derecho.

La difusión del pensamiento jurídico de investigadores serios y comprometidos con el estudio profundo de la trascendencia del Derecho y de las Ciencias Sociales, para lograr la armonía de la sociedad, es la finalidad mayor de esta publicación universitaria, que con material valioso de quienes participan en ella, llega a su ejemplar número ocho, cumpliendo ya sus cuatro años de existencia.

El derecho ciudadano a la transparencia de la acción de gobierno, mediante el acceso a la información pública, es un tema que cobra enorme relevancia hoy, en concordancia con la aprobación del conjunto normativo que regulará un nuevo Sistema Nacional Anticorrupción de México. La responsabilidad social de la empresa y su inclusión como política pública nacional, es una premisa de gran interés para la construcción de una economía sustentada en valores.

La reflexión sobre las heridas del Sistema Penitenciario de Brasil, permite visualizar las convergencias o divergencias con nuestro propio escenario penitenciario en México. Igual oportunidad nos brinda el estudio sobre el Derecho Ordinario e Indígena en los países Andinos.

Esta edición cierra con la recensión que realiza el Mtro. Carlos Manuel Hornelas Pineda, Profesor de la Escuela de Comunicación de la Universidad Anáhuac Mayab y Doctorando del Doctorado en Gobierno y Gestión Pública de esta casa de estudios, de la obra de Eduardo de la Parrra Trujillo, con el título : “El Derecho a la Propia Imagen” .

Con gran satisfacción, por la calidad de los trabajos de los investigadores que en esta edición colaboran, pongo a su consideración esta nueva aportación de literatura jurídica en la Revista In Jure Anáhuac Mayab.

¡Vince in Bono Malum!

**Estudios Jurídicos**

**ALCANCES Y DESAFÍOS DE LA NUEVA LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE MÉXICO**

**MEXICO´S NEW TRANSPARENCY AND ACCESS TO PUBLIC INFORMATION LAW, COMPREHENSIVENESS AND CHALLENGES**

Alma de los Ángeles RÍOS RUÍZ[[2]](#footnote-2)\*

**RESUMEN:** El acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas son elementos indispensables para la construcción democrática en México. De este modo, son fundamentales para lograr un gobierno comprometido con las necesidades de la ciudadanía y de una sociedad interesada en participar activamente en los asuntos públicos. De acuerdo con el *World Justice Project*, Índice de Gobierno Abierto 2015, México ocupa el lugar 42, de 102 países en la apertura gubernamental de información. Por lo que nuestro gobierno debe trabajar para que la accesibilidad de la información sea oportuna, confiable, útil, veraz, certera, pública, así como completa; con el objetivo de que ésta sea un puente de interacción entre la sociedad y sus autoridades.

De aquí la importancia del presente artículo, que tiene como objetivo analizar los alcances y desafíos de la nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; ya que dicha ley, busca tanto ampliar como fortalecer los mecanismos de acceso a la información adoptando el nuevo paradigma de una transparencia proactiva, además, de fortalecer los medios de defensa a quienes solicitan información y es rigurosa con quienes incumplan sus obligaciones en la materia. De tal suerte, que el concepto de transparencia proactiva será fundamental para construir un Estado democrático donde las autoridades deben ser abiertas para establecer un nuevo estándar de corresponsabilidad por parte de todos los representantes del Estado Mexicano.

**Palabras Clave:** acceso a la información, transparencia, gobierno abierto, Estado democrático, sistema nacional de transparencia, transparencia proactiva.

**ABSTRACT:** The access to information, transparency and accountability are essential elements for building democracy in Mexico. Thus, they are essential to achieve a committed government to the needs of citizens and society interested in actively participating in public affairs. According to the World Justice Project, 2015 Open Government Index, Mexico ranks 42 of 102 countries in open government information. So, our government must work to ensure that accessibility to information is timely, reliable, useful, truthful, accurate, and completely public; with the aim that this is a bridge of interaction between society and authorities.

Hence the importance of this article, which aims to analyze the achievements and challenges of the new Transparency and Access to Public Information Law; given that such legislation seeks to expand and strengthen mechanisms for access to information by adopting the new paradigm of proactive transparency, aims to strengthen the defenses of those requesting information and is rigorous with those who violate their obligations in this area. In that way, the concept of proactive transparency is critical to building a democratic state where the authorities must be open and must establish a new standard of responsibility by all the representatives of the Mexican State.

**Keywords:** access to information, transparency, open government, democratic, national system of transparency, proactive transparency.

**Introducción.**

En México el derecho de acceso a la información se encuentra consagrado en la Constitución desde 2007 y contamos con 32 leyes locales, una ley federal y una ley general en materia de transparencia y acceso a la información; en la actualidad todo Estado democrático está obligado a incluir un sistema que garantice y reconozca el acceso a la información como derecho humano. Por lo que es obligación del gobierno mexicano velar por este derecho, ya que aún prevalecen limitaciones severas que impiden avanzar hacia la consolidación de la transparencia y la rendición de cuentas.

La transparencia y el derecho a la información pública son factores esenciales de las democracias modernas. El sistema de representación ciudadana se fortalece a partir de su ejercicio cotidiano, permitiendo tomar mejores decisiones así como acciones de gobierno en favor de los ciudadanos. El derecho a la información[[3]](#footnote-3) es reconocido cada vez más como uno de los garantizados en los países con democracias establecidas, con la esperanza de que se puedan impulsar esfuerzos para cambiar el comportamiento de las instituciones tanto gubernamentales como privadas.

México a lo largo de su historia ha ido construyendo bases para consolidar el derecho de acceso a la información, la edificación de una cultura ciudadana de libre acceso a la información es un proceso constante que consiste en involucrar a un mayor número de ciudadanos, en el día a día de los gobiernos e instituciones; por lo que resulta importante que la nueva Ley General de Transparencia logre garantizar este derecho con base en el artículo 1° y 6° constitucional como un derecho humano. Además que los sujetos obligados, es decir, de cualquier autoridad pública o que reciba ingresos públicos, entidad de los Poderes de la Unión, los órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos cumplan con las obligaciones que establece la Ley General en materia de transparencia y acceso a la información.

En el crecimiento de la trasparencia y monitoreo a los gobiernos, los medios de comunicación han jugado de manera tradicional un papel preponderante. Desde el surgimiento del oficio periodístico en el siglo XVII, con el desarrollo de la comunicación masiva en el siglo XX a través de la radio, televisión, imagen y acciones gubernamentales se comienzan a dar a conocer cotidianamente a través tanto del periodismo político como de la opinión pública como fuerza social empieza a tomar un mayor valor y a convertirse en una fuerza que comienza a equilibrar en un grado creciente la balanza del poder político.

En la era digital las Tecnologías de la Información y Comunicación (TICS) se establecen como medios de intercambio de datos en todos los niveles. Estas herramientas, a raíz de su propagación y la accesibilidad creciente de infraestructura de telecomunicaciones, banda ancha como telefonía portátil, contribuyen a una progresiva facilidad de recolección de datos por parte de los ciudadanos y las instancias encargadas de trasparentar los gobiernos, como asociaciones civiles garantes de los derechos humanos. La posibilidad de conseguir pruebas a bajo costo y de manera discreta de actos de corrupción[[4]](#footnote-4) ha empezado a inhibir cierta clase de prácticas de corrupción que antes se realizaban con mayor facilidad a la vista de todos.

La corrupción es intrínsecamente dependiente a la naturaleza humana, por lo que no existe ningún mecanismo, proyecto gubernamental o método científico, que pueda eliminarla en su plenitud. Esto quiere decir que los mecanismos tal vez puedan combatirla, pero jamás serán capaces de erradicarla en su totalidad. De esta forma se explica el por qué, sin importar la cultura o el lugar geográfico que se estudie, siempre la corrupción[[5]](#footnote-5) estará presente en mayor o menor medida.

A partir de la propagación de internet a finales de la década de 2000 y el posterior advenimiento de la telefonía celular extendida, los ciudadanos han contado con una herramienta de presión a instancias gubernamentales. En años recientes, las redes sociales como Tweeter, Facebook han contribuido a “viralizar” actos de corrupción, abusos policiales, contaminación ambiental u otros comportamientos. Sucesos mediáticos ampliamente documentados han representado el surgimiento de crisis que ha obligado a gobernantes a dimitir en distintas partes del mundo. Este riesgo latente a la exposición de malas prácticas está teniendo importantes repercusiones en la actuación pública de los gobiernos, tanto en países europeos, como Estados Unidos y América Latina.

Este fenómeno del crecimiento digital representa a nivel de la ciudadanía una nueva expresión del ejercicio de las libertades de expresión y seguramente seguirá teniendo efecto tanto en el mediano como en largo plazo, lo que se demuestra de igual forma en el progresivo uso de plataformas de difusión de noticias y contenidos de carácter social, periodístico que empiezan a tener sus propios mecanismos de protección y combate a la censura.

A partir de la expansión del marco jurídico sobre la responsabilidad de los gobiernos y sus instituciones ante la opinión pública, el empleo de dos términos altamente relacionados se ha extendido: transparencia y rendición de cuentas. Dichos términos se presentan como una correspondencia simbiótica que tiene que ver con la posición relativa de cada uno de los actores ante el hecho por el cual se solicita la transparencia, ya que siempre que hablamos de rendición de cuentas, forzosamente hablamos de que existe una contraparte que debe rendirlas, esto es ¿quién debe ser trasparente? ¿Quién solicita y debe ser receptor de la información? ¿Por qué? Esta multiplicidad tanto de actores como de escenarios se basa en la concepción tácita consensuada de que la transparencia y la rendición de cuentas son la clave para la buena gobernanza que se constituye como la meta de los gobiernos democráticos occidentales en países desarrollados.

En este sentido, la nueva Ley General busca equilibrar la distribución de competencias entre los organismos garantes de acceso a la información de la Federación y de las entidades federativas, así como el establecimiento de un Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, cuyo propósito será fortalecer la rendición de cuentas en el país. Regula, además, medios de impugnación, organización, funcionamiento, coordinación del Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

Asimismo, se establecen sanciones en caso de que se incumplan las obligaciones de transparencia, serán los organismos garantes los encargados de dar vista a la autoridad competente para que apliquen la sanción correspondiente a los sujetos obligados.

También, en materia de transpa­rencia y acceso a la información las reformas legislativas han generado los andamios para estructurar un marco normativo de acceso a la información pública con una Ley General de Transparencia que regule el acceso ciudadano a la información en los tres órdenes de gobierno.

México como Estado democrático está obligado a incluir un sistema homogéneo que garantice y reconozca el acceso a la información como derecho humano, término que ha ido evolucionando progresivamente en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, constituyéndose como un instrumento esencial para hacer valer el principio de transparencia en la gestión pública, así como la rendición de cuentas.

**1. Transparencia y democracia.**

La transparencia es manifestación y requisito fundamental de los países democráticos, donde se somete al escrutinio público las actividades y resultados de los distintos poderes del Estado. La transparencia, es abrir la información tanto de las organizaciones políticas como burocráticas al escrutinio público, es decir, no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar cuando haya anomalías en su interior.[[6]](#footnote-6)

El Estado democrático debe incluir un sistema de rendición de cuentas a efecto de que la sociedad civil tenga la posibilidad real de fiscalizar los actos del gobierno, a través del derecho a la información (…) al obligar la entrega oportuna de información útil y veraz, se establece un antídoto contra los desvíos del poder.[[7]](#footnote-7)

En otras palabras, cualquier ciudadano tiene derecho a saber cómo funciona su gobierno, el porqué de las acciones de sus funcionarios, qué recursos del erario son empleados en los distintos programas y proyectos instrumentados. Se requiere para ello no sólo de una vía abierta a los documentos elaborados en dependencias y entidades gubernamentales sino que estos sean confiables, útiles, que el acceso a ellos pueda ser oportuno y veloz.[[8]](#footnote-8)

La democracia[[9]](#footnote-9), entendida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, comprende entre otras cosas, la rendición de cuentas, lo concerniente al derecho que tienen aquellos para acceder a la información generada así como obtenida por el Estado en el ejercicio de la función pública.[[10]](#footnote-10) En un Estado democrático la actividad de los tres órdenes de gobierno (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) deben regirse por el principio de publicidad.[[11]](#footnote-11)

En el ámbito del Poder Legislativo los ciudadanos pueden tener conocimiento de cuáles son propuestas de ley, decisiones y acciones. En el judicial, transparencia representa garantizar el control de la generalidad de la ley, es decir su justa aplicación. En el Poder Ejecutivo, el acceso a la información es uno de los parámetros y derechos ciudadanos que permiten medir el nivel de transparencia y publicidad de la actuación administrativa, para satisfacer el interés público, entendido éste como el deseo, la necesidad de saber y evaluar de los ciudadanos, para mejorar su calidad de vida tanto personal como colectiva.[[12]](#footnote-12)

De tal manera, que el concepto de transparenciapermite la publicidad de la información social, política y económica de manera puntual y confiable, la cual debe ser asequible para toda la población. La transparencia y el acceso a la información son ejes de un gobierno democrático. Esto significa que la transparencia, a partir de sus atributos, debe ser un puente de interacción entre la sociedad y sus autoridades.

**a) Atributos de la transparencia**

La transparencia debe contar con los siguientes atributos:

* Fácil acceso a la información(incluyendo oportunidad y no discriminación).
* Relevancia (evitar la información superflua y el sobre flujo de información).
* Calidad y confiabilidad (para contribuir al diseño de políticas y dar confianza en los mercados para los inversionistas).
* Comprensiva (asegurándose de que los temas clave no queden fuera).

Toda autoridad gubernamental que abre sus procesos al escrutinio, vigilancia y crítica de los demás es una organización transparente. En este sentido, sirve como un mecanismo para prevenir y combatir la corrupción en el gobierno. Cuando el gobierno descubre su información tanto al escrutinio como vigilancia públicos, es más difícil que se presenten actos de corrupción. La corrupción florece cuando existe espacio para ocultarse; la cual necesita de encubrimiento para prosperar.[[13]](#footnote-13)

Las cinco categorías de criterios englobados bajo el término transparencia son:

1. Transparente:que la información aparezca de una manera simple, clara, bien organizada y, aún más, sistemáticamente accesible para los ciudadanos.
2. Contactos/accesibilidad:cómo y con quién contactar en relación con las actividades llevadas a cabo por la institución.
3. Información de la institución: sobre su estructura y área de actividad.
4. Información sobre contenidos: sobre el nicho de política pública de la institución.
5. Consecuencias para los ciudadanos/respuestas:pasos que el visitante podría dar para realizar una gestión o solucionar un problema.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6° constitucional, la información pública obligatoria es aquella que las autoridades, entidades, órganos y organismos federales, estatales y municipales, deben publicar sin que medie petición de parte. Por lo general, esta información se publica a través de medios electrónicos, específicamente en los portales de internet de las autoridades, órganos y organismos correspondientes. Por lo tanto, la finalidad de la transparencia gubernamental es someterse al escrutinio público (rendir cuentas y combatir la corrupción).

**b) Rendición de cuentas**

La rendición de cuentas es otro mecanismo que se refiere a la vigilancia entre poderes del Estado y con el control del gobierno. Es la obligación de todo funcionario público informar a sus gobernados de los logros de su gestión y está estrechamente relacionado con la transparencia, ya que se publicita todo acto del gobierno y se mide su eficacia.

La rendición de cuentas puede definirse como el requerimiento a una organización, ya sea pública o privada, para explicar a la sociedad sus acciones y aceptar consecuentemente la responsabilidad de las mismas, con ella se favorece una mayor responsabilidad entre todas las partes, mediante la mejora de los mecanismos de consulta y diálogo para reforzar la legitimidad de las políticas públicas. Sus principales instrumentos son la provisión de información sobre las políticas, acciones de las diferentes instituciones, organizaciones, así como la creación y el estímulo de oportunidades para la consulta, la participación activa de los ciudadanos en la formación y elaboración de las políticas públicas.[[14]](#footnote-14)

El gobierno democrático debe rendir cuentas para reportar o aclarar sus acciones y debe transparentarse para mostrar su funcionamiento y ser sujeto de escrutinio público. Con la rendición de cuentas nos aseguramos que las autoridades se responsabilicen ante alguien de sus actos, en tanto que con la transparencia exigimos a los funcionarios que actúan según principios admitidos por todos.[[15]](#footnote-15)

De tal manera que la Ley de transparencia debe ejecutarse con políticas públicas transparentes que permitan que la información sea accesible, comprensible, disponible, clara y si la ciudadanía se hace partícipe de ella. Es exactamente en este punto donde aparece el derecho al acceso a la información como un derecho de acceso público.

**c) Principales instrumentos de la rendición de cuentas**

* La provisión de información sobre las políticas y las acciones de las diferentes instituciones y organizaciones.
* La creación y el estímulo de oportunidades para la consulta.
* La participación activa de los ciudadanos en la formación.
* La elaboración de las políticas públicas.

1. **El derecho de acceso a la información pública.**

El derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, por lo menos en cuanto a:

1. La estructura, funciones y presupuesto de operación e inversión de cada entidad;
2. La información que se requiere para el ejercicio de otros derechos –por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación;
3. La oferta de beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y
4. El procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere.

Esta obligación conlleva el deber del Estado de que la información se encuentre actualizada y se entregue de forma comprensible y con un lenguaje accesible. Al Estado corresponde la obligación de promover, en un plazo razonable, una verdadera cultura de transparencia, lo que implica campañas sistemáticas para divulgar entre el público en general la existencia y los modos de ejercicio del derecho de acceso a la información.

Como parte de la aceptación de este derecho, sobre todo en las legislaciones más recientes, es importante establecer dentro de su contenido un apartado en el cual se instauren instrumentos de difusión y generación de una cultura de transparencia.

El derecho a la información es de interés público; por una parte, debe entenderse como la obligación que tiene el Estado de informar a través de los diversos medios de comunicación. Por la otra, como un derecho humano.

En nuestro país, el derecho a la información se ubica en la parte dogmática de la Constitución que comprende tanto las garantías como los derechos humanos, consagra una libertad complementaria a la de expresión, según se desprende del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone que: la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.[[16]](#footnote-16)

En correlación al derecho a la información se encuentra el derecho de petición consagrado en el artículo 8º Constitucional, pues ambos se vinculan estrechamente, podría decirse que van de la mano. La propia Constitución señala que a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario, ya sea concediendo o negando la información solicitada.

**a) Principios rectores del derecho de acceso a la información:[[17]](#footnote-17)**

* Toda información es accesible. El acceso a la información es un derecho humano fundamental que establece que toda persona puede acceder a la información en posesión de órganos públicos, sujeto sólo a un régimen limitado de excepciones, acordes con unas sociedades democráticas y proporcionales al interés que los justifica. Los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación.
* Este derecho se extiende a todos los órganospúblicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas.
* Dicho derecho se refiere a toda informaciónsignificante, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio.
* Los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones yactividades – abarcando su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios, contratos – de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible.
* Deben implementarse reglas claras, justas, no discriminatorias y simples respecto al manejo de solicitudes de información. Estas reglas deben comprender plazos claros, razonables, la provisión de asistencia para aquél que solicite la información, el acceso gratuito o de bajo costo y que, en ese caso, no exceda el costo de copiado o envío de la información. Las reglas deben disponer que cuando el acceso sea negado, deben darse las razones específicas sobre la negativa en un tiempo razonable.
* Las excepciones al derecho de acceso a la información deben ser establecidas por la ley, ser claras y limitadas.
* La carga de la prueba para justificar cualquier negativa de acceso a lainformación debe recaer en el órgano al cual la información fue solicitada.
* Todo individuo debe tener el derecho de recurrir cualquier negativa u obstrucción de acceso a la información ante una instancia administrativa. También debe existir el derecho de apelar las decisiones de este órgano administrativo ante los tribunales de justicia.
* Toda persona que intencionadamente niegue u obstruya el acceso a lainformación violando las reglas que garantizan ese derecho deben ser sujetos a sanción.
* Deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar elderecho de acceso a la informaciónincluyendo la creación, mantenimiento de archivos públicos de manera seria, profesional, capacitación, entrenamiento de funcionarios públicos, implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, mejoramiento de los sistemas de administración, manejo de información, divulgación de las medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de la misma.

En México los principios fundamentales del derecho de acceso a la información de acuerdo a su normatividad vigente son:

* 1. La información de los poderes y organismos federales es pública, y debe ser accesible para la sociedad, salvo que, en los términos de la propia Ley, se demuestre en forma clara y debidamente sustentada que su divulgación puede poner en riesgo asuntos de interés general del país, como por ejemplo la seguridad nacional o la salud de la población.
  2. El derecho de acceso a la información es universal, lo que significa que cualquier persona, sin distinción alguna, puede solicitarla sin necesidad de acreditar interés jurídico o exponer los motivos o fines de su solicitud.
  3. Los datos de las personas que obran en las instituciones públicas son confidenciales, por lo tanto, no deben divulgarse ni utilizarse para fines distintos para los cuales fueron recibidos o requeridos, de tal manera que se garantice el derecho a la intimidad, vida privada, al mismo tiempo sus titulares deben tener acceso a ellos cuando los soliciten.

**b) El derecho humano de acceso a la información**

De conformidad con el artículo 1° de la CPEUM, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Una misión principal de los derechos humanos es la construcción de límites al poder público. Otra misión es la revalidación o revalorización de la dignidad de las personas físicas.

El derecho humano de acceso a la información comprende solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información. Para su desarrollo, se requiere:[[18]](#footnote-18)

* Conocimiento a profundidad del contenido del derecho de acceso a la información, no sólo como herramienta práctica que fortalece la democracia, sino como derecho humano protegido por el derecho internacional.
* Un régimen de acceso a la información.
* Sistema de excepciones específicas, claras y transparentes.[[19]](#footnote-19)

El acceso a la información pública es un derecho fundamental en dos sentidos:

1. Porque protege el acceso de las personas a información relevante como un bien básico que garantiza su autonomía individual, por ello, permite a las personas elegir y desarrollar los proyectos de vida que más les convengan.
2. Porque el acceso a la información en posesión de los órganos del Estado es una condición básica para el ejercicio de los derechos políticos y las libertades de expresión, asociación, reunión y opinión, a efecto de participar en la creación de la voluntad colectiva.

El derecho a la información constituye una pieza clave en la consolidación de todo Estado democrático, en razón de que facilita a los ciudadanos el escrutinio, la participación en los asuntos públicos, al propio tiempo que es un vehículo que contribuye a la vivencia efectiva de los derechos humanos.

Así, una sociedad bien informada será más participativa, más propositiva, contará con las herramientas necesarias para evaluar, de una mejor manera tanto a sus gobernantes como ejercer sus derechos.

1. **Marco jurídico internacional.**

El derecho de acceso a la información pública también ha sido reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Este es un derecho fundamental que implica el manejo de un instrumento legal para que las personas soliciten información a sus gobernantes, quienes tienen la obligación de responder.

**a) Internacional**

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.[[20]](#footnote-20)

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas creó la Relatoría Especial para la Libertad de Opinión e Información en marzo de 1993. Desde 1998 el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y Expresión ha declarado inequívocamente que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades del Estado está protegido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[[21]](#footnote-21) Posteriormente, en su informe anual de 1999 el referido Relator enfatizó el derecho de acceso como derecho en sí mismo.[[22]](#footnote-22)

El artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos instituye que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.[[23]](#footnote-23)

En este sentido, la libertad de expresión es un derecho de orden público, la búsqueda y recepción de informaciones por parte de los ciudadanos sobre las actividades de las autoridades gubernamentales; persigue como objetivo, lograr la transparencia democrática y el control sobre el mandato colectivo que el pueblo soberano otorga al gobernante electo mediante el voto universal. De igual forma, el acceso libre a la información pública también pretende que la información y el conocimiento puedan estar al alcance de todos los ciudadanos sin discriminación.[[24]](#footnote-24)

**b) Regional (América)**

La Convención Americana consagra expresamente el derecho a buscar y recibir información. En el marco de la Organización de Estados Americano (OEA) como los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de la OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana, han dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención[[25]](#footnote-25) que señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.  Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.[[26]](#footnote-26)

En 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. En octubre de 2000 la Comisión Interamericana aprobó la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría Especial, cuyo Principio 4 reconoce que el acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho[[27]](#footnote-27). La Comisión ha interpretado consistentemente que el artículo 13 de la Convención incluye un derecho al acceso a información en poder del Estado.[[28]](#footnote-28)

Bajo el anterior orden de ideas, la CIDH ha resaltado que todas las personas tienen el derecho de solicitar, entre otros, documentación e información mantenida en los archivos públicos o procesada por el Estado y, en general, cualquier tipo de información que se considera que es de fuente pública o que proviene de documentación gubernamental oficial.[[29]](#footnote-29)

La OEA, a través de la Carta Democrática Interamericana de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, establece como premisa fundamental que los pueblos de América tienen derecho a la democracia. Con base en esta concepción ideológica reconocida por la comunidad internacional, los gobiernos de América que han suscrito esta Carta están en la obligación de promover y defender la democracia, la cual es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de América.

En su artículo 4º de la Carta dispone que son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.[[30]](#footnote-30)

**c) Regional (Europa)**

El artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, señala que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.[[31]](#footnote-31) Además, el artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a todo ciudadano de un Estado miembro el derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas. Dicho artículo expresa que: todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.[[32]](#footnote-32)

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha emitido numerosas recomendaciones y resoluciones que se relacionan con el derecho de acceso a la información, con la necesidad de que se entienda como parte del derecho a la libertad de expresión e información descrito en el artículo 10 del Convenio Europeo.

El 23 de enero de 1970 emitió la Recomendación No. 582 sobre medios de comunicación masiva y derechos humanos, mediante la cual realizó recomendaciones al Comité de Ministros en materia de derecho a la libertad de información.

Al respecto, recomendó instruir al Comité de Expertos en Derechos Humanos a que considerara e hiciera recomendaciones sobre: la ampliación del derecho a la libertad de información establecido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a través de la adopción de un protocolo o de otra manera, de forma tal que se incluya la libertad de buscar información (la cual está incluida en el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)[[33]](#footnote-33) por tanto, las autoridades públicas deben de hacer accesible la información sobre asuntos de interés público.

En efecto, el derecho de acceso a la información es una herramienta para el control del funcionamiento del Estado, la gestión pública, para el control de la corrupción. Es decir, es un requisito primordial para garantizar la transparencia y la adecuada gestión pública del gobierno.

De tal manera que el ejercicio del derecho de acceso a la información es una garantía indispensable para evitar abusos de los funcionarios públicos, promover la rendición de cuentas y la transparencia en la gestión estatal y prevenir la corrupción.*[[34]](#footnote-34)*

De otra parte, el derecho de acceso a la información como derecho humano implica la necesidad de garantizarlo a través de una protección judicial adecuada, para que de forma rápida y expedita se pueda obtener su protección en el orden legal nacional.

1. **Marco jurídico nacional.**

En México el derecho a la información fue incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) con motivo de la reforma constitucional publicada el 6 de diciembre de 1977 en el Diario Oficial de la Federación. Dicha modificación constitucional, acaecida en el marco de la denominada reforma política, añadió el derecho a la información bajo la categoría de garantía electoral dentro de la parte final del artículo 6º en los siguientes términos: el derecho a la información será garantizado por el Estado.[[35]](#footnote-35)

En el año 2000, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce el derecho de acceso a la información como una garantía individual. Lo cual configuró el surgimiento de las primeras leyes en materia de transparencia y acceso a la información pública en el año 2002. La ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 11 de junio de 2002, entró en vigor el 12 de junio de 2003.

La LFTAIPG estableció un marco legal para que los particulares pudieran solicitar el acceso a la información de los organismos del Gobierno Federal; señalando como sujetos obligados por la Ley a los tres Poderes de la Unión; la Administración Pública Federal; la Procuraduría General de la República, el Consejo de la Judicatura Federal; los tribunales administrativos federales y los órganos constitucionales autónomos (como el Instituto Federal Electoral o la Comisión Nacional de Derechos Humanos, entre otros), además de cualquier otra entidad federal.

Así como la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) órgano de la Administración Pública Federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, cuyo objetivo era promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en posesión de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

El Código de Ética para la Administración Pública Federal, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del año 2002. Este Código tiene como propósito la difusión de reglas claras para que, en la actuación de los servidores públicos, impere invariablemente una conducta digna.

El surgimiento de esta ley federal como de leyes estatales, implicó que un mismo derecho ciudadano estuviera regulado por más de una treintena de ordenamientos jurídicos, habiendo establecido cada uno de ellos diferentes definiciones, criterios, conceptos, procedimientos, requisitos, etc. Para superar lo anterior, en 2007 se logró la reforma al artículo sexto constitucional, que mediante sus bases y principios plasmados en sus siete fracciones, fue posible homologar los criterios de regulación del citado derecho que como se ha señalado se encontraba disperso.

Las primeras leyes de transparencia y acceso a la información fueron tanto las de Jalisco como Sinaloa, luego se promulgó la ley federal, más tarde se emitieron las leyes de Aguascalientes, Michoacán y Querétaro. De 2003 a 2006, se desencadenó en el país un amplio torrente de leyes que vinieron a regular dicha materia, por último, en 2007 fue publicada la respectiva ley en el Estado de Tabasco, misma que cerró el círculo comenzado años atrás. De este modo, las 32 entidades federativas y la Federación quedaron reguladas por su propio ordenamiento, regulándose la materia en los tres órdenes de gobierno.[[36]](#footnote-36)

Actualmente, la mayoría de las leyes han sufrido reformas orientadas precisamente a adecuar las leyes locales con lo establecido en el artículo 6° constitucional. El 20 de julio de 2007 se reformó el artículo 6° de la CPEUM donde se establecen principios y bases para el ejercicio del derecho de acceso a la información.

El 7 de febrero de 2014 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación otra reforma al artículo 6º constitucional mediante la cual se previeron aspectos de suma relevancia y trascendencia para el derecho de acceso a la información en México. Cabe destacar que la modificación a la ley fundamental obedeció al propósito central de renovar los mecanismos de acceso a la información pública y protección de datos personales, a través de la implementación de un sistema integral en la materia que garantice, homogéneamente, los alcances de dichos derechos en México.[[37]](#footnote-37) Ver cuadro 1.

En este sentido, es importante subrayar que dicha reforma al artículo 6° constitucional es relevante para el derecho de acceso a la información, sin embrago, su impulso fue escaso, ya que las diversas asimetrías en aspectos fundamentales para el ejercicio de este derecho han impedido acceder plenamente al mismo[[38]](#footnote-38). Por lo cual resulta determinante evaluar la calidad normativa, las obligaciones de los sujetos obligados, los procedimientos de acceso, los recursos de revisión, entre otros aspectos, para asegurar contar con un buen sistema que permita a la ciudadanía confiar en los mecanismos de transparencia[[39]](#footnote-39)

**Cuadro 1.**



Fuente: Tomado de presentación de la capacitación del INAI en septiembre de 2015 en INAI.

**5. Nueva** **Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP).**

El cuatro de mayo de dos mil quince se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se expide la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de orden público y de observancia general en la República, reglamentaria del artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

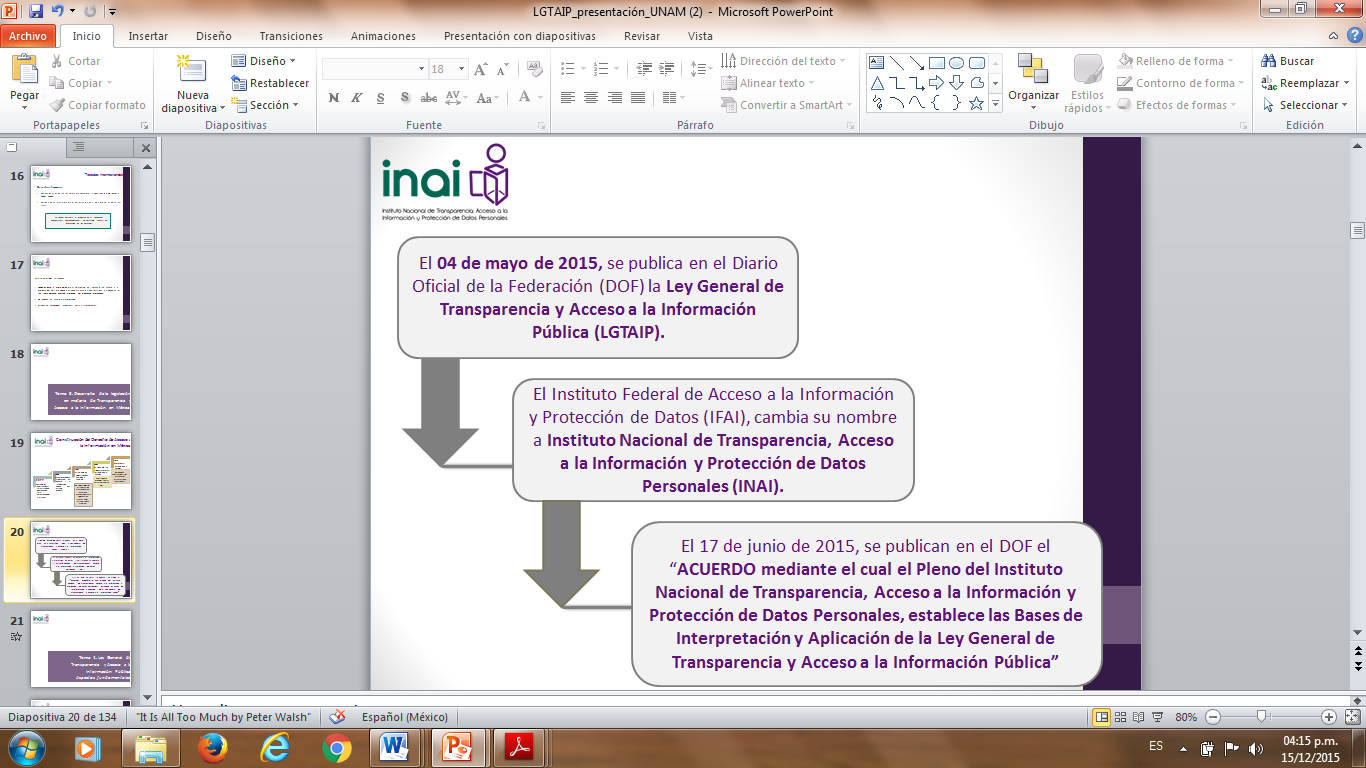
Con la aprobación LGTAIP, IFAI cambia su nombre por el de Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). En términos de lo dispuesto en el artículo 41, fracciones I y XI de la Ley General, entre otras atribuciones, corresponde al Instituto:

Interpretar la multicitada Ley General en apego a los principios que rigen su funcionamiento, permitiendo con ello comprender y revelar el sentido de una disposición, en el entendido de que toda norma jurídica debe ser analizada e interpretada atendiendo a criterios de legalidad, de adecuación al fin y, de correspondencia entre la situación típica a la que se refiere la norma y la situación real en la que se pretende aplicar.

En todos sus trámites y resoluciones el Instituto podrá invocar en lo conducente los artículos 1o. al 22 de la Ley General, reglamentarios de los principios rectores, definiciones y fines del ejercicio del derecho de acceso a la información consagrado en el artículo 6° constitucional.

Que de conformidad con el artículo 6° de la Constitución Federal, así como de una interpretación tanto armónica como sistemática de los artículos Tercero y Décimo Transitorios del Decreto de reforma en materia de transparencia, se advierte que el ahora Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, es el órgano garante encargado de velar por el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia[[40]](#footnote-40). Ver cuadro 2.

**Cuadro 2**.



Fuente: Tomado de presentación de la capacitación del INAI en septiembre de 2015.

La LGTAIP tiene como propósito fundamental transparentar el ejercicio de la función pública, propiciar una eficaz, eficiente rendición de cuentas, así como dar contenido e instrumentar los principios, bases generales y procedimientos para garantizar a toda persona el derecho de acceso a la información tanto en el orden federal, estatal, Distrito Federal y municipal, los cuales deberán estar listos en el plazo de un año.

El objeto de la ley es establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano, organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios. Ver cuadro 3.

**Cuadro 3**

Fuente: Tomado de presentación de la capacitación del INAI en septiembre de 2015.

Por razones técnicas, legislativas y operativas diversas disposiciones de la Ley General han quedado sujetas a un periodo para su entrada en vigor, en términos de los artículos transitorios, mismos que se encuentran directamente relacionados con los rubros siguientes:

* La materia de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados;
* Las facultades de revisión y atracción del Instituto;
* La regulación, desarrollo, operación y puesta en marcha de la Plataforma Nacional de Transparencia;
* El cumplimiento de las obligaciones de transparencia, conforme a las disposiciones que establezca el Sistema Nacional de Transparencia (SNT).
* La instalación del Consejo del SNT; (Se instaló el 23 de junio de 2015).
* La emisión de lineamientos, mecanismos y criterios derivados de las funciones del SNT y,
* La elaboración y publicación de lineamientos para el cumplimiento de atribuciones del Instituto.

En cuanto a la aplicación e interpretación de la presente Ley deberá prevalecer el principio de máxima publicidad, conforme a lo dispuesto en:

* La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
* Los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.
* Las resoluciones y sentencias vinculantes que emitan los órganos nacionales e internacionales especializados. Favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El nuevo ordenamiento legal establece los principios rectores del actual esquema de transparencia y acceso a la información pública, que deben respetar todos los organismos garantes de este derecho. Respecto a los principios en Materia de Transparencia y Acceso a la Información de acuerdo a las Ley General en los artículo 9 a 22 son los siguientes:

*Características de la información*

* Toda la información será pública, completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro régimen de excepciones.
* En la generación, publicación y entrega de información se deberá garantizar que ésta sea accesible, confiable, verificable, veraz, oportuna y atenderá las necesidades del derecho de acceso a la información de toda persona.
* Los sujetos obligados buscarán, en todo momento, que la información generada tenga un lenguaje sencillo para cualquier persona y se procurará, en la medida de lo posible, su accesibilidad y traducción a lenguas indígenas.

*Acceso*

* Toda persona tiene derecho de acceso a la información, sin discriminación, por motivo alguno.
* Está prohibida toda discriminación que menoscabe o anule la transparencia o acceso a la información pública en posesión de los sujetos obligados.
* El ejercicio del derecho de acceso a la información no estará condicionado a que el solicitante acredite interés alguno o justifique su utilización, ni podrá condicionarse el mismo por motivos de discapacidad.
* En el procedimiento de acceso, entrega y publicación de la información se propiciarán las condiciones necesarias para que ésta sea accesible a toda persona.
* Es obligación de los Organismos garantes otorgar las medidas pertinentes para asegurar el acceso a la información de todas las personas en igualdad de condiciones con las demás.
* Los organismos garantes deberán suplir cualquier deficiencia para garantizar el ejercicio del derecho.

*Costos*

* El ejercicio del derecho de acceso a la información es gratuito y sólo podrá requerirse el cobro correspondiente a la modalidad de reproducción y entrega solicitada.

*Documentación*

* Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones.
* Se presume que la información debe existir si se refiere a las facultades, competencias y funciones que los ordenamientos jurídicos aplicables otorgan a los sujetos obligados.

*Celeridad*

* Todo procedimiento en materia de derecho de acceso a la información deberá sustanciarse de manera sencilla y expedita, de conformidad con las bases de esta Ley.

*Negativa de la información*

* Ante la negativa del acceso a la información o su inexistencia, el sujeto obligado deberá demostrar que la información solicitada está prevista en alguna de las excepciones contenidas en esta Ley o, en su caso, demostrar que la información no se refiere a alguna de sus facultades, competencias o funciones.

*Sujetos obligados a transparentar*

Son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder:

* Cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial,
* Órganos autónomos,
* Partidos políticos,
* Fideicomisos y fondos públicos, así como
* Cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal[[41]](#footnote-41).

Los sujetos obligados deberán hacer pública toda aquella información relativa a los montos y las personas a quienes entreguen, por cualquier motivo, recursos públicos, así como los informes que dichas personas les entreguen sobre el uso y destino de dichos recursos.

La Ley Federal establece que con excepción de la información reservada o confidencial, los sujetos obligados deberán poner a disposición del público y actualizar la información siguiente:

* Su estructura orgánica; las facultades de cada unidad administrativa; el directorio de servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento o sus equivalentes; la remuneración mensual por puesto, incluso el sistema de compensación, según lo establezcan las disposiciones correspondientes; el domicilio de la unidad de enlace, además de la dirección electrónica donde podrán recibirse las solicitudes para obtener la información; las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos; los servicios que ofrecen.
* En caso de que se encuentren inscritos en el Registro Federal de Trámites y Servicios o en el Registro que para la materia fiscal establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberán publicarse tal y como se registraron.
* La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos que señale el Presupuesto de Egresos de la Federación.
* Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal de cada sujeto obligado que realicen, según corresponda, la Secretaría de la Función Pública, las contralorías internas o la Auditoría Superior de la Federación y, en su caso, las aclaraciones que correspondan.
* El diseño, ejecución, montos asignados y criterios de acceso a los programas de subsidio. Así como los padrones de beneficiarios de los programas sociales que cree el Decreto del Presupuesto de Egresos de la Federación.
* Las concesiones, permisos o autorizaciones otorgados, especificando los titulares de aquéllos.
* Las contrataciones que se hayan celebrado en términos de la legislación aplicable detallando por cada contrato:

a) Las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y los servicios contratados; en el caso de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico;

b) El monto;

c) El nombre del proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato;

d) Los plazos de cumplimiento de los contratos.

* El marco normativo aplicable a cada sujeto obligado.
* Los informes que, por disposición legal, generen los sujetos obligados.
* En su caso, los mecanismos de participación ciudadana.
* Cualquier otra información que sea de utilidad o se considere relevante, además de la que con base a la información estadística, responda a las preguntas hechas con más frecuencia por el público.
* El Poder Judicial de la Federación deberá hacer públicas las sentencias que hayan causado estado o ejecutoria, las partes podrán oponerse a la publicación de sus datos personales.

Dicha información deberá publicarse de tal forma que facilite su uso y comprensión por las personas, y que permita asegurar su calidad, veracidad, oportunidad y confiabilidad. Las dependencias y entidades deberán atender las recomendaciones que al respecto expida el Instituto.

Así mismo, dicha información deberá estar a disposición del público, a través de medios remotos o locales de comunicación electrónica. Los sujetos obligados deberán tener a disposición de las personas interesadas equipo de cómputo, a fin de que éstas puedan obtener la información, de manera directa o mediante impresiones. Igualmente, éstos deberán proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto de los trámites y servicios que presten.

Las dependencias y entidades deberán hacer públicas, directamente o a través de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal o de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, en los términos que establezca el Reglamento, y por lo menos con 20 días hábiles de anticipación a la fecha en que se pretendan publicar o someter a firma del titular del Ejecutivo Federal, los anteproyectos de leyes y disposiciones administrativas de carácter general a que se refiere el Artículo 4 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, salvo que se determine a juicio de la Consejería o la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, según sea el caso, que su publicación puede comprometer los efectos que se pretendan lograr con la disposición o se trate de situaciones de emergencia, de conformidad con esa Ley.

Los informes que presenten los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales al Instituto Federal Electoral, así como las auditorías y verificaciones que ordene la Comisión de Fiscalización de los Recursos Públicos de los Partidos y Agrupaciones Políticas, deberán hacerse públicos al concluir el procedimiento de fiscalización respectivo. Cualquier ciudadano podrá solicitar al Instituto Federal Electoral, la información relativa al uso de los recursos públicos que reciban los partidos políticos y las agrupaciones políticas nacionales.

Las obligaciones de transparencia previstas en el artículo 7 la Ley Federal se encuentran vigentes, en tanto se armoniza dicha legislación con la Ley General.

De acuerdo a la Ley General son sujetos obligados a transparentar y permitir el acceso a su información y proteger los datos personales que obren en su poder:

* Cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial,
* Órganos autónomos,
* Partidos políticos,
* Fideicomisos y fondos públicos, así como
* Cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal.

De las obligaciones de transparencia específicas de los sujetos obligados de la Ley General son:

* Poder Ejecutivo Federal, poderes ejecutivos de la Entidades Federativas, el Órgano Ejecutivo del Distrito Federal y los municipios.
* Poder Legislativo Federal, de las Entidades Federativas y la Asamblea Legislativa del DF.
* Poderes Judiciales Federal y de las Entidades Federativas.
* Organismos Autónomos: Instituto Nacional Electoral y organismos públicos locales electorales de las Entidades Federativas, Organismos de protección de derechos humanos Nacional y de las Entidades Federativas; Organismos garantes del derecho de acceso a la información y la protección de datos personales.

Las Bases de Interpretación establecen para efectos de la transición hacia la armonización, lo siguiente:

De conformidad con el segundo párrafo del artículo Octavo transitorio del Decreto de reforma en materia de transparencia, los sujetos obligados deberán mantener y actualizar en sus respectivas páginas de Internet las obligaciones de transparencia previstas en las diecisiete fracciones del artículo 7 la Ley Federal, las cuales corresponden con las fracciones I, II, III; IV, VII, VIII, XIII, XIX, XX; XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXVIII; XXIX, XXXVII, XLVIII del artículo 70 de la Ley General.

Aun cuando no está vigente la obligación de difundir en la Plataforma Nacional de Transparencia la información prevista en las fracciones anteriormente señaladas, ésta será accesible a través de las solicitudes de informacióny, como parte de las obligaciones de transparencia, los sujetos obligadospodrán prever lo necesario paraque la misma sea difundida de manera proactiva en sus portales de Interneto, a través de una fuente de acceso público y, facilitar su incorporación a la Plataforma una vez puesta en operación.

La información relacionada con las nuevas obligaciones de oficio que será incorporada en la Plataforma Nacional de Transparencia en términos de los lineamientos que para tal efecto emita el Consejo Nacional, comprenderá aquella que generen los sujetos obligados a partir del cinco de mayo de dos mil quince,derivado del ejercicio de las facultades, competencias y funciones relacionadas con dichas obligaciones. Por lo tanto, deberán tomar las medidas atinentes para documentarlas, según corresponda, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo Octavo Transitorio de la Ley General.

Los organismos garantes vigilarán que las obligaciones de transparencia que publiquen los sujetos obligados cumplan con lo dispuesto en los artículos 70 a 83 de esta Ley y demás disposiciones aplicables.

La verificación tendrá por objeto revisar y constatar el debido cumplimiento de las obligaciones de transparencia, según corresponda al sujeto obligado y demás disposiciones aplicables.

**5.1 De la denuncia por el incumplimiento**

Cualquier persona podrá denunciar ante los organismos garantes la falta de publicación de las obligaciones de transparencia prevista en los artículos 70 a 83 de la LGTAIP y demás disposiciones aplicables.

Procedimiento:

1. Presentación de la denuncia ante los Organismos garantes.
2. Solicitud por parte del organismo garante de un informe del sujeto obligado.
3. Resolución de la denuncia.
4. Ejecución de la denuncia.

**6. Del Sistema Nacional de Transparencia: como instrumento para una política nacional en la materia[[42]](#footnote-42).**

El Sistema Nacional implica el diseño por una política integral y completa en materia de transparencia y acceso a la información de alcance nacional, mediante la coordinación eficaz de la Federación, los Estados y el Distrito Federal.

A fin de lograr la armonización de los estados se tienen que reformar 32 leyes de transparencia con base en los criterios de la LGT y garantizar su adecuada implementación.

Sus principales objetivos son: fortalecer la rendición de cuentas del Estado mexicano; coordinar y evaluar las acciones relativas a la política pública transversal de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales; establecer e implementar los criterios y lineamientos, de conformidad con lo señalado en la presente Ley y demás normatividad aplicable.

**a) Alcance del Sistema***.*

Dicho Sistema Nacional debe ser entendido como la arena de intercambio de ideas, de reflexiones plurales, como el espacio de la discusión, del consenso: para construir política pública, para la armonización y la efectivización uniforme, armónica o pareja del ejercicio del derecho de acceso a la información. Su funcionamiento y operación se integra por el conjunto orgánico y articulado de instancias, instrumentos, políticas, procedimientos, principios, normas, acciones y servicios que establezcan corresponsablemente el Instituto, los organismos garantes de los Estado y el Distrito Federal, a fin de efectuar acciones coordinadas en materia de transparencia y acceso a la información pública acordes con las disposiciones previstas en esta Ley y demás disposiciones que resulten aplicables en la materia.

**b) Objeto del sistema**.

Que el Sistema Nacional será el de garantizar el efectivo ejercicio y respeto del derecho de acceso a la información y promover y fomentar la educación y una cultura cívica de transparencia y acceso a la información en todo el territorio nacional, para lo cual funcionará con los instrumentos, políticas y acciones que se desarrollen acorde a los principios, bases y prerrogativas que rigen este derecho fundamental.

**c) Instrumento de Cooperación***.*

El fin del Sistema Nacional es la organización de los esfuerzos de cooperación, colaboración, promoción, difusión y articulación permanente en materia de transparencia y acceso a la información. Los lineamientos técnicos que emita el Sistema Nacional establecerán los formatos de publicación de la información para asegurar que la información sea veraz, confiable, oportuna, congruente, integral, actualizada, accesible, comprensible y verificable.

El sistema nacional emitirá los criterios para determinar el plazo mínimo que deberá permanecer disponible y accesible la información, atendiendo las cualidades de la misma. Además, se promoverá la homogeneidad y la estandarización de la información, a través de la emisión de lineamientos y de formatos por parte del Sistema Nacional.

Integrantes: INAI; Organismos Garantes de las Entidades Federativas; Auditoría Superior de la Federación; Archivo General de la Nación; Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

**Cuadro 4.**



Fuente de información: Sistema Nacional de Transparencia, Seminario de transparencia en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/seminariomateriatransparencia/Sistema%20Nacional%20de%20Transparencia.pdf

**d) Principales Funciones**:

* Establecer lineamientos, instrumentos, objetivos, indicadores, metas, códigos de buenas prácticas, modelos y políticas integrales, sistemáticas, continuas y evaluables, tendientes a cumplir con los objetivos de la presente Ley.
* Aprobar, ejecutar y evaluar el Programa Nacional de Transparencia y Acceso a la Información.
* Desarrollar e instaurar programas comunes de alcance nacional.
* Establecer programas de profesionalización, actualización y capacitación de los Servidores Públicos e integrantes de los sujetos obligados.

Los Organismos garantes desarrollarán, administrarán, implementarán y pondrán en funcionamiento la plataforma electrónica que permita cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones señaladas en la presente Ley para los sujetos obligados y Organismos garantes, de conformidad con la normatividad que implante el Sistema Nacional, atendiendo a las necesidades de accesibilidad de los usuarios.

La Plataforma Nacional de Transparencia estará conformada por, al menos, los siguientes sistemas:

* Sistema de solicitudes de acceso a la información.
* Sistema de gestión de medios de impugnación.
* Sistema de portales de obligaciones de transparencia.
* Sistema de comunicación entre Organismos garantes y sujetos obligados.
* El sistema nacional emitirá los criterios para determinar el plazo mínimo que deberá permanecer disponible y accesible la información, atendiendo las cualidades de la misma.
* Se promoverá la homogeneidad y la estandarizaciónde la información, a través de la emisión de lineamientos y de formatospor parte del Sistema Nacional.

**7.** **Transparencia Proactiva.**

Son acciones que permitan elevar de forma sostenida y ordenada la publicación de información gubernamental de los sitios de Internet, para rendir cuentas y promover la participación activa de la sociedad. Por ello, conforme al Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos a que se sujetará la guarda, custodia y plazo de conservación del Archivo Contable Gubernamental (DOF 25/08/98) y, bajo el principio de máxima publicidad, favorecemos la disponibilidad de información mediante el acceso directo a gastos de alimentación, telefonía celular, viáticos y pasajes.[[43]](#footnote-43)



Fuente: IFAI, Transparencia proactiva en http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/TransparenciaProactiva-IFAI.aspx

La transparencia proactiva es una interacción entre la oferta y la demanda de información. Información comparable y desagregada con respecto a productos y servicios, dirigida a audiencias amplias pero con un propósito específico. La transparencia proactiva es una respuesta a la necesidad de obtener beneficios específicos de la transparencia, así como a la demanda de un mayor orden en la información que ofrece el gobierno.

La transparencia proactiva es la única política capaz de publicar información que promueva un mejor ambiente de negocios, estimular la innovación, mejorar la calidad de los servicios públicos e impulsar la rendición de cuentas y el control de la corrupción. Por otro lado, el derecho de acceso a la información se ejerce de forma específica e individual: se solicita y se obtienen datos concretos que están vinculados a una necesidad puntual, a una historia y necesidad particular[[44]](#footnote-44).

Los Organismos garantes emitirán políticas de transparencia proactiva, en atención a los lineamientos generales definidos para ello por el Sistema Nacional, diseñadas paraincentivar a los sujetos obligados a publicar información adicional a la que señala como mínimo la presente Ley.

Dichas políticas tendrán por objeto, entre otros, promover la reutilización de la información que generan los sujetos obligados, considerando la demanda de lasociedad**,** identificada con base en las metodologías previamente establecidas.

* El propósito es La generación de conocimiento público útil,
* Disminuir asimetrías de la información,
* Mejorar los accesos a trámites y servicios,
* Optimizar la toma de decisiones de autoridades o ciudadanos y
* Deberá tener un objeto claro enfocado a las necesidades de sectores de la sociedad determinados o determinables.

**8. Alcances de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública**[[45]](#footnote-45).

* Desarrollar los principios, bases generales y procedimientos en la materia.
* Garantizar a cualquier persona el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, en el ámbito de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios.
* Establecer las disposiciones que se constituyan como los criterios generales en materia de transparencia y acceso a la información.

• Sujeción de todos los órdenes de gobierno a lo previsto en la ley General, con el fin de lograr una adecuada armonización y uniformidad en su aplicación a nivel nacional.

• Homogeneizar la publicidad de información mediante la emisión de disposiciones generales.

• Adecuación de las leyes de los Estados y del Distrito Federal a lo previsto en la Ley General, para hacerlas congruentes con la misma, teniendo el deber de incorporar el mínimo de protección que la mencionada Ley garantice en materia de transparencia y acceso a la información.

**a) Ámbito de aplicación de la Ley General**

Se define su ámbito territorial de aplicación, siendo que su esfera de validez lo será todo el territorio del país al tratarse de una Ley General, por lo que sus disposiciones serán de observancia general y de orden público en toda la República Mexicana.

Por ende, corresponderá su aplicación en forma concurrente a la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, la cual quedará definida según se trate de información en posesión de los Sujetos Obligados del ámbito federal o local, sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Federación para conocer de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de los Estados y el Distrito Federal que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley, así como la competencia de la Federación para que de oficio o a petición fundada del organismo garante equivalente del Estado o del Distrito Federal, pueda conocer de los recursos de revisión que por su interés y trascendencia así lo ameriten[[46]](#footnote-46).

Con la nueva Ley se busca establecer criterios generales en materia de transparencia y acceso a la información a los que deberán sujetarse todos los órdenes de gobierno, con el fin de lograr una adecuada armonización y homogeneidad a nivel nacional. Es decir, contar con una “ley marco” que constituya los criterios generales a los cuales las leyes de los Estados y del Distrito Federal se deban adecuar, incorporando el mínimo de protección que la Ley General prevea en el ejercicio del derecho de acceso a la información, así como de las obligaciones en materia de transparencia.

Se pretende que la Ley General sea la plataforma o marco general que permita precisamente uniformar, homologar, estandarizar o armonizar las reglas, los principios, las bases, los procedimientos, en general los mecanismos en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, con ello lograr que sea un derecho igual para todos, un deber igual para cualquier gobierno, evitando que para un mexicano el mismo derecho sea ejercido diferenciadamente según la entidad federativa en la que se encuentra o su lugar de residencia en el país.

Se busca mejorar el diseño institucional a través de la creación del comité de Información el cual funge como filtro para evitar reservas de información inadecuadamente fundadas o en su defecto, declaratorias de inexistencia cuando no sean procedentes.

**b) Distribución de competencias[[47]](#footnote-47)**

Por tratarse de una Ley General establece la competencia que en materia de transparencia y acceso a la información corresponde a la Federación, a los Estados, al Distrito Federal, así como a los municipios. Se plantea que las atribuciones que la Ley otorgue a la Federación serán ejercidas por los Poderes de la Federación, en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con lo previsto en esta ley general.

En efecto, el artículo 73, ha previsto la facultad al Congreso de la Unión para expedir la ley que establezcan la concurrencia de los tres órdenes de Gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de transparencia y acceso a la información, además de definir, el tipo de relaciones de coordinación o colaboración que habrán de entablarse.

**c) Los cinco puntos más importantes de la Ley General de Transparencia**

*I. Los sindicatos se transparentan.* Los sindicatos que ejerzan recursos públicos deberán mantener impreso y en su sitio de internet la información sobre contratos y convenios entre gremio y autoridades, el padrón de socios y la relación detallada de sus recursos públicos, económicos, en especie, bienes o donativos.

Con ello se pretende integrar a los nuevos sujetos obligados, toda vez que sólo 6 leyes contemplan a los sindicatos y 17 a los partidos políticos de manera directa.

*II. Los legisladores tendrán que abrir su información*. Tanto a nivel federal como local, tanto diputados como senadores deberán dar detalles del dinero público que reciben por concepto de bonos, ingresos, prestaciones, primas y gratificaciones.

*III. Justificar la reserva de información.* La ley detalla cuándo un sujeto obligado podrá reservar información y cuándo deberá hacerla pública a través de la prueba de daño y prueba de interés público.

Se establece que no habrá reserva de información aquella que se relacione con la investigación de violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad.

Existe la obligación de hacer públicos expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, correspondencia, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas memorandos, estadísticas o bien, cualquier otro registro que documente el ejercicio de las funciones, competencias y facultades de los servidores públicos.

La información se clasificará excepcionalmente como reservada temporal por razones de interés público y seguridad nacional.

*IV. Sanciones por falta de transparencia.* Los sujetos obligados a transparentar sus cuentas se harán acreedores a sanciones si no cumplen los términos de la ley. La norma marca 15 causas de sanción, entre ellas, no responder a solicitudes de información en los plazos señalados, ocultar, alterar, mutilar o destruir sin causa la información que tengan bajo su custodia los sujetos obligados.

Asimismo, el artículo 70 señala que tanto la Ley Federal como las de las Entidades Federativas contemplarán que los sujetos obligados pongan a disposición del público y mantengan actualizada en medios electrónicos las declaraciones patrimoniales de los servidores públicos que así lo determinen, en los sistemas habilitados para ello de conformidad con la normatividad aplicable.

Es decir, se garantiza la generación de información, señalando como obligación documentar todo acto que derive de las facultades, funciones o responsabilidades de los sujetos obligados, en caso contrario establecerá sanciones y facultará al órgano garante para que resuelva la generación de información cuando sea necesaria.

La Ley obliga a particulares que ejerzan recursos públicos a transparentar la información, en caso contrario las sanciones podrán imponerse desde los 3 mil 600 pesos hasta los 100 mil pesos.

*V. Institutos de transparencia serán vigilantes.* Los organismos garantes, que serán los institutos de transparencia de cada entidad, deberán vigilar que los sujetos obligados cumplan con sus obligaciones de transparencia, así como dar recomendaciones, términos y plazos para que éstos cumplan con sus obligaciones.

En este sentido, se reconoce expresamente el derecho de acceso a la información como un derecho humano, toda vez que actualmente en el sistema legal mexicano quedan pendientes de armonizarse 24 legislaciones estatales.

**9. Desafíos de la nueva Ley General de Transparencia.**

Los principales desafíos de la nueva Ley General de Transparencia son en primer lugar, el de garantizar de la manera más efectiva el derecho de las personas a obtener información pública gubernamental. El reto es ¿cómo?, ¿basta la ley General? o ¿qué elementos debe contener esta para hacer frente a las limitantes de la Ley Federal? En este sentido, es necesario que la ley General logre homologar los criterios de resolu­ción, clasificación de información, indicadores de gestión, normas archivís­ticas, medidas de apremio y sanciones, etc.

El segundo desafío es implementar normas secundarias o reglamentarias que establezcan los estándares y contenidos esenciales para todos los órdenes de gobierno en cuanto a rendición de cuentas.

El tercer desafío es crear un mecanismo (no sólo sanción) mediante el cual la federación, los estados y los municipios se desempeñen de manera homogénea con la CPEUM y la Ley General. En la Ley General existe, obviamente, una referencia continua y obligada al artículo 6º constitucional a fin de dotar de autonomía constitu­cional a los órganos garantes y de ampliar sus competencias sobre los tres poderes, los órganos autónomos, los partidos políticos y todas las personas físicas y morales que reciban recursos públicos, pero creo que la proyección legal e institucional debe fun­darse también en el dictado del artículo primero de la Constitución federal que amplió y profundizó el ejercicio real de los derechos humanos.[[48]](#footnote-48)

El cuarto desafío es lograr la eficacia de los (…) organismos garantes en la vigilancia del cumplimiento de la Ley General; así como suficiencia presupuestaria y establecer procedimientos generales de sanción y/o medidas de apremio [[49]](#footnote-49) viables.

El quinto desafío es que las obligaciones de transparencia sean tan am­plias como sea posible y se retomen en ellas los principios de gobierno abierto; así también la implementación de sistemas de gestión, uso de tecnología para el establecimiento de la Plataforma Nacional,[[50]](#footnote-50) puesto que la información será puesta en una vitrina, lo que implica un reto mayúsculo; ya que debe generarse la infraestructura para brindar el acceso de la información.

El sexto desafío es impulsar una cultura de la transparencia, que permita generalizar buenas prácticas, tanto para los organismos garantes, los sujetos obligados y la ciudadanía.

Como se puede observar, los retos para una buena Ley General son monumentales, por lo que será preciso impregnar la cultura de la transparencia proactiva como séptimo desafío en nuestra vida pública y nuestro régimen democrático.

A continuación se presenta un cuadro comparativo entre la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (2002) y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2015), para pasar posteriormente a un cuadro comparativo del recurso de revisión.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ELEMENTO DISTINTIVO | LEY FEDERAL | LEY GENERAL |
| * Objeto de la Ley | Mencionaba que los procedimientos en torno a la transparencia debían ser sencillos y expeditos sin promover la homogeneidad de los mismos (artículo 4, fr. I).  Enunciaba la necesidad de proteger los datos personales en manos de los sujetos obligados por la ley (artículo 4, fr. III)  Enunciaba la necesidad de favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos sin mencionar la necesidad de propiciar la participación ciudadana. (artículo 4, fr. IV). | Establecer procedimientos y condiciones homogéneas en el ejercicio del derecho de acceso a la información, mediante procedimientos sencillos y expeditos; (artículo 2, fr. III).  Está en elaboración una Ley de Protección de Datos Personales, aparte de la Ley General de Transparencia.  Propiciar la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas a fin de contribuir a la consolidación de la democracia (artículo 2, fr. VIII). |
| * Principios rectores de los organismos garantes | No se mencionan específicamente como en la Ley General. | Se especifican los principios de certeza, eficacia, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad, objetividad, profesionalismo, transparencia (artículo 8) |
| * De los sujetos obligados | a) El Poder Ejecutivo Federal, la Administración Pública Federal y la Procuraduría General de la República;  b) El Poder Legislativo Federal, integrado por la Cámara de Diputados, la Cámara de Senadores, la Comisión Permanente y cualquiera de sus órganos;  c) El Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal;  d) Los órganos constitucionales autónomos;  e) Los tribunales administrativos federales, y  f) Cualquier otro órgano federal.  (artículo 3, fr. XIV) | Cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, **partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en los ámbitos federal, de las Entidades Federativas y municipal.**  (artículo 23). |
| * Sistema Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales | No hay un sistema como tal | Se crea un Sistema como una estrategia para fortalecer las acciones de transparencia y rendición de cuentas. |
| * Información pública que deberán presentar los sujetos obligados por la ley | No incluye solicitudes a empresas concesionarias de telecomunicaciones y proveedores de servicios. | Incluye el listado de solicitudes a las empresas concesionarias de telecomunicaciones y proveedores de servicios o aplicaciones de Internet para la intervención de comunicaciones privadas, el acceso al registro de comunicaciones y la localización geográfica en tiempo real de equipos de comunicación, que contenga exclusivamente el objeto, el alcance temporal y los fundamentos legales del requerimiento, así como, en su caso, la mención de que cuenta con la autorización judicial correspondiente (artículo 70, fr. XLVIII). |
| * Sobre Gobierno Abierto | No existe mención. | Sí se menciona el Gobierno Abierto y se insta a los órganos garantes a coadyuvar en el establecimiento de políticas y mecanismos de apertura gubernamental (artículo 59). |

**A) Recurso de Revisión**

El solicitante a quien se le haya notificado, mediante resolución de un Comité: la negativa de acceso a la información, o la inexistencia de los documentos solicitados, podrá interponer, por sí mismo o a través de su representante, el recurso de revisión ante el Instituto o ante la unidad de enlace que haya conocido el asunto, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la notificación. (Artículo 49.) La unidad de enlace deberá remitir el asunto al Instituto al día siguiente de haberlo recibido.

A continuación se presenta un cuadro comparativo de la anterior Ley y la vigente, a efecto de que se perciban las diferencias entre ambas en torno al recurso de revisión.

Cuadro comparativo Ley federal y Ley general

|  |  |
| --- | --- |
| Del Recurso de Revisión notificado negativa mediante comité de información (LFTAIP) | Del Recurso de Revisión ante los Organismos garantes (LNTAIP) |
| El recurso también procederá en los mismos términos cuando:(Artículo 50.)  I. La dependencia o entidad no entregue al solicitante los datos personales solicitados, o lo haga en un formato incomprensible;  II. La dependencia o entidad se niegue a efectuar modificaciones o correcciones a los datos personales;  III. El solicitante no esté conforme con el tiempo, el costo o la modalidad de entrega, o  IV. El solicitante considere que la información entregada es incompleta o no corresponda a la información requerida en la solicitud. | Artículo 142. El solicitante podrá interponer, por sí mismo o a través de su representante, de manera directa o por medios electrónicos, recurso de revisión ante el organismo garante que corresponda o ante la Unidad de Transparencia que haya conocido de la solicitud dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación de la respuesta, o del vencimiento del plazo para su notificación. En el caso de que se interponga ante la Unidad de Transparencia, ésta deberá remitir el recurso de revisión al organismo garante que corresponda a más tardar al día siguiente de haberlo recibido. |
| El recurso previsto en los artículos 49 y 50 procederá en lugar del recurso establecido en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. (Artículo 51.)  El Instituto subsanará las deficiencias de los recursos interpuestos por los particulares. (Artículo 52.) | Artículo 143. El recurso de revisión procederá en contra de: I. La clasificación de la información; II. La declaración de inexistencia de información; III. La declaración de incompetencia por el sujeto obligado; IV. La entrega de información incompleta; V. La entrega de información que no corresponda con lo solicitado; VI. La falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información dentro de los plazos establecidos en la ley; VII. La notificación, entrega o puesta a disposición de información en una modalidad o formato distinto al solicitado; VIII. La entrega o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante; IX. Los costos o tiempos de entrega de la información; X. La falta de trámite a una solicitud; XI. La negativa a permitir la consulta directa de la información; XII. La falta, deficiencia o insuficiencia de la fundamentación y/o motivación en la respuesta, o XIII. La orientación a un trámite específico. La respuesta que den los sujetos obligados derivada de la resolución a un recurso de revisión que proceda por las causales señaladas en las fracciones III, VI, VIII, IX, X y XI es susceptible de ser impugnada de nueva cuenta, mediante recurso de revisión, ante el organismo garante correspondiente. |
| La falta de respuesta a una solicitud de acceso, en el plazo señalado en el Artículo 44, se entenderá resuelta en sentido positivo, por lo que la dependencia o entidad quedará obligada a darle acceso a la información en un periodo de tiempo no mayor a los 10 días hábiles, cubriendo todos los costos generados por la reproducción del material informativo, salvo que el Instituto determine que los documentos en cuestión son reservados o confidenciales. (Artículo 53) | Artículo 144. El recurso de revisión deberá contener: I. El sujeto obligado ante la cual se presentó la solicitud; II. El nombre del solicitante que recurre o de su representante y, en su caso, del tercero interesado, así como la dirección o medio que señale para recibir notificaciones; III. El número de folio de respuesta de la solicitud de acceso; IV. La fecha en que fue notificada la respuesta al solicitante o tuvo conocimiento del acto reclamado, o de presentación de la solicitud, en caso de falta de respuesta; V. El acto que se recurre; VI. Las razones o motivos de inconformidad, y VII. La copia de la respuesta que se impugna y, en su caso, de la notificación correspondiente, salvo en el caso de respuesta de la solicitud. Adicionalmente, se podrán anexar las pruebas y demás elementos que considere procedentes someter a juicio del organismo garante correspondiente. En ningún caso será necesario que el particular ratifique el recurso de revisión interpuesto |
| A efecto de dar cabal cumplimiento a lo establecido en el párrafo primero de este Artículo, el Reglamento establecerá un procedimiento expedito para subsanar el incumplimiento de las dependencias y entidades de entregar la información. Para este efecto, los particulares podrán presentar la constancia a que se refiere el Artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo expedida por la unidad de enlace que corresponda, o bien bastará que presenten copia de la solicitud en la que conste la fecha de su presentación ante la dependencia o entidad. En este último caso, el procedimiento asegurará que éstas tengan la oportunidad de probar que respondieron en tiempo y forma al particular. | Artículo 145. Si el escrito de interposición del recurso no cumple con alguno de los requisitos establecidos en el artículo anterior y el organismo garante que corresponda no cuenta con elementos para subsanarlos, se prevendrá al recurrente, por una sola ocasión y a través del medio que haya elegido para recibir notificaciones, con el objeto de que subsane las omisiones dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días, contados a partir del día siguiente de la notificación de la prevención, con el apercibimiento de que, de no cumplir, se desechará el recurso de revisión. La prevención tendrá el efecto de interrumpir el plazo que tienen los Organismos garantes para resolver el recurso, por lo que comenzará a computarse a partir del día siguiente a su desahogo. No podrá prevenirse por el nombre que proporcione el solicitante |
| Artículo 54. El escrito de interposición del recurso de revisión deberá contener:  I. La dependencia o entidad ante la cual se presentó la solicitud;  II. El nombre del recurrente y del tercero interesado si lo hay, así como el domicilio o medio que señale para recibir notificaciones;  III. La fecha en que se le notificó o tuvo conocimiento del acto reclamado;  IV. El acto que se recurre y los puntos petitorios;  V. La copia de la resolución que se impugna y, en su caso, de la notificación correspondiente, y  VI. Los demás elementos que considere procedentes someter a juicio del Instituto. | Artículo 146. El organismo garante resolverá el recurso de revisión en un plazo que no podrá exceder de cuarenta días, contados a partir de la admisión del mismo, en los términos que establezca la ley respectiva, plazo que podrá ampliarse por una sola vez y hasta por un periodo de veinte días. Durante el procedimiento deberá aplicarse la suplencia de la queja a favor del recurrente, sin cambiar los hechos expuestos, asegurándose de que las partes puedan presentar, de manera oral o escrita, los argumentos que funden y motiven sus pretensiones. |
| Artículo 55. Salvo lo previsto en el Artículo 53, el Instituto sustanciará el recurso de revisión conforme a los lineamientos siguientes:  I. Interpuesto el recurso, el Presidente del Instituto, lo turnará al Comisionado ponente, quien deberá, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la interposición del recurso, integrar el expediente y presentar un proyecto de resolución al Pleno del Instituto;  II. El Pleno del Instituto podrá determinar la celebración de audiencias con las partes;  III. Durante el procedimiento deberá aplicarse la suplencia de la queja a favor del recurrente y asegurarse de que las partes puedan presentar, de manera oral o escrita, los argumentos que funden y motiven sus pretensiones, así como formular sus alegatos;  IV. Mediante solicitud del interesado podrán recibirse, por vía electrónica, las promociones y escritos;  V. El Pleno resolverá, en definitiva, dentro de los veinte días hábiles siguientes en que se presentó el proyecto de resolución, y  VI. Las resoluciones del Pleno serán públicas. | Artículo 147. En todo momento, los Comisionados deberán tener acceso a la información clasificada para determinar su naturaleza según se requiera. El acceso se dará de conformidad con la normatividad previamente establecida por los sujetos obligados para el resguardo o salvaguarda de la información. Artículo 148. La información reservada o confidencial que, en su caso, sea consultada por los Comisionados, por resultar indispensable para resolver el asunto, deberá ser mantenida con ese carácter y no deberá estar disponible en el Expediente, salvo en los casos en los que sobreviniera la desclasificación de dicha información y continuara bajo el resguardo del sujeto obligado en el que originalmente se encontraba o cuando se requiera, por ser violaciones graves a derechos humanos o delitos de lesa humanidad, de conformidad con el derecho nacional y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. |
|  | Artículo 149. El organismo garante, al resolver el recurso de revisión, deberá aplicar una prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos. Para estos efectos, se entenderá por: I. Idoneidad: La legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido; II. Necesidad: La falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público, y III. Proporcionalidad: El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.  Artículo 150. Los Organismos garantes resolverán el recurso de revisión conforme a lo siguiente: I. Interpuesto el recurso de revisión, el Presidente del organismo garante lo turnará al Comisionado ponente que corresponda, quien deberá proceder a su análisis para que decrete su admisión o su desechamiento;  II. Admitido el recurso de revisión, el Comisionado ponente deberá integrar un Expediente y ponerlo a disposición de las partes, para que, en un plazo máximo de siete días, manifiesten lo que a su derecho convenga;  III. Dentro del plazo mencionado en la fracción II del presente artículo, las partes podrán ofrecer todo tipo de pruebas o alegatos excepto la confesional por parte de los sujetos obligados y aquéllas que sean contrarias a derecho;  IV. El Comisionado ponente podrá determinar la celebración de audiencias con las partes durante la sustanciación del recurso de revisión;  V. Concluido el plazo señalado en la fracción II del presente artículo, el Comisionado ponente procederá a decretar el cierre de instrucción;  VI. El organismo garante no estará obligado a atender la información remitida por el sujeto obligado una vez decretado el cierre de instrucción, y  VII. Decretado el cierre de instrucción, el Expediente pasará a resolución, en un plazo que no podrá exceder de veinte días. |

Cuando haya causa justificada, el Pleno del Instituto podrá ampliar, por una vez y hasta por un periodo igual, los plazos establecidos en las fracciones I y V de este artículo.

La información reservada o confidencial que, en su caso, sea solicitada por el Instituto por resultar indispensable para resolver el asunto, deberá ser mantenida con ese carácter y no estará disponible en el expediente.

Es importante señalar que en la Ley General es omiso en torno al principio de definitividad inapelable que en la anterior disposición normativa, permitía al IFAI aumentar las causales de clasificación. En relación a los plazos de resolución previsto ante una impugnación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene un margen indefinido para resolver los asuntos, tal es el caso que pueden ser cortos periodo de tiempo o márgenes amplios que duren años.

Asimismo, en los artículos transitorios el legislador es omiso al no precisar que los Comisionados del extinto IFAI pasarán a integrar el INAI, misma situación ocurre con los bienes muebles e inmuebles, el personal , los recursos financieros expresamente no pasan a formar parte del nuevo Instituto, pues solamente se enuncia en el artículo décimo transitorio que

(…) los recursos financieros y materiales, así como los trabajadores adscritos al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, se transferirán al organismo público autónomo creado. Los trabajadores que pasen a formar parte del nuevo organismo se seguirán rigiendo por el apartado B del artículo 123 de esta Constitución y en ninguna forma resultarán afectados en sus derechos laborales y de seguridad social…[[51]](#footnote-51)

En fin, lo cierto es que La nueva LGTAP busca establecer y proponer criterios generales en materia de transparencia y acceso a la información a los que deberán sujetarse todos los órdenes de gobierno, con el fin de lograr una adecuada armonización y homogeneidad a nivel nacional, fijar los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad.

La gestión por emitir normatividad novedosa y buenas prácticas gubernamentales de trasparencia en México se ha impulsado en gran medida por activistas de la sociedad civil, organizados a partir de “Organizaciones No Gubernamentales” que han surgido por diversas motivaciones y en diversos lugares del país y el extranjero. En la actualidad muchos de estos grupos de intereses comunes han comenzado a coaligarse en instancias mayores, muchas de las cuales tiene incluso financiamiento público internacional, promoviendo iniciativas como la Alianza Para El Gobierno Abierto, presente en 63 países y que tiene como objetivo “impulsar un nuevo modelo de gobernanza, que requiere de un proceso de compromiso, colaboración y corresponsabilidad permanente y sostenible por parte del gobierno y todos los sectores de la sociedad.”[[52]](#footnote-52)

En México las últimas décadas han traído consigo, a través de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, así como medios de comunicación alternativos ejemplos de información distribuida por 4 canales, a saber: a) diseminación proactiva del propio gobierno, b) liberación de materiales específicos, c) encuentros públicos con personas interesadas, d) filtraciones intencionales de datos[[53]](#footnote-53), como pueden ser, en un extremo la filtración de datos gubernamentales por la plataforma *MéxicoLeaks*, y por otro la Política Nacional de Datos Abiertos impulsada en 2014 por el Gobierno Federal y la Estrategia Digital Nacional, que contiene los objetivos principales del gobierno en materia de conectividad y habilidades digitales. Entre sus líneas de acción se contempla abrir todas las bases de datos públicos, permitiendo que éstas se conviertan en herramientas que faciliten el crecimiento económico, fortalezcan la competitividad y promuevan la innovación; logrando así una mejor gobernanza para el país[[54]](#footnote-54).

En lo que respecta a la política pública gubernamental sobre información en nuestro país, este año se modificó el Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública, para la implementación de la Política de Datos Abiertos que busca garantizar la gratuidad en la obtención de datos gubernamentales, la libertad de su uso y la no discriminación en el acceso, así como su actualización periódica y el uso de fuentes primarias para su generación. Este decreto tendrá repercusiones importantes a largo plazo en la gestión y generación de datos gubernamentales, formalizando la obligatoriedad de su entrega y la integridad de su calidad[[55]](#footnote-55).

Dentro de las acciones digitales derivadas de esta legislación por incrementar la disponibilidad de datos públicos y transparentar las cifras gubernamentales se ha promovido la fase experimental del portal http://datos.gob.mx/ en el sitio web de la Presidencia de la República, en el que la Federación estará poniendo a disposición gratuita de los investigadores, periodistas y público en general 109 bases de datos con información pública de dependencias como la SEDESOL, CONAGUA, CONAPO y PEMEX, 31 relativa a montos de inversión, infraestructura y acciones estratégicas en economía y programas sociales. Acciones como esta se suman a los esfuerzos de organismos públicos descentralizados como el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), quienes emiten informes periódicos de seguimiento y evaluación de acciones gubernamentales concretas en estados y municipios de toda la República Mexicana guiando la formulación de la política social y al mismo tiempo generando obligatoriedad en la entrega de información de programas y acciones a los gobiernos locales y a las propias instancias del Gobierno Federal para el análisis de indicadores sociales como la pobreza[[56]](#footnote-56).

Algunas de las instancias del Gobierno Federal que son obligados a mantener políticas de entrega de información pública en México son: La Auditoría Superior de la federación, el Banco de México, Cámaras de Diputados y Senadores, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto Nacional Electoral, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto Nacional de Estadística y Geografía, así como las Universidades Nacional Autónoma de México y Autónoma Metropolitana. La consideración de estas instituciones como sujetos obligados de transparencia deja ver el interés gubernamental en este modelo de rendición de cuentas, sin embargo es preciso recalcar la necesidad de reforzar estas políticas con acciones concretas que faciliten y reduzcan los costos de la entrega de documentos y datos para que no se genere un cuello de botella o actos de entrega de datos poco verosímiles, desactualizados o parciales.

La transparencia y rendición de cuentas en México es un proceso en gestación que necesariamente debe traducirse en la aplicación de prácticas dinámicas, que permitan lograr el pase de la norma legal y la obligatoriedad institucional presente a la posibilidad del uso de datos para fines de mejora en los programas gubernamentales, la atención social y la reducción de gastos asociados a la corrupción. Si se logra cumplir esta condición, la trasparencia y rendición de cuentas logrará que México pueda seguir avanzando en el proceso democratizador que inició como tendencia hace tres décadas. Para ello es forzoso un liderazgo convencido de la profunda utilidad de contar con datos veraces y actuales para la aplicación de políticas públicas, presupuesto y acciones de la sociedad civil.

Para establecer un más eficaz impulso a las prácticas de rendición de cuentas en nuestro país se requiere revisar los alcances y límites de la legislación y buscar una más efectiva independencia de los organismos de vigilancia, ello derivará en la posibilidad de ejecutar acciones de control que no dependan de decisiones políticas o grupos de poder porque ello debilita la eficacia de la práctica y la convierte en herramienta de uso electoral, más que objeto de empoderamiento ciudadano. En el momento de que se logra lo anterior, la práctica comienza a ser cuestión cotidiana y se integra a la cultura democrática nacional, lo que garantiza la vigilancia de los gobiernos desde la sociedad civil, la opinión pública y los medios de comunicación.

Para nuestro país es de vital importancia debilitar las prácticas de corrupción, ello llevará a índices de crecimiento mayores y a una vida social más plena, pues esta cultura de transparencia se refleja en escenarios mucho más allá de la vida política, alentando el desarrollo y la equidad.

**10. Conclusiones.**

1) La transparencia gubernamental va relacionada con los aspectos éticos, de responsabilidad, eficacia de los servidores públicos; por ello, la transparencia y el acceso a la información son ejes de un gobierno democrático. Esto significa que la transparencia gubernamental debe ser un puente de interacción entre la sociedad y sus autoridades, considerada como un binomio indisoluble que se entiende así: cuando una persona u organización entrega información, contribuye a dar legibilidad a su pensamiento, acción, por ello genera un mejor entendimiento y comunicación en su entorno.

2) La transparencia y el acceso a la información son ejes de un gobierno de cara a la ciudadanía que contempla, construye espacios y mecanismos diseñados para la participación civil i.e., las contralorías ciudadanas. Por ende, la nueva legislación establece principios, bases y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información de cualquier autoridad, de los Poderes de la Unión, órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos.

3) La democracia, entendida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, comprende entre otras cosas, la rendición de cuentas y lo concerniente al derecho que tienen aquellos para acceder a la información generada y obtenida por el Estado en el ejercicio de la función pública que permitan controlar el poder y exigir cuentas a las autoridades, no puede ser vista como mera caridad de éstos hacia los ciudadanos ni tampoco como una bandera electoral.

4) En México es necesario transitar de la mera cultura del informe anual, hacia la cultura del otorgamiento a la ciudadanía de la información gubernamental, como un gesto básico de responsabilidad con la gente. La transparencia gubernamental debe convertirse en un puente de interacción entre la sociedad y sus autoridades. Para ello, se requiere desarrollar nuevos sistemas de información de buena calidad, así como mejorar y actualizar los que ya hay, para lograr una mayor cobertura temática que cruce información existente y genere nueva información para el público.

**FUENTES DE INFORMACIÓN.**

Carta de los derechos fundamentales de la unión europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\_es.pdf

CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 4. Ver también Principios de Lima, Principio 1 El acceso a la información como derecho humano en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2

CIDH Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp

CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, párr. 281 en https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/terrorismo.htm

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México 2015, www.coneval.gob.mx/**Evaluacion**/.../IEPDS\_2014.asp..

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 en http://www.oas.org/dil/esp/tratados\_b-32\_convencion\_americana\_sobre\_derechos\_humanos.htm

Convenio Europeo de Derechos Humanos en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\_SPA.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos en: http://www.un.org/es/documents/udhr/

DE AZCÁRATE, Patricio, *Platón, Obras Completas*, edición de Azcárate, tomo 8, Madrid 1872. Libro Noveno.

*\_\_\_\_\_\_\_\_El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, OEA, Washington, 2006.

\_\_\_\_\_\_\_Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, OEA, Washington, 2007, p.14.

FUENMAYOR, Alejandro, *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, UNESCO para América Central, San José Costa Rica, 2004. p.19.

FayerWayer, México: el gobierno comenzó a liberar datso abiertos, 2015. http://www.fayerwayer.com/2014/07/mexico-el-gobierno-comenzo-a-liberar-datos-abiertos/

GONZÁLEZ TIBURCIO, Enrique, Laris Cutiño, Christian (Coords), *Estudio de leyes de transparencia y acceso a la información pública*, IFAI- Dirección General de Atención a la Sociedad y Relaciones Institucionales, México, 2012, http://inicio.ifai.org.mx/EstudioComparativo/EstudiodeLeyesSeptiembre2012.pdf

HILL MAYORAL, Benjamín, *Ley de Transparencia: un pacto de honestidad entre gobierno y ciudadanos,* Entorno, Coparmex, No.168, Septiembre 2002.

Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999.

La transparencia: elemento básico de un régimen democrático, Revista FUSDA, http://www.fusda.org/REVISTA%208%20-3TRANSPARENCIA.pdf

MEJÍA CHÁVEZ, Ileana, “La privacidad y el derecho a la información como parte de la modernidad” en *El sistema jurídico mexicano en Primer Certamen Nacional de Ensayo. México entra en la era de la transparencia,* Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), México, 2004.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

PESCHARD, Jacqueline, La Ley General de Acceso a la Información Pública: una visión de Estado, México, CIDE, 2013.

PIOTROWSKi, S. J, “*Govermmental transparency in the path of administrative reform*”, SUNY Press, New York, 2007, en C Bertot John, T. Jaeger Paul, et al, Using ICTs to créate a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies, Government Information Quarterly of Maryland, College Park, MD, USA.

Principios sobre el derecho de acceso a la información, http://www.oas.org/cji/CJI-RES\_147\_LXXIII-O-08.pdf

Propuesta de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, IFAI, México, 2014, http://inicio.ifai.org.mx/nuevo/Propuesta%20%20de%20Ley%20General%20de%20TAI%20PDF.pdf

RIOS RUIZ, Alma de los Ángeles “Aciertos y tropiezos e la democracia en México” en Perfiles de las Ciencias Sociales, Año 1, núm 2, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, enero-jumio 2014, México, UAJ en http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/issue/view/130

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.cidh.org/relatoria

Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, Guía de Implementación de la Política de Datos Abiertos, México 2015, www.dof.gob.mx/nota\_detalle.php?codigo.../2015.

UGALDE, Luis Carlos, *Rendición de Cuentas y Democracia en México*, 2002.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ Sistema Nacional Anticorrupción. El Financiero, 2015. http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/sistema-nacional-anticorrupcion.html

VILLANUEVA, Ernesto, “Olvidos” en la Ley de Transparencia, Revista Proceso, Seminario de Información y Análisis, Número 2011, 17 de mayo de 2015, México

Recepción: 3 de junio de 2015.

Aceptación: 2 de diciembre de 2015.

**LAS POLITICAS PÚBLICAS EN MÉXICO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA: DIÁLOGO Y PROYECTO SOCIAL COMPARTIDO**

**PUBLIC POLICY IN MEXICO AND SOCIAL RESPONSIBILITY OF THE COMPANY: SOCIAL DIALOGUE AND SHARED PROJECT**

Ricardo CUEVAS MORENO[[57]](#footnote-57)\*

Rebeca RODRÍGUEZ MINOR[[58]](#footnote-58)\*\*

RESUMEN: El presente artículo estudia la relación entre las políticas sociales de la empresa y las políticas públicas desde la perspectiva de la Responsabilidad Social de la Empresa. Los especialistasestudian esa relación partiendo del supuesto de la ficción del contrato social entre Empresa y Sociedad. No obstante, el fundamento de esa relación y por tanto, de la política pública y la política social de la empresa se encuentran en la Carta Magna. Es por su cumplimiento que existe la necesidad de establecer un diálogo constructivo para crear un proyecto social compartido. Esta investigación propone una solución desmitificando la dicotomía Empresa vs Estado y subrayando el rol de la Responsabilidad Social de la Empresa como regulador social.

**Palabras clave:** Políticas públicas, responsabilidad social empresarial, constitución política.

**ABSTRACT:** This article studies the relationship between enterprise social policies and public policies, from the perspective of Social Enterprise Responsibility. The specialists on this area study this linkage based on the argument that the *social contract* between the Enterprise and the Society, is fiction. Even though, the basis of that relationship and of the public policy and the enterprise social policyas well, is indeed stated in the mexican *Magna Carta.* Due to its compliance, it is necessary to establish a constructive dialoguein order to develop a shared social project. This investigation proposes a solution, to demystify the dichotomy Enterprise *vs* State, stressing the main roll of Social Enterprise Responsibility as social regulatory.

**Keywords:** Public policies, enterprise social responsibility, political constitution.

INTRODUCCIÓN.

El presente artículo estudia la relación entre el Estado y la Empresa, a partir de las políticas públicas y sociales que cada parte desarrolla, principalmente desde la perspectiva de la Responsabilidad Social de la Empresa (RSE). Se parte del vínculo entre las *políticas sociales de la empresa* y las *políticas públicas* del Estado establecida por Preston, L.E. & Post, J. y Carroll, A.B. & Bouchholtz, A.K.[[59]](#footnote-59) en la discusión Negocios y Sociedad (*Bussines & Society*). Estos autores recurren a la ficción de la metáfora del *contrato social* entre Empresa y Sociedad para estudiar su mutua influencia. En ésta mediaría la acción del Estado a través el Gobierno. Siguiendo esa vía de pensamiento, la esencia de esa interacción es el poder, por lo tanto, ésta tiene un substrato moral y ético insoslayable que la conduce a la responsabilidad social. Sin embargo, es necesario precisar esa idea. El fundamento de la relación Empresa y Estado reside en la Constitución Política y no en la ficción de un supuesto *contrato social* cuya preservación signifique la legitimidad de la empresa.[[60]](#footnote-60)

No obstante, en el discurso convencional[[61]](#footnote-61), la relación de poder entre la Empresa y el Estado se diluyen a través de un *activismo* inocuo de las organizaciones y las instituciones, dígase, empresa, sindicatos, cámaras de la industria y el comercio, consejos empresariales, ONGs y sociedad civil. Por el contrario, la postura expuesta en el presente estudio considera que el diseño de las políticas públicas y las políticas sociales de la empresa nacen de la lucha por los espacios de poder para comandar el desarrollo económico social. En esa lucha, a veces abierta y franca, otras latente y velada, el táctico es la tasa de ganancia.

Por lo anterior, es necesario estudiar concienzudamente la relación entre los asuntos públicos empresariales(*Corporate Public Affairs*) y las políticas públicas gubernamentales. Desde el punto de vista práctico, dicha relación adquiere relevancia por las implicaciones sociales y políticas que los quehaceres de la Gran Empresa y el Estado tienen para el organismo social en la actualidad. En este sentido algunas cuestiones son pertinentes: ¿Cómo la empresa a través de su política social puede contribuir al desarrollo de la sociedad?, ¿Cuáles son los límites y reglas de tal proceso?, ¿Ese obrar de las empresas pone en tela de juicio el poder y autonomía del Estado? O por el contrario, ¿El papel del Estado como rector de la economía pone en entredicho la autonomía de la empresa?

Este trabajo se divide en tres partes. En la primera, analizamos el surgimiento de la política social de la empresa a la luz de la responsabilidad social. En la segunda, estudiamos la mutua influencia entre las políticas públicas del gobierno y la política social de la empresa bajo la perspectiva de la teoría de la regulación y la teoría marxista del Estado. En la tercera parte, ilustramos y discutimos las ideas de las dos partes precedentes tomando como referencia el caso de México. Finalmente, las conclusiones exponen las virtudes y limitaciones de este trabajo que se espera sirvan a los líderes de las organizaciones en la formulación y aplicación de una estrategia consciente para el desarrollo organizacional y nacional.

I. LOS TEMAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

La Norma ISO/DIS 26 000 establece el marco teórico general y de aplicación de la Responsabilidad Social (RS) para todo tipo de organizaciones[[62]](#footnote-62). Desde entonces, la definición de RS contiene la simbiosis con la teoría de los grupos de interés preconizada antes por Carroll, Jones y Clarkson[[63]](#footnote-63) para el estudio de la RSE y el desempeño (*performance*) social. No obstante, sobrevive la riqueza y delimitación que dicho concepto encierra y que algunos autores observan antes del surgimiento de la Norma ISO 26000.[[64]](#footnote-64) Por eso el concepto de RSE engloba una serie de actividades diversas ligadas a interpretaciones que las empresas hacen de la misma en contextos regionales y nacionales distintos. Así, la tendencia es estudiar la RSE y el desempeño social bajo esa perspectiva.[[65]](#footnote-65) En cualquier caso se trata de acciones de la empresa direccionadas a partir de tres ejes base (*triple bottom line*): económico, social y del cuidado al medio ambiente.[[66]](#footnote-66) La RSE cristaliza desarrollos anteriores de sí misma, de la ética en los negocios y del desarrollo sustentable.

**LAS ACCIONES EMPRESARIALES A PARTIR DE TRES EJES BASE**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ETICA EN LOS NEGOCIOS**  (1985) | **DESARROLLO SUSTENTABLE**  (1972) | **RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA**  (1970) |
| * Comportamiento Moral del administrador * Recursos Humanos * Relaciones con los grupos de interés (accionistas) | * Cuidado del medio ambiente * Comercio justo * Eco-eficiencia * Empleo * Justicia Social * Derechos del Hombre * Lucha contra la corrupción * Salud | * Comercio justo * Eco-eficiencia * Empleo * Derechos del hombre * Cuidado del Medio Ambiente * Relaciones con los grupos de interés (accionistas) * Salud * Cultura |

**Fuente** : Elaboración propia

A la aurora de la *ola ética* Jones, T.M.[[67]](#footnote-67) resume ya algunas de las ideas comúnmente aceptadas sobre el renovado interés por la RSE; la crítica que las organizaciones civiles hacen sobre el actuar de las empresas y su efecto sobre la sociedad y el medio ambiente. Conexo a esto, la crítica del poder económico y político de la gran empresa. A esas ideas se suma, durante los últimos treinta años, la de los casos de corrupción y el deterioro acelerado de los ecosistemas, de los cuales se considera a las empresas y los Estados como responsables.[[68]](#footnote-68) Otra interpretación justifica el surgimiento de la RSE debido a la pérdida de hegemonía del Estado[[69]](#footnote-69). Esa pérdida de protagonismo del Estado se debe al abandono parcial o total de actividades económicas y sociales que antes eran su monopolio. Otra interpretación conjuga distintos niveles de análisis de los cambioseconómicos, políticos, ideológicos, simbólicos e institucionales del modo de vida capitalista. Esta propuesta es una síntesis que toma en cuenta los cambios señalados por las interpretaciones anteriores del citado surgimiento, pero como resultados del desarrollo del modo de vida burgués.[[70]](#footnote-70)

En efecto, los antecedentes del Desarrollo Sustentable y la RSE remontan a la década de 1970 y los de Ética en los Negocios a 1985. Sin embargo; éstos son el resultado de la evolución del modo de vida capitalista en varios sentidos: 1) constitución de un nuevo modelo mundial de acumulación de capital, 2) establecimiento de un novedoso paradigma de administración de los objetos y los hombres; procesos en los cuales la revolución de la informatización ocupa el lugar central[[71]](#footnote-71) 3) agudización de las contradicciones de explotación entre los países centrales y los países en desarrollo y la degradación del nivel de vida al interior de esos países y en vastas regiones del mundo[[72]](#footnote-72), 4) destrucción del medio ambiente por parte de la oligarquía que detenta el poder a nivel mundial y las burguesías nacionales.

La adopción de la RSE puede ser voluntaria[[73]](#footnote-73) o causada por las leyes de la competencia y/o la acción de la ley pública. En el contexto de la globalización de la economía y la desregulación de los mercados, la RSE es uno de los elementos clave de la legitimidad de la empresa frente a sus grupos de interés (accionistas).[[74]](#footnote-74) De hecho, la regulación de las relaciones con estos grupos de interés sería la esencia de la RSE.[[75]](#footnote-75) Eso implica que la empresa asume la responsabilidad de contribuir mediante sus actividades a la construcción de un mundo más justo, humano y respetuoso del medio ambiente.[[76]](#footnote-76)

**1.1** **El surgimiento de la política social de la empresa**

La política social de la empresa nace en el momento que esta decide intervenir en los asuntos de la sociedad. En palabras de Carroll y Buchholtz la política pública corporativa es la postura, estrategia o posición de la firma sobre los aspectos éticos, sociales y globales de los accionistas y de la propia operatividad corporativa.[[77]](#footnote-77)

Partimos de dos hechos fundamentales. Primero, que existen problemas o cuestiones sociales que devienen, objeto de interés para la empresa; e.g. el desempleo, la vivienda, la salud, la educación, la inseguridad, la cultura y el deporte. Segundo, la relación con *los* grupos de interés a partir de los tres ejes base, asegura la generación de riqueza y la perennidad de la empresa.[[78]](#footnote-78) La solución a estos problemas es el resultado de la realización política pública y la política social de la empresa. En efecto, el gobierno a través de la ejecución de sus programas para el desarrollo y el bienestar social incide sobre los problemas económicos sociales. Del mismo modo, la empresa contribuye a la solución de las cuestiones económicas y sociales en el marco institucional establecido por el gobierno. No obstante, aun realizadas las políticas públicas, en las políticas internas empresariales puede permanecer la laguna social.

**Fuente:** Elaboración propia

La solución al problema o cuestión social está lejos de ser un proceso simple o armónico entre la empresa y el gobierno. Para la empresa se trata de gastos que afectan la ganancia global y que por lo mismo no forman parte del costo de producción. Para el gobierno representa también un gasto, aunque la finalidad sea el bienestar social. [[79]](#footnote-79)

No obstante, dicha interacción y forcejeo que trata de salvaguardar la ganancia (Empresa) y el gasto (Gobierno), tiene un punto de acuerdo dictado por las altas tasas de ganancia de ciertas industrias y el modelo dominante de acumulación de capital.[[80]](#footnote-80) La táctica en el diseño de las políticas públicas y las políticas sociales de la empresa es la tasa de ganancia. En estos casos la empresa y el gobierno a través de sus consejos, cámaras de la industria y comercio, así como los poderes de la unión, las secretarías o ministerios actúan al unísono protegiendo e incentivando esas industrias. Es evidente que este acuerdo puede omitir el desarrollo nacional o el bienestar social. Los casos del abandono del agro, las compañías mineras y el reciente proceso de apertura al capital privado de la industria petrolera en México son elocuentes en este sentido.

Carroll, A.B. y Bouchholtz, A.K. consideran que esta contradicción es fundamental en el diseño de las políticas públicas y la política social de la empresa.[[81]](#footnote-81) Por lo tanto, la solución del problema social se realiza a través de un proceso interactivo entre el Gobierno y la Empresa en donde cada quien cede a sus tendencias de lucro y avaricia para conjuntamente buscar el cambio, por medio de estrategias compartidas en la creación e implementación de las políticas sociales que los enmarcan.

**1.2** **Estado vs. Empresa**

Las acciones de las grandes empresas capitalistas en la sociedad a través de su Responsabilidad Social reactualizan la discusión entre Estado vs. Empresa. Para el pensamiento convencional la pregunta fundamental de esa relación sería “¿Cuál debiera ser el respectivo papel de los negocios y el gobierno en nuestro sistema socioeconómico?”. [[82]](#footnote-82) Bajo esa perspectiva la dicotomía entre la búsqueda del bienestar público y la búsqueda de ganancia daría, en un principio, la respuesta.

Preston, L.E. & Post, J. estudian esa aparente contradicción formulando cuestiones cruciales y vigentes: Los límites de la actividad social de la empresa, los ámbitos del desempeño de la RSE, las circunstancias de unión entre las actividades sociales y la política pública, los objetivos y criterios que debe tener en cuenta la orientación general en el diseño y la respuesta a las cuestiones sociales; en fin, los criterios que juzgarían el desempeño social de la empresa [[83]](#footnote-83)*.* Esa problemática es desarrollada por Carroll, A.B. & Bouchholtz, A.K. a partir de la teoría de los grupos de interés (*stakeholder’s theory*) [[84]](#footnote-84).

Por su parte, Preston, L.E. & Post, J. responden a esa problemática con la ahora clásica división entre participación "primaria" y "secundaria"de la empresa en su medio ambiente social (contexto social). [[85]](#footnote-85) Según estos autores la participación primaria contiene las actividades económicas, jurídicas y financieras sin las cuales la empresa perecería, e.g. la localización territorial, la producción, la comercialización, las compras, los cumplimientos de contratos y las obligaciones fiscales. Todas estas funciones de la empresa generan efectos al interior y al exterior de la organización. Esos efectos externos son *la participación secundaria*; es decir, los efectos indirectos que van más allá de las actividades primarias de la empresa. En nuestra opinión, el estudio de estos dos autores deriva en los siguientes resultados:

a) Una formula única *ex ante* es inexistente en el discernimiento de las políticas sociales de la empresa.

b) Lo anterior se resuelve mediante la observación de cada caso particular reconociendo las políticas públicas como guías y límite de la política social de la empresa.

c) El correcto discernimiento proveniente de a) y b), permite saber con certeza los momentos en que la empresa puede actuar en el ámbito social singularmente o en concierto con el gobierno, pero sólo de conformidad con el contexto institucional y la situación impuesta por la política pública.[[86]](#footnote-86)

En concordancia con Jones, T.M.[[87]](#footnote-87) dos situaciones extremas son posibles: (1) La ausencia de políticas públicas, 2) la existencia de éstas gracias a la acción del gobierno. Según Preston, L.E. & Post, J.[[88]](#footnote-88) estas dos situaciones se encuentran estrechamente relacionadas con la legitimidad de la empresa y su capacidad para satisfacer las expectativas de sus propios grupos de interés; quienes determinan su propia legitimidad. En el caso de la presencia de las políticas públicas activas, éstas crean una separación o ‘’déficit’’ entre eldesempeño social de la empresa y las expectativas de sus propios accionistas y de la población en general, incentivando la gran brecha social.

Jones, T.M.[[89]](#footnote-89) establece que la principal deficiencia de la propuesta de Preston, L.E. & Post, J.[[90]](#footnote-90) es la incapacidad de la división entre participación primaria y secundaria en la solución de problemas concretos de la política social de la empresa. Esto porque existen cuestiones y zonas sin regulación por la política pública; como las decisiones de inversión de la empresa, de anclaje territorial o el nomadismo económico, traducido en la falta de rendición de cuentas sobre las actividades de las filiales en el extranjero. Critica que Preston, L.E. y Post, J.[[91]](#footnote-91) responden ajustando el rol de guía al propio tiempo limitado de las políticas públicas. Una alternativa de solución la ofrece el conjunto de reglas formales e informales que constituye la matriz institucional[[92]](#footnote-92) donde se relacionan los individuos las instituciones y las organizaciones.

En consecuencia, la política social de la empresa sería el resultado del juego de relaciones establecidas a partir de la política pública de manera formal e informal y la estrategia que la empresa diseña para responder a las cuestiones sociales, ya sea por una decisión voluntaria o impelida por la ley. En efecto, la política y la responsabilidad públicas que en ella subyacen, ponen los límites legales de la acción social de la empresa y las organizaciones.[[93]](#footnote-93) No obstante, en la práctica permanecen cuestiones o zonas de libre espacio moral[[94]](#footnote-94) sin regular, creándose así, una zona para la posible negociación y diálogo entre el Estado y las organizaciones.

II. LA INTERACCIÓN DE LA POLITICA SOCIAL DE LA EMPRESA Y LA POLITICA PÚBLICA DEL ESTADO.

**2.1 El potencial regulador de la RSE**

La simbiosis RSE - Teoría de los Grupos de Interés (TGI), es la concepción dominante de la RSE. No obstante, la TGI es incompleta pues no aborda, entre otras, la problemática del papel de regulador de la RSE. La escuela de Montreal trata de llenar esa laguna desde una perspectiva reformista y conciliadora de las contradicciones reales de los intereses de los accionistas.[[95]](#footnote-95)

En su crítica del desarrollo de la corriente neo-institucional de la RSE, Ramboarisata, L.N.[[96]](#footnote-96) pone al descubierto el potencial y límites de ‘’los discursos emergentes’’, como la teoría de la regulación social. Ésta teoría pretende explicar cómo los procesos macroeconómicos de regulación determinan las formas estructurales específicas; e.g. las relaciones salariales y organizaciones en el capitalismo. Aplicada a la RSE, ésta teoría la concibe como un proceso regulador que emerge entre los polos voluntaristas y coercitivos difundiéndose en una imbricación de mecanismos… miméticos y normativos hasta cierto punto coercitivos. En esta concepción, la construcción del sentido se crea a través de reglas bajo el control o de manera autónoma con la finalidad de producir una comunidad alrededor de un proyecto creador de sentido.[[97]](#footnote-97)

La teoría de la regulación social al abordar los procesos, integra la noción de historicidad. Esto la provee de una capacidad de análisis ausente en otras perspectivas.[[98]](#footnote-98) La entrada de la historicidad conduce a una concepción dinámica y por lo mismo contradictoria de la empresa y las instituciones. E.g. North, D.[[99]](#footnote-99) establece claramente que la clave del cambio institucional es la interacción entre las organizaciones y las instituciones en el contexto de la competencia y la escasez. En efecto, es en el marco de la matriz institucional que los empresarios y líderes interactúan poniendo en acción sus modelos mentales, provocando el cambio tecnológico y social a través de la innovación. En términos de Marx, K. (1845/1982) los hombres de la sociedad capitalista a través de su *praxis* crean un marco jurídico, económico, político e ideológico por y para el desarrollo del capitalismo.

Así, a nivel organizacional, Baret P.[[100]](#footnote-100) concibe a la empresa como la materialización de compromisos y contratos para realizar el proceso de acumulación. Entonces, la empresa es un lugar de encuentro de fuerzas que condicionan la regulación económica. Estas ideas aplicadas a la RSE como un proceso institucional, significan observar su potencial regulatorio como proceso de las distintas fuerzas de los actores, encaminadas a provocar un cambio con vistas a la regulación.[[101]](#footnote-101)

**2.2** **Límite y alcance de la teoría de la regulación**

Según Ramboarisata, L.N.[[102]](#footnote-102)un límite importante de la teoría de la regulación social son los escasos trabajos empíricos que pudieran demostrar su validez. Sin embargo, en este análisis pensamos que ésta teoría permite comprender mejor la relación entre política social de la empresa y la política pública estatal. Relacionada con la propuesta de Preston, L.E. y Post, J., North, D. y Marx, K. y Engels[[103]](#footnote-103), la teoría de la regulación social puede ser un poderoso útil de análisis de situaciones concretas.

Para ese propósito es necesario comprender que la solución entre la dicotomía política social privada (empresa) y política pública (estado) de Preston, L.E. & Post, J.[[104]](#footnote-104) es teórica y aparente; pues éstos pasan sin comprender la unidad y diferencia entre empresa y estado. En efecto, el modo de vida capitalista supone la violencia legítima y racionalmente organizada de la institución del Estado, como guardián, promotor y regulador de la vida social.[[105]](#footnote-105) Sólo en un momento teórico de abstracción se puede concebir la Empresa y el Estado en el modo de vida capitalista como entidades separadas, sin relación orgánica entre ellas. Esto, de ningún modo implica que entre el Estado y la Empresa capitalista las diferencias estén ausentes. Sin embargo, existe un acuerdo tácito y real en las cuestiones importantes de la nación; como el Estado de Derecho, el sistema económico prevaleciente o la propiedad privada. Esto se refiere a la relación del Estado y la Gran Empresa Capitalista, la cual es la forma dominante en la reproducción económica social que subordina otras formas de producción capitalista y no capitalista, como lo son las pequeñas y medianas empresas y las formas comunitarias que pueden diferir y difieren del sistema económico y el modelo de desarrollo.[[106]](#footnote-106)

**2.3** **La postura crítica de la relación Empresa y Sociedad**

La integración de la historicidad en la interacción entre la responsabilidad pública y la responsabilidad social de la empresa tiene otra perspectiva. La sociedad capitalista se funda en la oposición irreconciliable entre la burguesía y el proletariado. Por eso, para Marx, K. y Engels, F. “el gobierno del estado no es más que la junta que administra los negocios comunes de la clase burguesa*”*.[[107]](#footnote-107) Siguiendo esta línea del pensamiento el Estado es “una máquina en manos de los capitalistas*”,* cuya función es aniquilar el movimiento obrero.[[108]](#footnote-108)

No obstante, esa concepción de Marx, Engels y Lenin no observa un hecho clave. El crecimiento de la población, su consecuente necesidad de proveer de servicios básicos (salud, educación, alimentación y vivienda), junto con el ciclo de luchas obreras, obliga al Estado a realizar el bien público. Esto trae como consecuencia el crecimiento del sector público que caracteriza la época del Estado de Bienestar y su subsecuente adelgazamiento en el periodo de privatización y de desregulación que cubre los mediados de los años ochenta y noventa.

Estos hechos fundamentales obnubilan la vista, haciendo olvidar el carácter de clase del Estado y su Gobierno en la sociedad capitalista. Esto se revela en un momento crucial: las crisis económicas nacionales y mundiales, donde sistemáticamente el Estado generaliza las pérdidas y privatiza las ganancias, rescatando y protegiendo a la oligarquía burguesa que detenta el poder.

Por lo anterior, la regulación económica y social en la sociedad capitalista se realiza a través de la interacción del poder entre el Estado y la Empresa. Son las instituciones del gobierno y las organizaciones empresariales quienes ejercen ese poder y negocian las cuestiones centrales del desarrollo económico y social: nivel de precios y de salarios, creación de empleos, la producción de infraestructura y la seguridad social. En el corazón de esta negociación y de la regulación que de ésta se desprende, se encuentra la tasa de ganancia. En una economía como la mexicana, controlada por los monopolios, las expectativas de la ganancia monopolística determinan los sectores, las ramas y las actividades que el gobierno deberá impulsar y proteger muy seguido en detrimento del desarrollo nacional autónomo. Los casi cuarenta años de sucesivas privatizaciones de sectores fundamentales para el desarrollo nacional y el rescate de la banca con el FOBAPROA ilustran claramente esta idea.[[109]](#footnote-109)

Carroll, A.B. & Bouchholtz A.K. [[110]](#footnote-110) consideran importante el cabildeo y el activismo para el diseño de las políticas públicas y las políticas sociales de la empresa. Es de notar que ellos hablan en el contexto de la sociedad estadounidense. Para el caso mexicano, se observa además un incremento del movimiento social (movimiento magisterial, guardias comunitarias, etc.) que difícilmente pueden sentarse a negociar con el gobierno, pero cuyas acciones inciden sobre el mismo. Existe también, la participación de los llamados poderes facticosen la negoción para el diseño de las políticas públicas y privadas Esos factores determinan el sentido de la regulación económico-social mexicana. Se trata de la ausencia del justo equilibrio de poderes que Montesquieu, Ch. S. consideraba como algo fundamental para la democracia.[[111]](#footnote-111)

# III. EL CASO MEXICANO: DIALOGO Y NECESIDAD DE CAMBIO.

**3.1 Fundamento constitucional de la responsabilidad social y su incumplimiento.**

El caso de México puede servir para ilustrar todas las ideas desarrolladas hasta aquí. Las políticas y la responsabilidad públicas que ésta implica, tienen como fundamento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley General de Desarrollo Social (LGDS)[[112]](#footnote-112). La Carta Magna, establece en sus Artículos 1°, 2° y 3° los derechos individuales de propiedad, seguridad y educación. Los Artículos 25 y 26 constituyen la rectoría del Estado en la economía y el desarrollo nacional. El Artículo 27 instaura la propiedad pública de los recursos primordiales de la nación; el Artículo 73 frac. X, habla sobre la legislación de algunas industrias (hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear). Los Artículos 109 y el 113, establecen las responsabilidades de servidores públicos y su incumplimiento. El Artículo 123 está dedicado a sentar las bases de la política laboral.

Según la Carta Magnaen sus Artículos 1º, 24 y 25, el Estado tiene la obligación y responsabilidad de cumplir y de hacer cumplir las garantías individuales, los derechos sociales y ser un verdadero promotor del desarrollo nacional. Sin embargo, los casi cuarenta años de neoliberalismo en México muestran que en aras de mantener la estabilidad económica y el pago de servicios de la deuda externa, el Estado Mexicano toma retirada de actividades de la economía (banca, comunicación, transportes, vías de comunicación, ferrocarriles, generación de energía eléctrica e industria petrolera).[[113]](#footnote-113)

Aun cuando el gobierno mexicano intenta cumplir con la política social de combate a la pobreza para acceder a la seguridad, empleo, salud, educación y bienestar, los datos duros muestran que esta responsabilidad pública difícilmente toca a amplios sectores de la población, que viven al contrario, su incumplimiento.[[114]](#footnote-114) Según la OCDE, México tiene el nivel más bajo de productividad laboral de sus 34 países miembros.[[115]](#footnote-115) Esto se explica en parte por el bajo nivel de educación y competencia laboral. Corolario de este estancamiento económico y social es el nivel de vida. Según el CONEVAL, el número total de pobres en México es de 55 341.6 millones de personas; dos millones más que en el 2012. Por eso, es prioritario crear una política pública integral que impulse la productividad, la innovación y el emprendedurismo. Resulta indispensable crear un ambiente de seguridad para continuar atrayendo la inversión y fomentar la educación y la capacitación de la población.

Es del todo interesante observar las respuestas de las políticas públicas frente a las crisis precedentes y en el momento actual con la caída de los precios del petróleo, que ha descendido hasta 24.11 dólares el barril.[[116]](#footnote-116) Esto siguiendo las prescripciones de la política económica de corte neoliberal. Además, la política pública en general y la social en México se formulan y se llevan a la práctica venciendo una serie de obstáculos. Desde el mandato del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) las iniciativas de ley y reformas (como la fiscal y la energética) se ven obstruidas por la partidocracia: la élite de la clase política, usando la estructura electoral se reparte los dineros y los espacios de poder dejados por el desmantelamiento del ‘’sistema presidencialista’’.[[117]](#footnote-117)

El regreso del PRI a los Pinos se instaura en una nueva coyuntura durante la cual el presidente Enrique Peña Nieto[[118]](#footnote-118) puede por fin, impulsar el ciclo de reformas económicas y fiscales bloqueadas por ellos mismos durante doce años del panismo. El Pacto por México hizo posible dicho proceso. La reforma energética fue sin duda la de más grande calado y repercusiones para el destino de la nación. En ella se cristalizan todos los vicios y virtudes de la regulación económica mexicana: Más allá de la corrupción como el tráfico de influencias que este proceso pone a la luz, se encuentra la capitulación del Estado a ser el rector de la economía y del desarrollo nacional, como lo establecen los artículos 25 y 26 de la Constitución Políticade los Estados Unidos Mexicanos.

Pero el Pacto por México no clausura la lucha por el poder de la partidocracia decadente en el Congreso de la Unión, el nivel de discusión de la política mexicana desciende al nivel de la acusación, la conspiración y el rumor, dejando de lado lo substancial; es decir, el desarrollo nacional por encima de cualquier personalidad o filiación política. Es patético y lamentable el espectáculo que la lucha por la hegemonía de la partidocracia (PAN, PRI y PRD) ofrece a los mexicanos y a los observadores en el extranjero. Este es un obstáculo importante para el diseño de políticas públicas y su aplicación para el desarrollo nacional. Otra limitante mayor es la corrupción en todas sus formas, desde las más altas esferas de la economía y la política hasta el administrador de mínimo poder discrecional. La corrupción es el lubricante y a la vez un poderoso útil para reproducir la inequidad y los cotos de poder. Según el Índice de Percepción de la Corrupción México ocupa el lugar 103 de los 174 países analizados.[[119]](#footnote-119)

Al exterior, según los hechos, la política pública social depende más de los intereses de los organismos financieros internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los grandes consorcios internacionales, que de las necesidades perentorias de millones de mexicanos lanzados a las *leyes inexorables* del mercado.[[120]](#footnote-120)

Sin embargo, pensamos que este contexto representa un área de oportunidad para el desarrollo de la RSE y de política sociales que respondan no sólo a los intereses del Estado, las empresas y las organizaciones sino al bienestar de los mexicanos. No somos los primeros en observar el poder transformador de la RSE para el desarrollo. En ese sentido, Bull[[121]](#footnote-121) piensa que es necesario integrar la economía política como dimensión de la RSE y profundizar aún más en la relación estado y empresa. Nosotros seguimos esa vía pero poniendo a la luz la significación de la RSE en relación a las políticas públicas del gobierno y las políticas sociales de la empresa.

**3.2** **La querella Empresa (grande) capitalista vs. Estado**

La disputa entre el Estado y la Empresa es una idea ficticia que observa solamente los detalles y las diferencias. Al contrario, la relación empresa capitalista y estado moderno vista en su historicidad dice que ambos son engendrados por la misma sociedad.[[122]](#footnote-122) De acuerdo a las necesidades de la acumulación capitalista, en determinados momentos ‘’hay más estado’’ y para otros ‘’más empresa’’. Esta alternancia se observa durante los años de crecimiento sostenido en las economías avanzadas de la segunda posguerra y la década de los 1980’s y 1990’s, con la ola de privatizaciones en el mundo capitalista.

Del mismo modo que Preston, L.E. & Post, J. Jones, T.M. y Carroll, A.B. & Bouchholtz, A.K.[[123]](#footnote-123), pensamos que la política pública marca los límites, las áreas y hasta cierto punto la manera en cómo la empresa puede o debe participar en cuestiones sociales. Esto implica obtener la legitimidad de las acciones sociales reconociendo al Estado y su política pública como guía y garante del desarrollo económico y social, para luego completar esa legitimidad frente al resto de los grupos de interés de la empresa.

Por lo anterior, la idea de un ‘’Estado-Empresa” es otra quimera que confunde la tendencia a que todas las organizaciones trabajen adoptando los principios de racionalidad metódica de la gran empresa capitalista, con el contenido de clase de la organización estatal y su misión dentro del modo de vida. Esto tampoco niega que los empresarios organizados tomen el poder para luego hacer la administración pública a la usanza de los gerentes de corporativos trasnacionales.

Para el caso de México se hace urgente que el Estado dé vida y haga valer la Constitución Políticay en particular los artículos que fundan su responsabilidad pública[[124]](#footnote-124), como promotor del desarrollo nacional y garante de las garantías individuales y los derechos sociales de bienestar, salud, seguridad, propiedad y educación. En el contexto actual, la política pública y la responsabilidad social de la empresa deben ser el resultado de un dialogo constructivo en donde el desarrollo nacional sea prioritario, y no solamente, la satisfacción de los grupos de interés de la empresa (accionistas). El doble proceso de legitimación de la empresa (interno y externo) desembocaría en el proyecto social compartido*[[125]](#footnote-125),* el cual contendría las dimensiones económica, sociales y del cuidado del medioambiente, en concordancia con las necesidades del desarrollo nacional. Ello implica que tanto el Estado, como la empresa y las organizaciones políticas y sociales asuman la vía de la responsabilidad social. Por consecuencia, una verdadera transformación en la moral, la ideología y la cultura nacionales se hace indispensable. En este sentido se concluye que la RSE, incluyendo su desempeño, es un nuevo y poderoso modelo teórico práctico para la gestión social y el desarrollo social bajo la égida de un Estado Nacionalista.

Finalmente, Friedman[[126]](#footnote-126) tiene razón al considerar la RSE como unadoctrina fundamentalmente subversiva; y que los empresarios que pretenden eliminar la discriminación, el desempleo o la contaminación están predicando el socialismo. En suma, y según palabras del mismo autor, la misión de la empresa es hacer dinero tanto como sea posible por los accionistas pero respetando la ley encarnada en la ética personal*.[[127]](#footnote-127)* Ciertamente, una implementación consecuente de la RSE al interior y al exterior de la empresa significa un profundo cambio de mentalidad, de moral y de cultura de la Empresa, del Estado y las organizaciones políticas y civiles que pretendan participar en el cambio y la transformación nacional. Esto como condición mínima dentro del marco del modo de vida capitalista para detener la debacle. En países como México esa adopción y esos cambios son urgentes. Pero, ¿existe la voluntad política y privada para hacerlos posibles? Y si no son ellos, ¿la sociedad civil en su organización libre y espontánea podrá promover esos cambios?

**Conclusiones.**

1. En este artículo se estudió la relación entre las políticas sociales de la empresa y las políticas públicas desde la perspectiva de la Responsabilidad Social de las Empresas. En este sentido se sostiene que es posible establecer una coherencia y concordancia entre éstas con vistas al desarrollo autónomo nacional.

2. Se estableció la relación entre las políticas públicas del Estado y las políticas sociales de la Empresa mediante la teoría de la regulación social, los principios fundamentales de responsabilidad y la concepción histórica del Estado.

3. A partir del análisis aquí expuesto, se concluye que la relación entre las políticas públicas y la política social de la empresa se funda en la Constitución Política, más que en un supuesto contrato social cuya renovación permite la legitimación de la empresa. Es por el cumplimiento de la Carta Magna que existe la necesidad de establecer un diálogo constructivo entre las partes, para impulsar un proyecto social compartido.

4. La construcción de las políticas públicas y las sociales de la empresa es un proceso interactivo y complejo de instancias formales e informales. En éste intervienen los representantes de la empresa y el gobierno en el contexto institucional: Poderes de la Unión, Secretarías de Estado, Cámaras de la industria y el comercio y los grupos de interés (accionistas) de la propia empresa. En el caso de México además, se suman los poderes facticos.

5. Como resultado de este estudio se sostiene que en la construcción de las políticas públicas y políticas sociales de la empresa, el táctico es la tasa de ganancia; en especial en las actividades económicas más atractivas para el capital nacional y foráneo. Así, la ganancia y el modelo de acumulación dominante son el punto de acuerdo entre empresa y estado. Dicha concordancia puede omitir el desarrollo nacional independiente y el bienestar de las mayorías. El caso de México es elocuente en este sentido.

6. La intención central de este análisis y sus resultados, es ofrecer al administrador tanto público como privado y a todo interesado, elementos de reflexión para justificar y diseñar las políticas públicas y las políticas sociales de la empresa. Esto con vistas al desarrollo nacional autónomo e independiente que salvaguarde el bienestar de la población. Por tal razón, se evitó conscientemente hacer intervenir las aportaciones teóricas del *Performance de la RSE* que profundizan en conceptos como: política de responsabilidad social de la empresa, reactividad, proceso e interacción para la formulación de la estrategia social de la empresa.

7. Se omitió el análisis de la detención del daño al medio ambiente, aun cuando es un asunto prioritario en México y que sin duda debe formar parte de la construcción de la responsabilidad social de la empresa tal y como la proponemos más arriba. Por tal razón, trabajos posteriores deben explorar el proceso de la construcción de políticas públicas y políticas sociales privadas en interacción.

8. Una investigación de mayor alcance debe valorar las posibilidades reales y concretas de la adopción de la RSE en las organizaciones mexicanas, sobre todo, las condiciones subjetivas. Son los líderes de las organizaciones quienes deben en un primer momento promover la vía de la responsabilidad social. ¿Cómo lo harán; bajo la presión social o elevando su nivel de conciencia moral?

**Bibliografía.**

ACKERMAN, Robert, “How companies respond to social demands”, *Harvard Business Review*, 1973, vol. 51, núm. 4, pp. 88-98.

AUPPERLE, Kenneth, CARROLL, Archie y HATFIELD, John, “An empirical examination of the relationship between corporate social responability and profitability”, *Academy of Management Journal*, 1985, vol. 28, núm. 2, pp. 446-463

BARET, Pierre, *Comprendre l’appropriation de la RSE: quel(s) éclairage(s) théorique(s)?*, XVI Conferencia Internacional de Administración Estratégica, Montreal, 6-9 de junio, 2007.

BULL, Benedicte, “Responsabilidad Social de las empresas: Una solución para el desarrollo en América Latina”*,* *Revista Venezolana de Gerencia*, Universidad del Zulia, Venezuela, 2004, año/vol 9, núm. 028, diciembre-febrero, pp. 1-24

CARROLL, Archie y BUCHHOLTZ, Ann K., *Business & Society: Ethics and Stakeholder Management*,  Estados Unidos, Cengage Learning: Edición South-Western, 2009.

CARROLL, Archie,”A three-dimensional conceptual model of corporate performance”, *Academy of Management,* *The Academy of Management Review*, Estados Unidos, 1979, vol. 4, núm. 4, pp. 497-506.

CASTELLS, Manuel, *La société en réseaux*, Paris, Editorial Fayard, 2001.

CLARKSON, Max, “A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance”, *Academy of Management. The Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, núm. 1, pp. 92-117.

Commission des Communautés Européennes (C.C.E.), *Livre Ver*t. *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Brucelas,2001.

CONEVAL, *“*Medición de la pobreza”*, Pobreza en México, 2014*, en:http://www.coneval.gob.mx/medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, CARBONEL Y SÁCHEZ, Miguel y SILVA RAMOS, Alberto, *Ensayos sobre el presidencialismo en México*, México, Editorial Alduz, 1991.

CUEVAS MORENO, Ricardo, “La ética de los negocios y la economía de la informatización*”*, *Revista de Contaduría y Administración*, México, Nueva época arbitrada, UNAM-FCA, 2006, mayo-agosto, núm, 219, pp. 59-83.

\_\_\_\_\_\_\_\_, “Las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas: Una guía de lectura para su estudio”, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Vol. XIX (1), Junio 2011, 7-26. En http://www.scielo.org.co/pdf/rfce/v19n1/v19n1a02.pdf

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Ética y responsabilidad social de las empresas: La nueva cultura de la época de la globalización. Un enfoque dialéctico*, Estados Unidos, Editorial Académica Española, 2012.

DION, Michel y WOLFF, Dominique (coords.), *El desarrollo sustentable. Teorías y aplicaciones al desarrollo sustentable,* Francia, Editorial Dunond, 2008.

DONALDSON, Thomas. y DUNFEE, Thomas, “Toward a Unified Conception of Business Ethics: Integrative Social Contracts Theory”*,* *Academy of Management Review,* 1994,vol. 19, núm. 2, pp. 52-284.

DUPUIS, Jean-Pierre y LE BAS, Christian, *La responsabilidad social de las empresas como institución: La contribución de los enfoques institucionalistas,* Cuaderno del GEMO- ESDES, 2005, núm. 2005-04, p. 17.

EPSTEIN, Edwin, “The Corporate Social Policy Process: Beyond Business Ethics, Corporate Social Responsibility, and Corporate Social Responsiveness”, *California Management Review*, 1987, vol. 29, núm. 3, pp. 99-114.

FLORIS, Bernard, *La communication managériale*. *La modernisation symbolique des entreprises*, Francia, Grenoble, PUF, 1996.

FREDERICK, William, “Toward CSR3; Why Ethical Analysis is indispensible and Unavoidable in Corporate Affairs”, *California Management Review,* 1986*,* XXVIII, pp. 126-141.

FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, núm. 37.

H. Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. TEXTO VIGENTE Última reforma publicada en el DOF 24-08-2009, Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis, en: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf.

*\_\_\_\_\_\_\_\_Ley General de Desarrollo Social (LGDS*), 2004, Texto vigente, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación, en: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/264.pdf.

HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Empire*, Paris, Editorial Exils, 2000, traducido del alemán para Canal D-A, Francia.

ISO/DIS 26000, *Guidance on Social Responsibility*, Ginebra, International Organization for Standardization, Tipo de documento : Norma Internacional, 2009-10-08.

JONES, Thomas, “Corporate social responsibility revisited, redefined”*,* *California Management Review*, 1980, vol. 22, núm 3, pp. 59-67.

KOCMANOVÁ, Alena y ŠIMBEROVÁ, Iveta, “The Relationship between Corporate Environmental, Social and Governance Performance, and Economic Performance: Empirical Study on Czech Manufacturing Industry”, *International Journal of Economics & Statistics,* 2014b, vol. 2, pp. 170-178.

\_\_\_\_\_\_\_\_,”Determination of environmental, social and corporate governance indicators: framework in the measurement of sustainable performance”, *Journal of Business Economics and Management*, 2014a, vol. 15, núm. 5, pp. 1017-1033.

LAPOINTE, Alain, CHAMPION, Emmanuelle y GENDRON, Corinne*,* “Les limites de l’autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire”*, Les cahiers de la Chaire de responsabilité sociale et de développement durable*, 2003, núm. 18, p.14.

LENIN, Ilych, *El Estado y la Revolución,* México, Progreso*,* 1977.

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Acerca del Estado,* México, Progreso*,* 1978.

MARX, Karl y ENGELS, Fredrich, *Le Manifeste Communiste*, Paris, Editorial NRF Gallimard, 1848/1965.

MARX, Karl, 1845/1982, *Tesis sobre Feuerbach*, Paris, Editorial NRF Gallimard.

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Le Capital*, Paris, Editorial Gallimard, 1867/1965, Tomo I.

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Manuscrits parisiens*, Paris, Editorial Gallimard, 1844/1968.

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Contribution à la critique de l’économie politique*, Paris, Editorial NRF Gallimard 1965/1859.

MONTESQUIEU, Charles-Louis, *De l’esprit des lois*, Paris, Editorial Gallimard, 1748/1995.

MORENO, Juan, GARAVITO, Rosa y YACAMÁN, Jesús, *Fobaproa: El costo de rescate bancario,* México, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados Congreso de la Unión, XL Legislatura, 2009, vol. I, en: http://diputadosprd.org.mx/libros/lx/fobaproa\_2009\_vol1.pdf.

NORTH, Douglass, *Five propositions about institutional change*, Working Paper, Washington University St Louis, 1993, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm.

\_\_\_\_\_\_\_\_, *Institutional change: A framework of analysis,* Working Paper, Washington University St Louis, 1994, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm.

\_\_\_\_\_\_\_\_, Douglass, *Institutions, organizations and market competition,* Working Paper, Washington University St Louis, 1996, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm

\_\_\_\_\_\_\_\_, *The rol of institutions in economic development,* United Nations Economic Commission for Europe, Discussion paper series. Ginebra, Suiza, octubre del 2003, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm

OCDE, México, *Políticas prioritarias para fomentar las habilidades y conocimientos de los mexicanos para la productividad y la innovación*, 2015, en: http://www.oecd.org/mexico/mexico-politicas-prioritarias-para-fomentar-las-habilidades-y-conocimientos-de-los-Mexicanos.pdf.

PERSAIS, Eric, “La gestion de la RSE dans un contexte international : vers une Globalisation des Pratiques? Une étude de cas d’entreprises françaises implantées au Mexique”, *Management International*, Canadá, 2010, vol. 14, núm. 2.

\_\_\_\_\_\_\_\_, “La RSE en práctica o como hacer operacional una regla implícita”*, XV Conferencia Internacional de Administración Estratégica,*  Annecy / Ginebra, 13-16 de junio del 2006, en : http://www.strategie-aims.com/events/conferences/8-xveme-conference-de-l-aims/communications/2268-la-rse-en-pratique-ou-comment-rendre-operationnelle-une-regle-implicite/download

PRESTON, Lee y POST, James, “Private Management and Public Policy*”, California Management Review*, 1981, vol. 23, núm. 3, pp. 56-62.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_, *Private Management and Public Policy: The Principle of Public Responsibility*, Estados Unidos, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1975.

RAMBOARISATA, Lovasoa, *Analyse institutionnelle de la stratégie de responsabilité sociale d’entreprise (RSE) des institutions financières coopératives*, UQAM, ESG, Montreal, Canadá, 2009,Tesis de Doctorado en Administración, septiembre del 2009.

SACRISTÁN ROY, Emilio, “Las privatizaciones en México*”*, *Revista de Economía,* México,UNAM,2006,vol. 3, núm. 9, pp. 59-64.

SCHERER, Andreas y PALAZZO, Guido, “Toward a Political Conception of Corporate Responsibility”, *Academy of Management Review*, 2007, vol. 32, núm. 4, pp. 1096-1120.

SETHI, Prakash, “Dimensions of corporate social performance: An analytic framework*”*, *California Management Review*, 1975, vol. 17, pp. 58-64.

Transparency International, *Índice de Percepción de la Corrupción,* 2014, en: http://www.transparency.org/news/pressrelease/indice\_de\_percepcion\_de\_la\_corrupcion\_2014\_el\_crecimiento\_transparente\_en\_r.

TROELSEN, Andrew y WEBER, Karl, “The Triple Bottom Line: How Today's Best-Run Companies Are Achieving Economic, Social, and Environmental Success: and How You Can Too*”, Revised and Updated*, Estados Unidos, Jossey-Bass, John Wiley & Sons, Inc., 2014.

VALENZUELA, Leslie, JARA-BERTIN, Mauricio y VILLEGAS, Francisco, “Prácticas de Responsabilidad Social, Reputación Corporativa y Desempeño Financiero”, *Revista de Administração de Empresas|* FGV-EAESP, 2015, vol. 55, núm. 3, mayo-junio, pp. 329-344

WARTICK, Steven y COCHRAN, Philip, “The evolution of the corporate social performance model*”*, *Academy of Management, The Academy of Management Review*, 1985, vol. 10, núm. 4, pp. 758-769.

WEBER, Max, *Le savant et le politique*, Paris, Editorial Plon, 1919/2001.

Recepción: 15 de enero de 2016.

Aceptación: 17 de febrero de 2016.

**ZONAS GRISES DEL PERITAJE ANTROPOLÓGICO EN MATERIA DE DERECHO ORDINARIO E INDÍGENA EN LOS PAISES ANDINOS**

**ANTHROPOLOGICAL EXPERTISE GRAY ZONES OVER ORDINARY AND INDIGENOUS RIGHTS IN THE ANDEAN COUNTRIES**

Carolina GELDRES GONZÁLEZ [[128]](#footnote-128)•

**RESUMEN:** El presente artículo es una reflexión en torno al rol que cumple el peritaje antropológico dentro de los sistemas de justicia ordinaria en materia indígena, en los países andinos. Esta discusión surge del análisis histórico y crítico de las condiciones contextuales de origen, desarrollo y aplicación del peritaje, su valoración como prueba judicial y la existencia y emergencia de nuevas problemáticas, desafíos e incertidumbres para el quehacer antropológico.

**Palabras claves:** Zona gris, Peritaje antropológico, Derecho indígena, Reconocimiento a la diversidad, Sistema jurídico.

**ABSTRACT:** The present paper is an analysis the role that fulfills the anthropological expert report within the ordinary justice systems on indigenous issues, in the Andean countries. The discussion arises from historical and critical analysis of the contextual conditions either of origin, development and application of the expert report, their assessment as evidence in court, as well as the existence and emergence of new problems, challenges and uncertainties faced by anthropology experts.

**Keywords:** Gray area, Anthropological expertise, Native Law, Recognition of diversity, Legal system.

**1. Introducción.**

El peritaje antropológico ha sido comprendido como una herramienta reveladora de elementos culturales correspondientes a una sociedad. Desde la interpretación antropológica de dichos elementos, es posible evidenciar las motivaciones que conducen a ciertos comportamientos específicos de una cultura[[129]](#footnote-129), los cuales pueden ser tipificados como delito en los códigos del sistema jurídico oficial[[130]](#footnote-130). Dicha interpretación se enmarca dentro del proceso judicial donde, mediante el peritaje antropológico, se presenta la posibilidad de afirmar ante un juez el significado que adquiere un hecho y su contenido cultural.[[131]](#footnote-131) En consecuencia, “los peritos brindan argumentos para la formación del convencimiento del juez acerca de hechos que éste ignora en tanto forman parte de universos socioculturales ajenos o distintos al propio”.[[132]](#footnote-132)

La necesidad de comprender el sentido que tiene un comportamiento en el marco de la convivencia social y lograr que ese entendimiento sea trasmitido e incorporado en una lógica cultural distinta, condicionan una arena movediza desde la cual emergen lo que he denominado como “zonas grises del peritaje antropológico”. Zonas grises que originan escenarios de confusiones, incertidumbres, pero también de oportunidades y desafíos.

El análisis en torno al concepto de “zonas grises” que se pretende realizar a lo largo de este trabajo nace del autor Primo Levi, quien a partir de su libro “Los Hundidos y los Salvados” de 1989, relata de forma reflexiva su experiencia como sobreviviente del holocausto en el campo de concentración de Auschwitz. Primo Levi revela el concepto de zonas grises para referirse a aquellas situaciones de fragilidad y semi-conciencia por las cuales tuvieron que pasar aquellos que fueron víctimas del holocausto judío. La zona gris formó parte de la lucha por la sobrevivencia, donde la única estrategia significó la adaptación total a la vida en el Lager[[133]](#footnote-133) como espacio concentrador vital y cultural, teniendo como única medida: la muerte. Levi concluye en la imposibilidad de hablar de víctimas o verdugos. El autor sostiene la existencia de “una larga cadena que une al verdugo y a la víctima”, larga y frágil cadena desde donde la brecha de separación se torna ligera entre un estado y otro. El contexto no podía reducirse a tal dicotomía. Levi advierte esa ausencia de claridad como “los cortes indefinidos.”[[134]](#footnote-134)

“El mundo dentro del Lager era indescifrable, no se ajustaba a ningún modelo, el enemigo estaba alrededor pero adentro también, el nosotros perdía sus límites, los contendientes no eran dos, no se distinguía una frontera sino muchas y confusas, tal vez innumerables, una entre cada uno y el otro.”[[135]](#footnote-135)

El sentido que adquiere la zona gris para este artículo, se transmite a raíz de la interpretación de tres tonalidades que simbolizan estados de desarrollo del peritaje antropológico. La zona gris corresponde a un estado de semi-conciencia en el cual nos desenvolvemos y sobre el cual trascienden estados de incertidumbre entre claros y oscuros. La zona gris es sinónimo de crisis y de espacios de esperanza para el desarrollo del trabajo pericial. Las zonas oscuras son sinónimo de aquellas barreras que subyacen y envuelven el ejercicio del peritaje, respondiendo a bases estructurales e ideológicas ya solidificadas. En cuanto a las zonas de claridad, estas representan oportunidades hacia la superación de esos estados lúgubres en base a la penetración y desestructuración de antiguos paradigmas.

El presente artículo es resultado del trabajo comparativo, desde donde resalta su función heurística en el sentido que permite obtener una visión profunda del objeto de análisis, estimulando la generación de preguntas que capten de manera reflexiva lo esencial de algunos casos particulares.[[136]](#footnote-136) Las unidades de análisis corresponden a lo que he denominado como zona andina.[[137]](#footnote-137) Tomando en cuenta el objeto de estudio y las unidades de análisis a explorar, es que se desarrolló la indagación a partir de la revisión bibliográfica. La captación de los datos se fundamentó en varios factores: a) especificidad teórica y disciplinar;

b) objeto, contexto y unidades de análisis; y c) el tiempo - espacio. El primero de los factores corresponde al estudio del peritaje antropológico; en segundo lugar, al rol del perito dentro de los aparatos de justicia de la zona andina, incluyendo la posterior identificación de sus zonas grises y por último, aquellas transformaciones ocurridas post cambios constitucionales.

Dado que este trabajo es principalmente bibliográfico, no se puede omitir la reflexión respecto a los límites de trabajar sólo desde la base literaria. Primero que todo, es importante reflexionar que no siempre es posible contar con todo el material necesario. Ya sea porque no se encuentra digitalizado o porque simplemente hay países que han materializado más sus prácticas en cuanto al peritaje antropológico. Esto conlleva entre otras cosas, a que los textos analizados de alguna forma persuadan al lector, al considerar sus experiencias como generalizadoras y modelos aplicables para todos. Por último, los textos terminan por volverse doblemente persuasivos cuando no se tiene la contrastación empírica de los casos. Bueno, esto es parte de lo que sucedió a la autora de este trabajo, pero se aprendió a incorporarlo como un aprendizaje y un momento de crisis que permite crear nuevas estrategias.

Cuando un hombre se aventura en un campo que no le es familiar, o donde no puede contrastar continuamente sus resultados con la experiencia (…) se desorienta rápidamente, y malgasta sus esfuerzos en direcciones que no lo acercan a su objetivo, o que incluso lo alejan por completo. Es como un barco en mar abierto sin nadie a bordo que conozca reglas de navegación.[[138]](#footnote-138)

No obstante, la utilización del método comparativo, significó un faro estratégico dentro del mar de confusiones.

En cuanto a la estructuración del artículo, este se divide en dos capítulos: 1) Condiciones de origen y aplicación del peritaje antropológico y 2) Las zonas grises del peritaje antropológico: fronteras y desafíos para el ejercicio pericial. En el primer capítulo se presentarán algunos de los precedentes políticos administrativos sobre los cuales se comenzó a sedimentar las condiciones para el desarrollo del peritaje antropológico, principalmente, centrado en el reconocimiento de los pueblos indígenas y, en algunos casos, la instauración de Estados Plurinacionales. Luego se dará paso a los contextos de ejercicio del peritaje y cómo a través de esos espacios de aplicación se ha ido construyendo el rol del perito dentro de los países andinos. En el segundo capítulo, se reflexionará en torno al reconocimiento de tres estados de desarrollo del peritaje antropológico dentro del escenario jurídico. El primero, desdobla un pequeño análisis en cuanto a la proyección de los peritajes antropológicos dentro de los aparatos de justicia. En segundo lugar, se pondrá mayor atención en uno de los desafíos del peritaje consistente en distinguir los comportamientos subjetivos e intersubjetivos; para terminar, se realizará un análisis crítico con relación a las pericias como medios de prueba.

**2.** **Condiciones de origen y aplicación del peritaje antropológico.**

El presente capítulo tiene entre sus objetivos instalar algunos antecedentes sobre las reformulaciones constitucionales, principalmente en materia del reconocimiento del derecho indígena. En segundo lugar, se hará un recorrido sobre los espacios de aplicación del peritaje antropológico en los países andinos y cómo a través de sus experiencias, se construye el rol del perito antropólogo dentro del sistema de justicia ordinario. La conexión entre el reconocimiento del derecho indígena y los contextos de aplicación del peritaje antropológico es plenamente causal. Como se verá en el transcurso del capítulo, los procesos judiciales, construidos sobre la base de la coordinación entre justicias (indígena – occidental), sedimentaron las bases para integrar al antropólogo en un rol fundamental dentro de los sistemas de justicia ordinarios.

**2.1 El reconocimiento del derecho indígena dentro de los países andinos**

Con la llegada del siglo XX y el estímulo de la comunidad internacional, se inició una cadena de programas que incorporaban la renovación de los sistemas e instituciones de justicia. Estas transformaciones, incentivaron a generar cambios en las estructuras de justicia y la integración de nuevos códigos civiles y penales. Esta serie de reformas constitucionales buscaban, entre otros propósitos, la aplicación imparcial del derecho[[139]](#footnote-139).

“Permitiendo el acceso igualitario, el reclutamiento y promoción en base a méritos, la organización y gestión administrativa del despacho, la asignación de recursos y autarquía presupuestaria, la introducción de mecanismo alternativos de resolución de conflictos y la implementación del pluralismo jurídico para minorías culturales.”[[140]](#footnote-140)

**2.1.1 Las reformas constitucionales y la incorporación del principio de plurinacionalidad. El caso de Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia**

Las transformaciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia, nos permiten hablar de una refundación del paradigma vinculante entre derecho y Estado. El reconocimiento realizado por estos países hacia los pueblos indígenas, incorpora el carácter pluricultural y multiétnico a la configuración estatal. Tales configuraciones se han efectuado mediante la compatibilización y/o coordinación entre la justicia ordinaria y la indígena.[[141]](#footnote-141)

La constitución política boliviana, significó un largo proceso, donde se habilitó la figura de la asamblea constituyente. Desde ella se asume la plurinacionalidad y el hecho de que las naciones y pueblos indígenas originarios tienen sistemas jurídicos propios y, lo más importante, que éstos deben proceder sobre la base de una igualdad jerárquica frente a la justicia ordinaria. En lo material, la jurisdicción indígena opera sobre diversos hechos, cualquiera de sus miembros, dentro y fuera de su ámbito territorial, o respecto a personas ajenas que cometieran actos contra sus miembros, su territorio o bienes.[[142]](#footnote-142) Uno de los rasgos más definitorios que contiene el actual sistema, es la incapacidad que posee la justicia ordinaria para resolver problemáticas en materia indígena. En caso de existir conflicto o violación hacia los Derechos Humanos, será de mutuo acuerdo y representación de ambas jurisdicciones, el crear los dictámenes pertinentes a cada caso.

Por último, uno de los instrumentos que merece ser mencionado, es la ratificación del Convenio 169[[143]](#footnote-143) de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. Su pertinencia apunta sobre la consideración que posee dicho instrumento al hablar de pueblos, diferenciándose de algunas Constituciones que se limitan al concepto de comunidades para referirse a la población indígena (Perú y Bolivia)[[144]](#footnote-144). Dicho proceso de ratificación se establece dentro del país boliviano, en el año 1991. Sobre este último punto es significativo señalar que tanto el Convenio 169 de la O.I.T como la Constitución Nacional de Bolivia, decretan límites en el funcionamiento de la jurisdicción indígena, siempre que vulneren los derechos fundamentales y/o derechos humanos reconocidos internacionalmente[[145]](#footnote-145).

En cuanto a Ecuador, autodefinido como pluricultural y multiétnico desde la Constitución de 1998, reconoce el valor jurídico a las normas y los procedimientos propios de los pueblos indígenas. Luego de un año de discusiones, en el año 2002 el proyecto fue presentado al Congreso Nacional y enviado a la Comisión de lo Civil en lo Penal. No obstante, algunas irregularidades en el proceso de consulta pre legislativa hacia los pueblos indígenas, terminó por retrasar seis años el proyecto. Recién el año 2008, con un nuevo proceso de reformulación constitucional, los cambios en materia de coordinación entre ambos sistemas de justicia fueron respaldados por la idea de un diálogo intercultural. El proyecto de compatibilización fue dejado atrás, y los mecanismos se enfocaron en la coordinación y cooperación entre el sistema de justicia ordinario y el indígena[[146]](#footnote-146). Algunas de las medidas se materializaron considerando: el derecho a mantener un sistema jurídico propio (art. 57.10), a ser consultados previo a la toma de decisiones que puedan afectar en su desarrollo (art. 57.17), derecho a la limitación de actividades militares en sus territorios (art. 57.20), entre otros aspectos.[[147]](#footnote-147)

En el caso de Ecuador, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado el año 1998. Sobre la exposición de sus límites, el documento actúa de la misma forma que para el caso Boliviano. En cuanto a la disposición de la Constitución hacia el derecho indígena, el reconocimiento ha sido limitado tomando sólo en consideración los conflictos internos, según el artículo 191. A su vez, el derecho indígena, así como sus procedimientos, no deben ser contrarios a la constitución ni a las leyes del país.[[148]](#footnote-148)

Por otra parte, está el caso Colombiano. Constitución que demoró más de 105 años en gestarse. Recién en el año 1991, el cambio constitucional había llegado. Para la actual constitución, los pueblos y comunidades indígenas han sido definidos como sujetos de derechos fundamentales, los cuales han apuntado a asegurar sus territorios, fortalecer y desarrollar su autodeterminación y proveer su justa participación a nivel estatal e institucional.[[149]](#footnote-149) En cuanto a la participación de sus autoridades internas, los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio en conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes (artículo 246 y 116). El Estado ha reconocido el carácter multiétnico y pluricultural de Colombia, admite los derechos colectivos de los pueblos, su autonomía y autogobierno (art. 1 y 2, 7, 8, 10, 63, 70, 329,330).

La ratificación del Convenio 169 de la OIT quedó estipulada en conjunto con el cambio constitucional, pero como en los otros casos, no exenta de limitaciones. En el contexto del Primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena y Autonomía Territorial, celebrado en Colombia en el año 1997, Abadio Green Storel, Presidente de la Organización Nacional de Indígenas de Colombia, señala:

Se intenta sujetar los regímenes jurídicos indígenas a un pensamiento occidental, tratando de aplicar criterios como la universalidad de los derechos humanos del individuo, mientras nosotros hablamos de la Ley de la Madre Tierra y los derechos colectivos (…) no sólo se intenta aplicar principios propios de un pensamiento centrado en el derecho individual, sino que se presume que los principios del derecho son los mismos en todos los pueblos y todas las culturas.[[150]](#footnote-150)

Respecto a esto último, cabe señalar que sólo en Colombia existen 88 pueblos indígenas registrados, que equivalen al 3.4% de la población nacional.[[151]](#footnote-151)

Por último, Perú, a partir de la Constitución de 1920 en adelante, se ha visto dispuesto a reformar una nueva institucionalidad que integre los derechos de las comunidades indígenas.[[152]](#footnote-152) Al igual que los países vecinos arriba mencionados, en su artículo 58, Perú consagra la idea de un Estado cultural y étnicamente diferente. La Constitución de 1933, vino a ampliar las responsabilidades del Estado en materia de tierras, autonomía y reconocimiento de derechos diferenciados. Con la Constitución de 1933, las facultades de gobernabilidad interna de las comunidades, queda ratificada mediante la aceptación de una personería jurídica dentro de los concejos municipales.

Por otra parte, y en concordancia con los derechos propios, el principio de autonomía y autogobernabilidad, se hizo tangible mediante el artículo 89 el cual registra su autonomía legal como comunidades nativas y campesinas, con facultades para administrar su economía y organización interna. No obstante, al igual que los países vecinos, todo dentro de la ley estatal y los limites expuestos por el Convenio 169 de la OIT; que para el caso de Perú, éste se declara en febrero de 1994.

**2.1.2 La Constitución de Argentina y Chile**

Con respecto a la Constitución de Argentina (1994), es importante señalar que en materia de reconocimiento de pueblos indígenas, ésta se reestructuró conforme se fueron ratificando una serie de tratados internacionales que comprometían esta materia. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adquiría jerarquía constitucional dentro del país[[153]](#footnote-153). Dentro de la propia Constitución de Argentina, es el artículo 75 inciso 17 correspondiente a las responsabilidades del Congreso, el único que establece un diálogo en cuanto a la distinción de los pueblos indígenas. En este sentido, se acepta su preexistencia étnica y cultural; se pretende garantizar el respeto a su identidad; se otorga valor a su personería jurídica a nivel comunitario; la regulación de la posesión de tierras ocupadas, entre otros aspectos.

Si bien se han dado a conocer los esfuerzos por parte del Estado Argentino, los postulados se encuentran en total sintonía con los estándares internacionales.[[154]](#footnote-154) El mismo autor señala que hay quienes afirman que la actual norma confiere al órgano legislativo el poder para validar lo que ya está dicho, sin consagrarlo específicamente junto a los derechos constitucionales. Por otra parte, la actual Constitución se transforma en un objeto de interpretación al dejar una ventana abierta, por ejemplo, a la posibilidad de preguntarnos si es posible dar más validez al Convenio 169 de la OIT como instrumento en vigencia a partir del año 2000, considerando su estatus jerárquico frente a la actual Constitución.

Por otra parte, en la actual Constitución chilena (1980), no existe alusión directa con respecto a los pueblos indígenas y, por tanto, tampoco un diseño que permita integrar el ejercicio de su derecho.[[155]](#footnote-155) La incorporación de su reconocimiento se ha dictaminado principalmente mediante la ley 19.253. Este decreto interno conocido como Ley Indígena, establece normas de protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas de Chile. En materia de reconocimiento a la costumbre y derechos propios, la costumbre actúa como fuente de derecho en materia civil y como antecedente de atenuación o eximente en materia penal (artículo 54).

Con relación a la incorporación del Convenio 169 de la OIT, Chile lo ratifica en septiembre de 2008. A partir de su puesta en marcha, ni el Congreso ni ningún otro órgano posee la facultad para validar su inaplicabilidad. Es así como el artículo 5 de la Constitución, expresa que todo tratado ratificado por Chile y que se encuentre vigente dentro del ordenamiento internacional, obliga a cada uno de los órganos del Estado a hacer uso de él. Pero al igual que en los otros contexto constitucionales, el Convenio tendrá total incidencia, siempre que no cruce los límites del derecho constitucional. En este caso, con la Constitución política de la República. Lo paradójico, es cómo la Constitución chilena reconoce la protección de derechos que no están estipulados explícitamente en ella, a través de instrumentos como el Convenio 169.[[156]](#footnote-156)

Las transformaciones constitucionales llevadas a cabo dentro de los países andinos, han situado la discusión en el diálogo entre el sistema de justicia ordinario y los sistemas de justicia indígenas. La experiencia en la zona andina, ha significado la construcción de un diálogo por medio de la coordinación y la cooperación que han ejercido tanto las reformas estatales, como los acuerdos internacionales ratificados por cada país. No obstante, los cambios han tomado diversas direcciones en cuanto al reconocimiento y posteriores modificaciones en materia de justicia. Los ejemplos de Ecuador, Bolivia, Perú y Colombia, han demostrado que el reconocimiento ha modificado los caracteres identitarios del Estado, al incorporar la diversidad cultural dentro de sus proyectos constitucionales. En el caso de Chile y Argentina, las reformas constitucionales se han manifestado principalmente en cuanto a la visualización de los pueblos indígenas, pero no frente a la posibilidad de autonomía de sus sistemas de justicia.

Por otra parte, la ratificación de Convenios como el 169 de la OIT, han sido anexados de diversas formas en la región. Dentro de los países auto reconocidos como plurinacionales, su integración ha sido favorable en el sentido que ha venido a reforzar y complementar los contenidos constitucionales en materia indígena. En el caso de Chile y Argentina, sus implicancias se han manifestado más en responder mediante la incorporación de leyes, como es el caso de la ley indígena chilena. Y en el caso de Argentina, el Convenio 169 vino a declarar lo que ya estaba estipulado en la Constitución. Pese a que las ratificaciones se han hecho efectivas, es importante considerar que para cada uno de los países, la aplicación de la Constitución posee mayor peso que cualquier tipo de convenio o declaración que contraponga los contenidos de las Constituciones Estatales. Por tanto, la efectividad de tales instrumentos acatados internacionalmente, son válidos siempre y cuando exista sintonía con los planteamientos del Estado. Con respecto a esto último, la discusión va más allá del reconocimiento declarado que los países puedan hacer de los pueblos o comunidades indígenas. Lo importante es que los instrumentos ratificados sean sinónimo de la integración de los contenidos dentro de la Constitución. Por consiguiente, la coordinación y cooperación a nivel judicial sería fructífera en el caso de que haya total admisibilidad del derecho, cuestión que Chile aún tiene como deuda.

**2.2 El peritaje antropológico y sus contextos de aplicación**

La irrupción de políticas multiculturales y de reconocimiento, significaron un nuevo modelo cognoscitivo de la alteridad, situando al perito antropólogo en un rol clave. En este nuevo terreno en que el derecho representa un espacio policéntrico, se abren los caminos para incorporar plenamente la experticia antropológica en la administración de justicia. El proceso judicial, se transforma en un lugar de confrontación entre aquellos Estados como el chileno y el argentino, donde no han otorgado autonomía al derecho indígena dentro de sus reformas y, que por tanto, han intentado establecer un diálogo desde la subordinación más que de la coordinación entre derechos. Por otra parte, la coordinación se hace fructífera en aquellos Estados como el ecuatoriano, colombiano, boliviano y peruano, donde el diálogo trasciende las esferas instrumentales y se posiciona dentro de las reformas estatales. No obstante, en ambos contexto es posible definir el rol del perito antropólogo.

**2.2.1 El peritaje antropológico como revelador de los sistemas jurídicos indígenas**

Previo a la Constitución colombiana (1991), los autorizados y encargados para realizar las mediaciones entre pueblos indígenas y las instituciones de derecho occidental, eran los psiquiatras. En ese entonces, los indígenas eran inimputables y hasta mediados del siglo XX fueron considerados como “salvajes”. A partir del siglo XX se incursionó de forma pionera en la realización de peritajes antropológicos con el propósito de conocer si las situaciones de los indígenas procesados por la justicia ordinaria contaban con una base cultural que dispusiera la aplicación de un tratamiento judicial diferenciado.[[157]](#footnote-157) Pero no fue sino hasta años posteriores al proyecto constitucional de 1991 que el peritaje obtiene reconocimiento en materia de pueblos indígenas. La propia Corte apoyó muchas decisiones en base a la experiencia con antropólogos, abogados, sociólogos, institutos y centros universitarios conocedores de gran parte de los pueblos indígenas existentes en el país[[158]](#footnote-158). Desde las Cortes Constitucionales, se ha manifestado la necesidad de establecer estrategias para que los operadores jurídicos tengan parámetros antropológicos para resolver los casos en materia penal.[[159]](#footnote-159) . Desde esta perspectiva, se argumenta que las decisiones de la Corte, deben estar relacionadas con peritazgos donde se fundamente científicamente el origen de sociedades con sistemas particulares[[160]](#footnote-160).

Dentro de este contexto, es que el peritaje ha sido comprendido como una herramienta jurídica, desde la cual se intentan analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y, con ellos, aportar al juicio del juzgador. Desde la interpretación antropológica, es posible evidenciar las motivaciones que condujeron a ciertos comportamientos específicos de una cultura.[[161]](#footnote-161)

“El perito perceptor es un sujeto capaz de explicar lo que no es necesariamente obvio o simplemente sintomático, en otras palabras, el perito dispone de criterios específicos para adentrarse en estructuras no manifiestas para poderlas conocer e interpretar a partir de un contexto cultural.”[[162]](#footnote-162) Por otra parte, se ha reconocido el valor del peritaje antropológico por su contribución al diálogo interdisciplinario entre abogados, jueces, médicos, entre otros.[[163]](#footnote-163)

En materia judicial, los peritajes también han sido solicitados para emitir juicios en cuanto al valor patrimonial, como un bien arqueológico.[[164]](#footnote-164) Otro de los motivos de aplicación al que responden los antropólogos como peritos, es la aclaración de conceptos. Esta forma, trasciende al mundo académico desde el cual se emite la aclaración de ciertas temáticas en cuanto a procesos particulares. Entre algunos temas, se señalan la realización del servicio militar obligatorio entre sujetos indígenas.[[165]](#footnote-165) Por último, están las intervenciones ciudadanas las cuales pueden ser ejercidas de manera autónoma por los ciudadanos. Estas responden a la necesidad de presentar argumentos disciplinares que apoyen una causa concreta.

En cuanto a los factores que han propiciado la ejecución de peritajes antropológicos, se tiene la condición de inimputabilidad penal.[[166]](#footnote-166) Son tres los casos reconocidos en los cuales puede considerarse la inimputabilidad penal del sujeto: el trastorno mental, la inmadurez psicológica y la diversidad sociocultural. Respecto a la diversidad sociocultural, ésta condicionaría la acción del perito para establecer si su estado cultural es sinónimo del desconocimiento de la ilicitud del acto cometido.

A partir de lo ya señalado, es posible establecer los contextos en que operaría el peritaje antropológico. En consecuencia, en materia penal serán aquellos espacios en que se produzcan “conflictos interjurisdiccionales”[[167]](#footnote-167), es decir, situaciones de conflicto entre el sistema de justicia ordinario y el sistema de justicia indígena. Por otra parte, también se reconoce su utilidad como informante en la puesta en valor patrimonial dentro del país y la aclaración de conceptos (situaciones) claves en los procesos internos de cada grupo cultural. Por último, se destaca el uso del peritaje antropológico en las intervenciones ciudadanas, por la facultad que otorga a los expertos de responder de forma autónoma.

En el caso peruano, a fines del siglo XX se comienza a hablar con mayor frecuencia de los peritajes antropológicos. Estos se vincularon principalmente al Distrito Judicial de Loreto, desde donde se señalaba por aquellos promotores de su práctica, que estos debían aplicarse a los indígenas amazónicos procesados.[[168]](#footnote-168)

El peritaje dentro del contexto peruano ha sido definido como un medio probatorio empleado para sustentar la aplicación de una legislación especial. Es practicada para determinar la pertinencia cultural de una persona y evaluar cómo su condición cultural intervino o no una actitud considerada como lícita o ilícita.[[169]](#footnote-169) La pericia ha sido emitida dentro del contexto penal para invocar el principio de comprensión culturalmente condicionado[[170]](#footnote-170) y obtener de ello, la exención o reducción de la pena. La aplicación del peritaje antropológico ha sido practicada principalmente a la población indígena, pero también se incluye a todo aquel que “reivindique” su diferencia cultural.[[171]](#footnote-171) Algunos teóricos también han concordado en que el peritaje puede ser comprendido como una herramienta para concretar el principio de interculturalidad.[[172]](#footnote-172) En este sentido, el peritaje serviría para propiciar el acercamiento, el diálogo y la interacción entre diversas experiencias culturales, no para mezclarse o confundirse, sino para el enriquecimiento y la complementación.[[173]](#footnote-173)

Al igual que en el país cafetero, la inimputabilidad del sujeto indígena posee un rol fundamental en la defensa de los acusados. En este caso, se adhiere a los casos culturalmente condicionados, desde donde se señala en el artículo 15 de la Constitución peruana, respecto del desconocimiento de la actitud punible o incluso si el sujeto está consciente de ello, es posible evaluar su situación. En consecuencia, no es el contexto lo que termina por influir sobre la conducta, sino cómo el sujeto es capaz de interiorizar o no la situación desde la norma estatal.[[174]](#footnote-174) En caso que se pruebe el condicionamiento, este puede llevar a eximir de culpa al imputado o a atenuar la pena del mismo. Esto sitúa al peritaje dentro de un contexto penal, que desde la defensa, instaura a la cultura o costumbre como factor determinante de la conducta tipificada.

Para Luis Francia[[175]](#footnote-175), el peritaje antropológico adquiere dos distinciones en cuanto a su utilidad, las cuales vienen a presentar algunas consideraciones en cuanto al objeto de la pericia. Primero, se utiliza en aquellos casos en los que se desea comprender la cosmovisión indígena. Desde aquí se busca que el antropólogo explique ciertas conductas que para el sistema formal son sancionadas como ilícitas, pero que desde la cosmovisión indígena atiende a una razón lógica. En este sentido y en palabras del autor, “el objeto de este peritaje es fundamentar, analizar y comentar la costumbre de manera comparativa y traducirla a la cultura hegemónica.”[[176]](#footnote-176) Por último, están aquellos peritajes que se realizan para entender el sistema normativo indígena. Desde esta apreciación, se estudia al sujeto no como individuo, sino como integrante representativo de una colectividad con un sistema normativo propio.[[177]](#footnote-177)

En Ecuador, el proceso de cambio Constitucional (1998) sedimentó el reconocimiento del pluralismo jurídico como parte de una nación pluricultural, lo cual implicaba la interrelación entre las diversas culturas y los diversos derechos dentro del país.[[178]](#footnote-178) Dentro de este escenario, el peritaje antropológico, adquiere un sentido particular: la traducción y explicación de un hecho, bajo los esquemas de la propia cultura de donde emergen. En el marco de la defensa, las normas o valores, no pueden ser juzgadas como justas o injustas si no se posee conocimiento de la propia cultura y cuáles fueron los referentes que determinaron el hecho en cuestión.[[179]](#footnote-179)

En esta posición, el peritaje antropológico ha sido comprendido como “elementos de comunicabilidad entre la justicia indígena y la justicia estatal.”[[180]](#footnote-180) La comunicabilidad tiene como propósito establecer elementos de convicción hacia el juez con el fin de acercarlo a la verdad procesal, desde una perspectiva de entendimiento cultural, considerando el contexto sociocultural, el derecho propio y las características de autonomía de los colectivos.[[181]](#footnote-181)

Al igual que en el país peruano, en Ecuador el peritaje antropológico ha adquirido dos fines dentro de los procesos judiciales: el peritaje cultural y la pericia jurídico – antropológica.[[182]](#footnote-182) Si bien sus ámbitos de aplicación están más familiarizado en materia penal, hay quienes sostienen[[183]](#footnote-183) que su funcionamiento propaga todas las esferas siempre que se logre el fin último que es la justicia. En consecuencia, casos de violación, persecución homofóbica, o discriminación racial, engloban el campo civil y penal.[[184]](#footnote-184)

Con respecto al peritaje cultural, este actúa como una herramienta útil hacia los defensores que buscan explicar la conducta del imputado y evidenciar cómo ésta se condicionó por medio del espacio cultural al que pertenece. Por tanto, el peritaje es comprendido como un medio de prueba dentro del sistema judicial ordinario. Por otra parte, el peritaje cultural en el contexto ecuatoriano ha sido reconocido como una herramienta proteccionista del reconocimiento y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, la pericia jurídico – antropológica, sirve como prueba para que los sistemas normativos indígenas, sean considerados dentro de un procesos jurídicos. En esta dirección, se pone total énfasis al sistema de normas que posee el imputado. Desde ahí es posible conocer sus normas, instituciones, procedimientos, sistema de sanciones, lo prohibido, permitido u obligatorio y quién posee las facultades para ejercer justicia dentro de ese sistema.[[185]](#footnote-185) En consecuencia, las estrategias de defensa utilizada, se basarían en la justificación para la exclusión del delito.

Son algunas las particularidades que presenta el peritaje dentro de los lugares mencionados. Como primer punto, es importante considerar los procesos de reformulación constitucional a los cuales estuvieron sometidos tanto Colombia, Perú como también Ecuador. Dichos procesos se dimensionan como precedentes activos en la implementación del ejercicio pericial. Activos, en el sentido que fueron capaces de establecer la necesidad de contar con una herramienta que propiciara el diálogo intercultural entre dos sistemas de justicia. Desde este último enunciado, se desprenden dos cuestiones relevantes: a) el valor que posee el peritaje como herramienta que contribuye a la comunicación intercultural y b) el diferenciador del peritaje dentro de los Estados plurinacionalmente reconocidos. En correspondencia a lo primero, la consideración es compartida en relación al valor traductológico que poseen las pericias dentro del plano judicial. Además es posible considerar que dicho valor trasciende la interculturalidad, apuntando también hacia la interdisciplinariedad como posibilidad de diálogo entre el derecho, la antropológica y otras disciplinas. En cuanto a lo segundo, el rol diferenciador dentro de los contextos plurinacionalmente reconocidos, alude a que el peritaje no sólo es revelador de aquellas motivaciones, cosmovisiones, contextos socioculturales, entre otros aspectos; sino también es parte de un recurso capaz de dar a conocer y facilitar el uso del derecho indígena como sistema constitucionalmente reconocido.

**2.2.2 El peritaje antropológico como garantía de la costumbre y la atenuación de penas**

El Convenio 169 de la OIT y la reforma Constitucional de 1994, han sido consideradas como trascendentales para cambiar la forma en que se juzgaba a un indígena en Argentina. Cuestiones como las condiciones socioculturales, la capacidad de discernir lo lícito de lo ilícito, las costumbres y el derecho consuetudinario, hicieron posible siempre que fuese necesario, contar con la presencia de un perito antropólogo para explicar al juez el contexto cultural del sujeto en cuestión.[[186]](#footnote-186)

La pericia antropológica, denominada también como etnográfica o cultural, permite orientar a la justicia aportando conocimientos culturales de un grupo, con respecto a su manera de pensar o comunicar; así como describir la relación de sus miembros y la fidelidad de estos hacia normas o sistemas de vida. “El terreno de la pericia antropológica es la reflexividad, la interpretación y la traducción cultural.”[[187]](#footnote-187) “La pericia antropológica puede ser considerada un elemento de mediación entre el discurso experto y el lego, el conocimiento científico y el sentido común, una forma de desconstruir prejuicios y en estos casos, pre – juzgamientos así como ofrecer una trama conceptual que tiene un valor cognoscitivo propio y específico.”[[188]](#footnote-188) Por último. “Las pericias socioantropológicas no constituyen un instrumento de prueba para instalar una verdad indubitable respecto de un hecho criminal que se explica y describe por alguien ajeno.”[[189]](#footnote-189)

Las pericias antropológicas no son solicitudes que pueden ejercerse de manera rutinaria como lo son las psicológicas o psiquiátricas. El carácter de las pericias antropológicas no las hace imprescindibles, es más, si se requiere de su ejercicio, se debe justificar su utilización para que pueda ser eventualmente aceptada.[[190]](#footnote-190) Las solicitudes presentadas por los abogados para realizar pericias antropológicas, han estado argumentadas en aquellos caso en que piensan pueden haber existido factores culturales implicados o bien cuando no se tiene conocimiento sobre los motivos sociales y/o culturales que condicionaron una conducta.

Dentro del escenario argentino, han sido utilizadas para conocer el ámbito de la vida del imputado con el propósito de sólo dictaminar el grado de su pena, por lo que podría incidir en su nivel de atenuación. Afuera quedan temas sobre la responsabilidad penal del imputado, los cuales aún responden a juicios psiquiátricos.[[191]](#footnote-191) Su campo de aplicación se ha dado preferentemente dentro de los conflictos interétnicos. En materia civil, para delimitar, comprobar o habilitar derechos en relación a una propiedad, la disposición de recursos naturales, identificar la ocupación de un territorio, entre otros.[[192]](#footnote-192)

Para el caso chileno, desde el año 2004 el peritaje antropológico es practicado de manera formal en el contexto de la defensa penal pública.[[193]](#footnote-193) Su entrada se ve potenciada desde el momento de la reformulación de la Defensoría Penal Pública por parte del proyecto denominado “Actualización del modelo de defensa mapuche de la Defensoría Penal Pública”, investigación que fue llevada a cabo por un equipo interdisciplinario de la Universidad Central de Chile y el cual estuvo centrado en crear un modelo general de defensa penal indígena[[194]](#footnote-194). A partir de éste proyecto, se buscó la consideración de aspectos como la diversidad cultural y sus implicancias en la defensa penal, el análisis de los principios jurídicos, normas internacionales como el convenio 169 de la OIT, entre otras cuestiones.[[195]](#footnote-195) Desde las investigaciones desarrolladas, se estableció la necesidad de contar con una defensoría especializada para imputados indígenas, la cual comenzó a gestarse el año 2001 dentro de la Región de la Araucanía con el nombre de Defensoría Local Mapuche, para posteriormente implementarse a nivel nacional. Dentro de algunas de sus misiones están: la prestación de defensa especializada a los imputados en causas indígenas; la coordinación con otras instituciones con el propósito de complementar la defensa, entre otros puntos.[[196]](#footnote-196)

En cuanto al significado de las pericias antropológicas en el contexto chileno, éstas han sido consideradas como “herramientas de apoyo con la finalidad de acreditar la condición o pertinencia indígena de los imputados, y determinar el grado de influencia de la cultura o costumbre indígena sobre las conductas delictivas imputadas o el contexto de ocurrencia de las circunstancias juzgadas.”[[197]](#footnote-197) Los peritos brindan argumentos para la formación de convicción en el juez, respecto a elementos culturales que él ignora o le son ajenos.[[198]](#footnote-198) Por último, el peritaje busca conocer, comprender y analizar desde la visión indígena, los hechos tipificados como delictuales que desde la propia cultura, no son admitidas como falta.[[199]](#footnote-199)

Desde los defensores, la aplicación de los peritajes culturales está fundamentada como prueba de que hubo vinculación directa entre la costumbre y la conducta adoptada.[[200]](#footnote-200) Su uso se ha instaurado fundamental al momento de probar el error de comprensión culturalmente condicionado, el cual permite la disminución de responsabilidad o la eliminación de la culpa. Sin embargo, su reconocimiento como ciencia exacta dentro del sistema de justicia ordinario ha estado cuestionado a partir de algunos casos en los que se critica la falta de certeza como pruebas judiciales, lo cual ha ocasionado el rechazo de dichas pruebas.[[201]](#footnote-201)

Los usos del peritaje se han suscrito principalmente dentro de informes realizados por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.[[202]](#footnote-202) Algunas sistematizaciones dentro del contexto de la Región de la Araucanía indican que se han realizado 35 pericias entre el 2004 – 2011, las cuales atenderían a “causas mapuches” con los propósitos de acreditar la costumbre indígena, la posibilidad de conseguir atenuantes o eximentes de culpa y contar con conocimiento del entorno sociocultural del imputado con el propósito de comprender las circunstancias que condicionarían el hecho.[[203]](#footnote-203)

Las experiencias de Argentina y Chile sitúan al peritaje dentro un escenario de aplicación que ha fundamentado su uso con fines asociados a la atenuación de penas o eximición de culpas. Dichos fines no sólo han propiciado que el peritaje se transforme en un recurso garantistas, sino que también han invisibilizado el carácter holístico de la antropología. Dichos fines garantistas, han ocultado aquellas particularidades que otorgan complejidad a los procesos de formación identitaria de los pueblos o comunidades indígenas. Dentro de los contextos de defensa, el concepto de cultura ha sido minimizado, pues lo que se busca es sólo determinar que la cultura tuvo incidencias sobre el comportamiento “ilícito”, lo que ha ocasionado que los procesos de aculturación, sincretismo e hibridación, hayan sido dejados de lado.

Si bien en los países multiculturalmente reconocidos, los comportamientos culturalmente condicionados poseen el mismo fin que en aquellos países que aún están en deuda, la diferencia radica en que tanto en Ecuador como en los otros países, se ha determinado su posicionamiento dentro de un espacio de interlegalidad que reconoce y permite aplicar el derecho indígena como una salida a posibles conflictos judiciales.

Para terminar, es posible concordar en que el peritaje es comprendido como una herramienta, prueba judicial o recurso que se encuentra al servicio del sistema de justicia ordinario, lo que no impide, es más, facilita su capacidad de establecer un diálogo intercultural e interdisciplinario.

**3. Las zonas grises del peritaje antropológico: proyecciones y desafíos para el ejercicio pericial.**

La intención de este capítulo es poder presentar una reflexión y dos desafíos del peritaje antropológico en el escenario jurídico. El primero desarrolla un pequeño análisis en cuanto a la proyección de los peritajes antropológicos dentro de los aparatos de justicia. El segundo, es uno de los desafíos del peritaje, consistente en distinguir los comportamientos subjetivos e intersubjetivos. Finalmente, se terminará con un análisis crítico con relación a las pericias como medios de prueba.

**3.1 El peritaje antropológico en perspectiva**

Como pudo verse, el desarrollo del peritaje antropológico ha tenido ciertas particularidades, consecuencia de su lugar de origen. Dentro de aquellos escenarios donde es factible construir igualdad sin dejar de lado las diferencias, es probable preguntarse si será posible prever el ejercicio pericial. Esto aún no sería posible, tomando en cuenta que una de sus funciones principales es producir un diálogo intercultural. Es importante recordar que dicho diálogo no surge de la espontaneidad de los sistemas ordinarios por acoger a los pueblos indígenas. Y es que esta relación de asimetría paternalista es la que propicia que se cuente con intervenciones que ayuden al juez a establecer su verdad judicial. En cuanto a aquellos contextos donde el derecho indígena sólo ha sido instrumentalizado y no introducido constitucionalmente, la respuesta parece aún más obvia y el desafío aún mayor. El desafío trasciende la esfera política y judicial, y es que se requiere de un reconocimiento dentro de la esfera estatal, para que su validez sea incorporada dentro de los sistemas de justicia. Con ello no sólo se activarán aún más los derechos indígenas dentro de los sistemas de justicia ordinarios, sino también se ampliarán los casos en que los peritajes antropológicos puedan ser utilizados.

**3.2 La distinción entre los comportamientos subjetivos e intersubjetivos como necesidad metodológica**

A lo largo de este artículo, se ha convenido en que uno de los roles del peritaje antropológico es detectar si los hechos cometidos por un sujeto fueron motivados en concordancia con aspectos culturales. Situarse en este rol impone la demanda por distinguir entre motivaciones, circunstancias y/o actos compartidos, o hechos propiamente subjetivos. Es por esto que la distinción de lo subjetivo e intersubjetivo, se clasifica como una necesidad metodológica en aquellos casos en los que se pretende establecer sintonía entre aspectos culturales. Hablar de distinción, implica analizar ambos aspectos de forma separada, con el propósito de observar si existe coherencia entre los actos representativos de un grupo y los actos cometidos por un sujeto perteneciente a él.

Para comenzar, se presentará una breve definición de los aspectos subjetivos e intersubjetivos. La subjetividad, habla de procesos de construcción y representación de la realidad, desde donde confluyen elementos internos y externos. Los internos, apuntan a lo propiamente psicológico y lo externo a manifestaciones sociales que sirven como fuentes de obtención de nuevas impresiones del entorno en la que estamos insertos. En resumen, el fenómeno subjetivo, es la composición de factores interno y externo en permanente síntesis.[[204]](#footnote-204) Por otra parte, la intersubjetividad se centra en cómo los sujetos desarrollan la capacidad para conocer las creencias, intenciones y pensamientos de sus pares. Este proceso se instituye mediante la comunicación, desde donde se condiciona una transacción de experiencias y conocimientos, con el propósito de alcanzar una definición común o convergente, como elemento de referencia.[[205]](#footnote-205) De esta interrelación, los actores constituyen organizaciones, clases sociales o sistemas de derecho no – institucionalizados.[[206]](#footnote-206)

Teniendo en consideración ambas dimensiones, conviene preguntarse “si la acción o comportamiento realizado por una persona proviene de una sociedad diferente (…)”[[207]](#footnote-207) En lo penal, el análisis del razonamiento judicial invita a ser conscientes de que en cualquier sociedad a veces el individuo debe optar entre una norma y otra totalmente contradictoria.[[208]](#footnote-208) Van Velsen ya entregaba en 1967 algunos antecedentes al respecto, señalando que las normas se encuentran en conflicto y a veces son manipuladas con el objetivo de servir a intereses particulares.[[209]](#footnote-209) En este sentido, se hace necesario indagar respecto de qué tan cerca están las creencias y las normas del grupo y las prácticas que realizan los sujetos por otro.[[210]](#footnote-210)

Contextos donde las cortes del mundo han validado o invalidado la existencia de características individuales y colectivas que son inconsistentes con la realidad de las personas[[211]](#footnote-211), sitúan al interesado en una zona gris que simboliza, en lo más profundo, el reto por diferenciar los actos colectivos de los individuales. Dado que no todos los actos son argumentativamente culturales, considerar la inimputabilidad de un sujeto por su pertenencia indígena es subestimar la propia realidad de sujetos conscientes del delito. Comprender este reto, es conocer y reconocer las características socioculturales del derecho, sus orígenes y transformaciones, sus límites, sus condicionantes, su legitimidad, sus participantes, su diálogo intercultural, pero también aquellos procesos psicológicos ligados a cada individuo. Es trascendental considerar que los sistemas de justicia y las propias culturas, también sufren transformaciones conforme pasa el tiempo; por lo que es importante tener en cuenta cómo dentro de las comunidades algunas normas pueden ir cambiando. A su vez, es importante reflexionar sobre cómo los procesos de diálogo entre sistemas de justicia distintos pueden influir sobre las normas internas de los propios sistemas de justicia indígena y viceversa.

Por último, es fundamental realizar la distinción entre lo subjetivo e intersubjetivo como un recurso metodológico capaz de establecer el trabajo interdisciplinario y potencialmente explicativo de la realidad.

**3.3 El peritaje antropológico como prueba pericial**

La incorporación de los peritajes antropológicos al sistema de justicia de los países andinos significó que fueran considerados como medios de prueba y, en consecuencia, se expusiera su valor como tal. La prueba ha sido definida como el “instrumento que tienen a su disposición las partes, para determinar (por parte del juez o el defensor) en un proceso, si se pueden o no considerar verdaderos los enunciados relativos a ciertos hechos en cuestión. Se trata de ponderar si se logró una aproximación (razonablemente aceptable) a la realidad de los hechos.”[[212]](#footnote-212) Pero, ¿a qué se refiere Botero cuando habla de razonablemente aceptable? Para entender esto, es preciso primero contextualizar brevemente desde dónde brota esta razonabilidad de la que habla la autora.

En 1962, surge la idea de elaborar un proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica. Dicha idea originada por el Directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, propuso entre otros aspectos, reformular el sistema de apreciación y valoración de la prueba.[[213]](#footnote-213) A partir de esta propuesta, se introdujo de forma similar el principio de crítica racional o sana crítica, el cual establece los elementos a considerar por el juez, al momento de dar valor probatorio a una prueba[[214]](#footnote-214). Entre sus elementos tenemos: a) los principios de la lógica, b) las máximas de las experiencias y c) los conocimientos científicamente afianzados. Respecto al primero, los juristas la entienden como “la ciencia del pensamiento formalmente correcto”[[215]](#footnote-215) En este sentido, “las reglas de la lógica nos permiten conocer, de antemano, qué movimientos o jugadas argumentativas pueden ser calificadas como correctas, posibles, incorrectas e imposibles en un determinado contexto social. Así, la lógica define la forma correcta de pensar y usar el lenguaje según el contexto.” Por ejemplo: Matías no sabe andar en patineta, por tanto pagó a la fecha lo que debía en la universidad. En este ejemplo se aprecia un sinsentido, ya que no existe conexión entre los elementos al tratarse de situaciones independientes. En cambio, nadie dudaría de una sentencia que expresara lo siguiente: en la ciudad de Temuco todos son egoístas; este sujeto vive en Temuco; en consecuencia es egoísta. Por otra parte están los principios de la ciencia, aquellos “discursos que son formulados por grupos de expertos que gozan de prestigio social y que se circunscriben en ciertas áreas del conocimiento.”[[216]](#footnote-216) Pero delimitar aquello que puede ser considerado como ciencia o no, es una tarea difícil, por lo que se ha optado por determinar quiénes son científicos y qué mecanismo usan para producir su conocimiento[[217]](#footnote-217). Por ejemplo: la calidad que poseen los test de ADN. No sólo se reconoce el valor de los bioquímicos como científicos, sino también se da confianza a los artefactos utilizados, por la capacidad que otorgan de volver a repetir el examen, la baja tasa de error, entre otros aspectos. Por último, la máxima de las experiencias, “son útiles para tomar decisiones, porque el conocimiento consolidado dentro de un grupo humano en un momento y lugar determinado, permite comprender, explicar o reconstruir el comportamiento de los miembros de ese grupo. En virtud de la experiencia es posible empatizar y atribuir intenciones a quienes se encuentren en situaciones equiparables a las vividas por otros integrantes del grupo.”[[218]](#footnote-218)

En el caso específico de las pericias antropológicas, se ha discutido su cientificidad, criticando la subjetividad del método en cuanto opera sobre universos limitados y porque los resultados no pueden ser medibles con fines probabilísticos.[[219]](#footnote-219) En consecuencia, se termina por cuestionar la subjetividad del conocimiento entregado.[[220]](#footnote-220)

En el caso chileno, las exigencias de los tribunales, apuntan a que las pericias de carácter antropológico deben presentar entre sus elementos: referencias bibliográficas y/o etnográficas, como también que exista una conexión entre la conducta del imputado y la cultura que se indica.[[221]](#footnote-221) En Colombia, la práctica frente a las pericias antropológicas se han enfocado en la necesidad de dilucidar aspectos como: la conciencia indígena del imputado; el grado de preservación cultural del sujeto y su incorporación a la cultura nacional.[[222]](#footnote-222) Frente a tales elementos, es menester que el juez cuente con conocimientos suficientes respecto a la cultura presente, ya que de no ser así, no es sorpresivo que el juez recoja argumentos como que el indígena ha estado sometido a procesos de aculturación por tener conexión con el mundo urbano, cuestiones que pueden llevar a deslegitimar la prueba pericial por no responder a la lógica del juez.[[223]](#footnote-223)

Otro de los recursos utilizados por los jueces, se relaciona con el principio de las máximas de las experiencias, el cual ha tenido como consecuencia que se genere cierta predictibilidad jurídica como precedente argumentativo en los procesos judiciales. En el caso de Ecuador, ciertos procesos han generado una uniformidad interpretativa que reduce las posibilidades de decisión de los jueces. En este sentido, se atenta sobre las particularidades de cada proceso judicial; y en su lugar, se establecen patrones de interpretación insertos en el derecho positivo.[[224]](#footnote-224) Dicho patrón también es posible apreciarlo dentro de dos regiones de Perú.

“En los últimos años, algunas empresas mineras que están en conflicto con la población rural de regiones como Cajamarca y Piura han empleado esta tendencia para denunciar sistemáticamente por secuestro y usurpación de funciones a los dirigentes ronderos más opuestos a ellos, incrementándose marcadamente el número de ronderos procesados y detenido*s.”[[225]](#footnote-225)*

El principio de la sana crítica es cuestionable como modelo de racionamiento tipo dentro de Latinoamérica, por ser representativo de un Código Procesal Penal que, a través de la valoración de las pruebas, ha desvalorado la pericia antropológica como prueba judicial y, en segundo lugar, porque ha invisibilizado la complejidad de los sistemas culturales como entidades mutables y en constante relación con otras culturas.

Es de considerar que más allá de establecer una crítica frente a la lógica con la que opera el principio valorativo de las pruebas, es importante plantearse qué hacer con ella. Una alternativa, es poder interiorizarla como un desafío para el antropólogo, en pro de la construcción de conocimientos teóricos y empíricamente fundamentados.

**4. Conclusiones.**

Las “zonas grises” como figura analítica es representativa de un núcleo de complejidades en torno al desarrollo del peritaje antropológico y de cómo se ha llevado a cabo su inserción dentro de los aparatos de justicia de los países andinos. Esta reflexión, ha dado como resultado, el reconocimiento de situaciones de conflicto, pero también de oportunidades y nuevos desafíos disciplinarios.

La admisibilidad de los pueblos indígenas por medio de una serie de reformas constitucionales, sedimentó el camino y estableció la necesidad de contar con una herramienta capaz de gestionar un diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas. Desde ese entonces, la antropología se insertaba en un nuevo campo de aplicación. En algunos contextos, el diálogo se limitó a sólo reconocer la existencia de una sintonía entre los comportamientos estudiados y la cultura adscrita, mientras que en otros, representó la cooperación y la coordinación entre dos formas de derecho. Si bien su grado de incidencia se presentó de maneras diferentes, el reconocimiento del peritaje antropológico se definía por su capacidad de establecer puentes comunicativos entre formas distintas de vivir la realidad.

Esta oportunidad no estuvo exenta de problemáticas, denotó en lo concreto moldear la disciplina al servicio de un sistema difícilmente permeable. Eso expuso dos grandes desafíos: uno que respondía a una necesidad propia de la antropología jurídica por querer distinguir aquellos comportamientos compartidos de aquellas actitudes individuales, la cual se vio maximizada debido a las demandas del propio sistema judicial por querer parcializar la realidad. En segundo lugar, significó que este conocimiento quedara al desnudo por adquirir el estatus de prueba pericial. Dentro de ese contexto, la incertidumbre se apoderaba del saber antropológico al ser reconocido como objeto de valoración no sólo porque se ejerce juicio sobre el propio conocimiento, sino porque éste debe ser adaptado, perdiendo su fuerza crítica y reflexiva y donde el concepto de cultura ha quedado reducido a la consideración de sólo algunos aspectos.

Dentro de este nuevo rol, se presenta como gran desafío, ampliar las circunstancia por las cuales los antropólogos son requeridos en el sistema de justicia ordinario, mediante la creación de una red de trabajo interdisciplinaria; con el propósito de que la verdad jurídica, sea construida por todos, sin perder de vista la complejidad de la vida social.

**Bibliografía.**

ALBÓ, Xavier (2012) “Justicia indígena en la Bolivia plurinacional” en “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia” Ed. Rosa Luxemburg/ Abya-Yala, Ecuador.

ÁLVAREZ, Roberto (2014) “El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011”. Cultura, Hombre y Sociedad, Chile.

ANDRÉS, Lidia y BORDA, Carolina (2007) “Reflexiones generales sobre el peritaje antropológico”. II Congreso Ecuatoriano de Antropología y Arqueología “Balances de la última década: Aportes, Retos y nuevos temas” Abya Yala, Ecuador.

ANTA, José Luis (2004). “Moral y cotidianidad en los campos de concentración del nacismo”. Athenea Digital. Universidad de Jaén, España.

ARDITO, Wilfredo, (2011). “La discriminación hacia la población rural en la administración de justicia”. RIDEI. PUCP, Biblioteca Virtual, Perú.

ARIZA, Santamaría (2010). “Peritazgo Socio-Antropo-Jurídico y Administración de Justicia Intercultural de Colombia” en IIDH, “Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas: los Peritajes Culturales y la Visión de Pobreza desde su Cosmovisión”, Costa Rica.

ÁVILA, Luis (2011) “Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos”. Crítica jurídica N° 31. Biblioteca jurídica virtual, IIJ, UNAM, México.

BERHO, Marcelo (2015). “Peritaje antropológico en la Araucanía. Experiencias, conceptos y desafíos disciplinarios y profesionales”. Documento inédito. Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco.

BERMÚDEZ, Samantha (2010) “El Convenio 169 de la OIT y su recepción en el derecho interno ecuatoriano”. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad del Azuay, Ecuador.

BERTINI, Leonello y YÁÑEZ, Nancy (2013) “Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional”. Anuario de derechos humanos, Chile.

BOTERO, Esther (2010) “El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural”. GTZ, Colombia.

CABEDO, Vicente (1998). “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. Alertanet en derecho y sociedad, Colombia

CAPOTE, Armando (1999). “La subjetividad y su estudio. Análisis teórico y direcciones metodológicas”. Biblioteca virtual CLACSO, Argentina.

CARRASCO, Morita (2015) “Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en 2 juicios penales” en “El peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica”. CICAJ.

CHIVI, Idon (2009) “Los Caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario” en “Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales”. MJDHC, Ecuador.

CHUECAS, Adda (sin fecha). “El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Centro Histórico del Perú”. CAAAP, Perú. <http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>

CHUNGA, Laurence (2010) “La situación jurídica del culturalmente condicionado frente al derecho penal”. Revista electrónica Derecho penal online.

COLOMA, Rodrigo y Agüero, Claudio (2014). “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”. Revista Chilena de Derecho, Chile.

COOMBE, Rosemary (2001) “Is there a Cultural Studies of Law? En Toby Miller, “Companion to Cultural Studies” (Cambridge: Basil Blackwell).

Defensoría Penal Pública (DPP), (Sin fecha) “Modelo de defensa penal para imputados indígenas”. Extraído el 2º de noviembre de 2014 desde: http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf

DUSSEL, Enrique (1999). “Sobre el sujeto y la intersubjetividad: el agente histórico como actor en los movimientos sociales”. Pasos, España.

FRANCIA, Luis (2015) “La pericia antropológica en el proceso penal peruano: consideraciones sobre un elemento probatorio en desarrollo” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”. (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú.

GARCÍA, Danilo (2007) “Pluralismo jurídico y peritaje antropológico: su incidencia en la educación y legislación ecuatoriana”. II Congreso Ecuatoriano de Antropología y Arqueología “Balances de la última década: Aportes, Retos y nuevos temas” Abya Yala, Ecuador.

GIMÉNEZ, Carlos (2003) “Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Educación y Futuro”. Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas, Perú.

GIORDANO, Christian (2010). “Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales”. Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, Suiza.

GITLITZ, John (2015) “El “otro” sigue siendo el “otro”: el concepto de cultura y los peritajes antropológicos” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”. (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú.

GRIJALVA, Agustín (2009) “La Constitución Ecuatoriana del 2008: Resultado e Innovaciones”. Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza. Francia.

GUEVARA, Jorge (2009) “Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

GUEVARA, Pablo (2010) “El peritaje antropológico en Colombia”. Pontificia Universidad de Javeriana, Colombia.

GUTIÉRREZ, María; Ball Manuela; Márquez Emilia (2008). “Signos, significados e intersubjetividad: una mirada cultural”. Educere, Universidad de los Andes, Venezuela.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010) “Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión”. Costa Rica.

JESÚS, Manuel (2013) “La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios”. Voces en el Fénix, Argentina.

KALINSKY, Beatriz y Cañete, Osvaldo (sin fecha) “La pericia como prueba judicial”. Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre Delito, Argentina. Extraído el 12 de junio de 2015 desde: http://www.cereid.org.ar/pdf/lapericiaantropologicacomopruebajudicial.pdf

KAS (2009). “Situación de los pueblos indígenas de Colombia”. KASPapers, Colombia.

LEVI, Primo (1989) “Los Hundidos y los Salvados”. Muchnik Editores. España.

LOPEHANDÍA, Matías (2010). “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Con especial referencia al derecho a la consulta”. OP, Chile.

MATOS, James (2011) “¿La interculturalidad se abre paso en las Cortes Superiores de Justicia de la Amazonía peruana?” Biblioteca virtual (UNIFR), Suiza.

MENNA, Sergio (2013). “Heurística y Metodología de la Ciencia”. Mundo Siglo XXI, revista del CIECAS-IPN. México.

MORA, Luis y GONZÁLEZ, Daniel (1991). “La prueba en el Código Procesal Penal tipo para América Latina”. Congreso Internacional "Un Códice tipo di Procedura Penale per l'América latina", Italia.

MOREIRA, Manuel (2008) “El derecho penal y la pericia antropológica”. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Misiones, Argentina.

NOHLEN, Dieter (2006).”Diccionario de Ciencia Política. Teorías, Métodos y Conceptos”, II tomos. México.

PABÓN, Jazmín y PADILLA, Juliana (2008). “Diseño, valoración e implementación de instrumentos científicos para el proceso de valoración, clasificación y seguimiento en el tratamiento penitenciario de la población condenada en los establecimientos de reclusión del orden nacional consistente en sus dos primera etapas: Caracterización de escenarios y gestiones de los consejos de evaluación y tratamiento (CET) y definición de marcos conceptuales por área disciplinar”. INPEC. Universidad Nacional de Colombia.

PÁSARA, Luis (2004) “En busca de una Justicia Distinta. Experiencias de reformas en América Latina” en “Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales”. MJDHC, Ecuador.

PIERCE, Charles (1958). “Collected Papers”, en C. Hartshorne y P. Weiss, P. (eds). Universidad de Harvard. Cambridge.

QUIROGA, Fernando (2011). “La Constitución Argentina y los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Blog Observatorio de DDHH y Pueblos Indígenas, Argentina.

RUIZ, Juan (2015) “Aproximación a los fundamentos constitucionales del peritaje antropológico” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”. Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú.

SEMPER, Frank (2006). “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. IIJ, UNAM, México.

SIERRA, María T y Chenaut, Victoria (2002). “Los debates recientes y actuales den la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas” en “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”. Esteban Krotz (ed), UAM, México.

VALENZUELA, Mylene (2003). “Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales” en revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios, Chile.

VALLADARES, Laura (2011) “El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural” en “Pueblos indígenas. Debates y perspectivas”. Ed. Programa México Nación Multicultural-UNAM, México

VELSEN, Van (1967). “The Extended-case Method and Situational Analysis” en “the Craft of social Anthropology”. Epstein (ed), Londres.

WRAY, Alberto (2000) “Justicia indígena: Sus límites constitucionales” en Luris Dictio, Año

III. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ecuador.

YRIGOYEN, Raquel (2004). “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”. El otro derecho, Colombia.

Recepción: 16 de marzo de 2016.

Aceptación: 30 de junio de 2016.

**Colloquium**

**“CARANDIRU”: UN RETRATO DE LAS HERIDAS DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN BRASIL**

**“CARANDIRU”: A PORTRAIT OF THE WOUNDS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

Claudia SPINASSI[[226]](#footnote-226)\*

Michel Kopper de SOUZA[[227]](#footnote-227)\*\*

**RESUMEN:** El presente texto tiene por objetivo hacer un análisis crítico del film “Carandiru”, de Héctor Babenco, enfocando los aspectos jurídicos abordados en la película, en especial la falta de respeto a los derechos humanos dentro de las cárceles de Brasil. Hace un relato de las principales escenas del film y un recuento histórico del momento vivenciado en el país al tiempo de la masacre. Aborda el problema de la sobrepoblación de los presidios, exponiendo las principales dificultades enfrentadas por los detenidos sometidos a los espacios carcelarios y la actuación de la policía y de los gobernantes en momentos de crisis. Expone las secuelas dejadas por la masacre y algunas medidas posibles para combatir el aumento constante de la comunidad carcelaria, reflexionando sobre la humanización del cumplimento de la pena y demostrando la estrecha relación entre ficción y derecho.

**Palabras Clave:** Derecho, Cine Ficción, Sistema Penitenciario, Derechos Humanos, Sobrepoblación Carcelaria.

**ABSTRACT:** This paper aims to make a critical analysis on the film "Carandiru" by Hector Babenco, focusing on the legal issues raised in the film, especially when it comes to the lack of respect for human rights in Brazilian prisons. The paper reports the main scenes of the film linking them to the socio-historical time of the country at the slaughter's occurrence. Highlighting the problem of overcrowding in prisons, exposing the main difficulties faced by convicts in prison spaces, the actions of the police and government in times of crisis. This paper exposes the aftermath of the slaughter and possible measures to prevent prison overcrowding, reflecting on the humanization of imprisonment and demonstrating the close relationship between fiction and legal issues.

**Keywords:** Law, Fiction Movie, Prison System, Human Rights, Overcrowding of prisons.

**Introducción.**

La “Masacre de Carandiru” de 1992 fue un hecho que marcó de forma significativa la historia reciente de Brasil en términos de sistema penitenciario y con respecto a los derechos humanos. Sólo la mención de esta sobrepoblada prisión-ciudad, cerrada en 2002, alude al asesinato de 111 presos, a un gueto de excluidos y marginales, a un mundo-infierno, a un referente del sistema penitenciario y a una metáfora cruda de Brasil[[228]](#footnote-228).

Este trabajo tiene como propósito hacer un análisis de *Carandiru*, una película de ficción, basada en los relatos de la experiencia y de la memoria de los prisioneros en este mítico presidio de San Pablo que fueron recogidos por el médico Drauzio Varella en su libro “Estación Carandiru”[[229]](#footnote-229).

El filme expone los detalles minuciosos de la arquitectura y del cotidiano de la penitenciaria, evidenciando los pabellones y las divisiones realizadas conforme el tipo de condenado que abrigaba. Narra, de manera descriptiva, las tribulaciones de un grupo de presos y el destino final que les espera con la irrupción de la policía cuando ocurre una rebelión.

Al mismo tiempo en que revela una dura realidad de las prisiones en Brasil, la película también presenta los detenidos como personas reales y complejas, las cuales no se resumen al crimen cometido, pues también tienen facetas de padres, amigos, amantes, hijos, etcétera, e invita el espectador a reflejar sobre la humanización del cumplimento de la pena en la cárcel.

**1. CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS:**

**1.1. La Casa de Detención de San Pablo (Carandiru)**

Inaugurada en la década de 1920, la Casa de Detención de San Pablo (Brasil), conocida popularmente como *Carandiru,* en razón de ubicarse en el barrio homónimo en la ciudad paulista, llegó a ser considerada, en la época, como el más grande presidio de América Latina y como modelo para otros centros penitenciarios. Proyectada y remodelada, la Casa de Detención tuvo capacidad para recibir 3,250 internos, sin embargo, tras sufrir con la sobrepoblación, se calcula que llegó a abrigar más de 8,000 hombres[[230]](#footnote-230).

Con la construcción del Complejo Penitenciario de Carandiru, se buscó atender a las nuevas exigencias del Código Penal brasileño de 1890[[231]](#footnote-231), que establecía la pena de prisión celular para la casi totalidad de los crímenes, en contraposición a gran multiplicidad de penas existentes en el Código Penal de 1830 (galés, azotes, pena de muerte, prisión con trabajo, prisión simple, degredo, multas, etc., apuntadas como recursos anacrónicos de retribución al crimen y mera corrección a los individuos)[[232]](#footnote-232), siguiendo las recomendaciones sugeridas por el Derecho Positivo de la época. La arquitectura de la cárcel era inspirada en el *Centre Pénitentiaire de Fresnes*, en Francia, en el modelo “espina de pescado”, no obstante, después de sufrir algunas adecuaciones al pasar de los años (para atenuar el problema de la sobrepoblación), los anexos de la arquitectura no se adecuaban totalmente al proyecto original del complejo.

Del periodo de 1920 hasta 1940, Carandiru vivió su ápice[[233]](#footnote-233), momento en que el complejo era expuesto como ejemplo del sistema carcelario, admirado mundialmente, considerado como un padrón de excelencia en las Américas, siendo punto de visita de innumerables políticos y personalidades brasileñas e internacionales, llegando a ser declarado como una de las postales típicas de la ciudad de San Pablo.

Se destacaba inicialmente en *Carandiru* el hecho de casi no haber funcionarios, una vez que las tareas eran casi totalmente delegadas a los propios presos, que producían su comida, hacían sus propios calzados, cuidaban de la enfermería, auxiliando a los médicos, podían estudiar en la escuela del presidio e incluso aprender artes plásticas. Stefan Zweig, escritor Austro-húngaro, después de realizar una visita al complejo, relató en uno de sus libros “que la limpieza y la higiene ejemplares hacían con que la cárcel se transformase en una fábrica de trabajo” en razón de ser los propios presos los que cuidaban de todos los quehaceres diarios de la penitenciaria[[234]](#footnote-234).

La Casa de Detención, como dice su nombre, fue edificada para recibir presos aguardando juzgamiento. Pero, desde el año de 1975, empezó a acoger también a condenados y ganó el apodo de “depósito de gente”.

El proceso de construcción obedecía el siguiente orden: cuando se superpoblaba un pabellón, se levantaba otro. Cuando el último fue erigido en 1978, la sobrepoblación estalló – coincidiendo con el crecimiento demográfico de Brasil en el final de la década de 1970[[235]](#footnote-235).

El complejo penitenciario era formado por siete pabellones, de forma que los detenidos eran divididos en los pabellones y galerías, de acuerdo con el crimen cometido, organización criminal a que pertenecían y características personales. En el pabellón 02 se quedaban los presos bien comportados, cobijaba la selección de detenidos y los servicios de administración; el 04 poseía celdas individuales para universitarios y abrigaba los presos amenazados de muerte; el pabellón 05 era ocupado por los presos amenazados de muerte por otros detenidos, como violadores y justicieros, concentrando también el ala evangélica; el pabellón 06 servía como cocina y área de despensa, reuniendo los presos comunes; el pabellón 07 recibía los presos primarios condenados y los que trabajaban en servicios generales; el 08 resguardaba los presos considerados más expertos, reincidentes y de alta peligrosidad; por fin, el pabellón 09, donde ocurrió la masacre, recogía los presos primarios, recién llegados de las calles, que aguardaban aún su juzgamiento.

Las grandes rebeliones de *Carandiru* empezaron en 1982. Diez años después, en 1992, aconteció la mayor tragedia de la Casa de Detención, con la masacre de 111 presos por la policía militar. En 2000, ella fue nuevamente el centro de una mega-rebelión que ocurrió en Brasil, involucrando 27 mil presos en 29 ciudades del país, simultáneamente. Esos dos eventos fueron determinantes para la clausura del presidio, cuyo proceso de demolición comenzó en 2002, tras un demorado periodo de promesas políticas, concluyendo en 16 de enero de 2003, con la implosión de tres pabellones de la Casa de Detención.

La masacre dejó varias secuelas, como el surgimiento de la organización criminal conocida por “PCC” (Primer Comando de la Capital), y la cobertura que hubo de la prensa, que sirvió para mostrar a la sociedad brasileña y al mundo las precarias condiciones en que viven los detenidos en Brasil y cómo es grave el problema de la sobrepoblación carcelaria.

**1.2. La Masacre**

La masacre de *Carandiru* sobrevino el mismo día en que el político Fernando Collor de Melo fue oficialmente depuesto de la presidencia de la República de Brasil por corrupción[[236]](#footnote-236).

El 2 de octubre de 1992, tras un motín entre los presos, la cárcel fue asaltada por policías militares que mataron a 111 penitenciarios. Entre las versiones expuestas para la invasión de la policía, hay desde una supuesta pelea entre los detenidos por un tendedero, hasta una guerra por el control de drogas en el presidio entre dos grupos rivales.

Mientras la Policía Militar sostiene que los policiales fueron hostilizados por los presos, que se mostraban armados, los detenidos afirman que tiraron todas las armas blancas por la ventana de las celdas cuando notaron que la invasión era inminente[[237]](#footnote-237). Incluso, conforme la pericia realizada en el proceso judicial, ninguno de los disparos se originó de las armas de fuego que la policía presentó como pertenecientes a los detenidos[[238]](#footnote-238).

De acuerdo con los registros oficiales[[239]](#footnote-239), 102 presos fallecieron en virtud de los disparos de arma de fuego y otros 9 en razón de heridas ocasionadas por armas blancas. Según estos informes, aproximadamente 321 policías militares habrían entrado en el pabellón 09 armados con revólveres, espingardas y ametralladoras.

Los presidiarios y la prensa[[240]](#footnote-240) afirmaron que las muertes ocurridas en la masacre superaron el relato en los números oficiales, llegando a cerca de 300 presos muertos, narran que las víctimas habrían sido acorraladas y muchas fueron muertas dentro de sus propias celdas[[241]](#footnote-241), sin oportunidad de defensa[[242]](#footnote-242).

**2. EL FILME CARANDIRU.**

En 2003 se estrenó el filme de Héctor Babenco, *Carandiru*, que contribuyó a impulsar la cobertura mediática sobre el penal homónimo y, por ende, sobre los sistemas judicial y penitenciario brasileños.

La película está basada en el libro del doctor Drauzio Varella, “Estación Carandiru”, médico que en 1989 inició un trabajo voluntario para la prevención del SIDA en dicho presidio y, en seguida, decidió ejercer como médico voluntario hasta su cierre en 2002, y que escribió el libro narrando sus experiencias en este mítico complejo carcelario.

El libro, a medio camino entre las memorias y la crónica, narra con color y riqueza las animadas historias personales de los presos y sus vidas en la prisión. Confirma una vez más que las experiencias del mundo del crimen, especialmente para el narrador con oído fino que se arraiga en la tradición de los cuentos e historias populares, son un enredo particularmente dotado para la fabulación. Al final del libro, Varella cuenta los sucesos de la matanza (“el levantamiento, el ataque, los rescoldos”) y ambos aspectos privilegiados del relato – coda y clímax– cobran un sentido especial en virtud del punto de vista que guía la crónica, puesto que el narrador-doctor, una figura respetada y de confianza para los presos, recogió los testimonios de los que presenciaron y sobrevivieron a la masacre.

En el filme, aunque Babenco se permite, obviamente con toda legitimidad, total libertad para seleccionar, modificar y mezclar a su antojo las historias personales de los presos, la re-presentación y narración de la matanza es básicamente fidedigna a la versión del libro. La película, como es de rigor, registra en su inicio el letrero “basado en hechos reales”.

Así, haciendo mención al nombre popular del mítico presidio brasileño y contado desde el punto de vista de los prisioneros, *Carandiru* entrelaza las tribulaciones personales de un grupo de presos en la vida cotidiana de la prisión - especialmente sus ajustes de cuentas con las drogas y la violencia y, de modo positivo, las diferentes respuestas de superación delante de las difíciles relaciones de convivencia - con el episodio recuento en flash-back de sus experiencias con el crimen, y el destino final que les espera a todos ellos con la espeluznante invasión y carga policial en el interior de la prisión.

En la primera escena de la película, dos detenidos (*Lula y Peixeira*) se enfrentan en un ajuste de cuentas. El clima es tenso. Otro detenido, *Nego Preto*, especie de “juez” para las desavenencias internas, soluciona el caso en tiempo de dar la bienvenida al Médico recién-llegado y dispuesto a realizar el trabajo de prevención al SIDA en la penitenciaria.

El médico encuentra, en la mayor cárcel de América Latina, problemas gravísimos: sobrepoblación, instalaciones precarias y sin mínimas condiciones de higiene, enfermedades como tuberculosis, leptospirosis, caquexia, además de pre-epidemia de SIDA. Los encarcelados lamentaban, más allá de la sobrepoblación y de la falta de condiciones de higiene, la carencia de asistencia médica y jurídica.

El *Carandiru*, con sus más de siete mil detenidos, se constituyó en un gran desafío para el Doctor recién-llegado, pero bastan algunos meses de convivencia para que él observe algo que lo transformará: incluso viviendo situación-límite, los internos no son figuras demoníacas, como suele pasar por la mente de las personas. En el convivio con los presos que visitan su improvisado consultorio, el Médico presencia solidaridad, organización, disciplina interna y, sobre todo, gran disposición de vivir.

Oncólogo famoso, habituado a la más sofisticada tecnología médica, el Doctor tendrá que practicar su medicina a la manera antigua, con estetoscopio, sensibilidad y mucha conversación. El trabajo empieza a presentar resultados y el médico gana el respeto de la colectividad. Con el respeto, vienen los secretos. Las consultas van además de las enfermedades, pues los detenidos comienzan a narrar sus historias de vida. Los encuentros en la enfermería se transforman en “ventanas” para el mundo del crimen y es así que se da la narrativa de la película, la cual se arma como un rompecabezas.

Una historia se encaja a la otra para formar un panel realista de la tragedia brasileña. Con el médico, el espectador acompaña los movimientos cotidianos de los presos, hasta la eclosión – en dos de octubre de 1992 – del más terrible suceso en la historia de la Casa de Detención de San Pablo: la Masacre de Carandiru[[243]](#footnote-243).

**3. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA PELÍCULA.**

Por narrar la historia interna de un presidio, la película aborda varios tópicos de derecho penal y constitucional, además de exponer de manera muy clara la absurda falta de respeto a los principios de los derechos humanos más básicos a que son sometidos los presidiarios en Brasil, privados no sólo de su libertad, sino también de su dignidad, sin las mínimas condiciones de higiene, de salud física y mental, apartados de la colectividad y amontonados como basura social no reciclable.

Varios preceptos de la Ley de Ejecución Penal[[244]](#footnote-244) no son respetados. Prácticamente no hay asistencia a la salud de los detenidos. El consultorio en que el médico-narrador atiende es precario y la falta de higiene es gigantesca. En uno de los episodios, el preso *Majestade* es mordido por un ratón cuando ocultaba drogas dentro del retrete, y *Lula*, otro detenido, apoyado por el también preso, *Sem Chance*, sutura su dedo en el improvisado consultorio médico. Mientras realiza el procedimiento, *Lula* usa crack, demostrando la escena que la asistencia a la salud garantizada por la Constitución Federal y por la Legislación Brasileña no es una prioridad para el Estado, cuando se trata de personas privadas de la libertad.

La escena, al mismo tiempo, demuestra como la presencia del Estado dentro de la cárcel es casi nula, una vez que el tráfico de drogas ocurre de forma, prácticamente, libre, teniendo como límite apenas las propias leyes de los detenidos.

La igualdad, derecho constitucionalmente protegido en Brasil, aparece en la película en una escena bastante peculiar. Están todos en el campo de fútbol, listos para comenzar el campeonato y, como de costumbre en las actividades deportivas y en especial en el fútbol, es tocado el himno nacional. Todos se levantan, ponen la mano en el pecho y cantan el himno, incluso los guardias que hacen la seguridad arriba del muro. Podemos observar en ese fragmento del filme que el fútbol, pasión nacional y deporte número uno de Brasil, une los presos en el campeonato y el himno los torna iguales a los guardias. El principio constitucional que predica que “todos son iguales ante la ley”, gana respeto en ese único momento de la película.

La libertad es abordada de forma romántica por Babenco a través del personaje *Chico*, que está a punto de ser liberado; sin embargo, como de costumbre, todo el año *Chico* prepara un globo e intenta hacer con que él vuele para que gane libertad. Su celda está repleta de globos que simbolizan esa ambición de ganar altura y salir de la casa de detención. *Chico* que no consigue lanzar su globo, finalmente antes de la masacre obtiene su tan deseada libertad.

En el transcurso del filme, los presos nombran sus celdas de “casas” (o de “barracos”, como muchas veces dicen); hablan en “vivir” aquí o allí; realizan compra y venta de mercancías (desde chicles, dulces y material de higiene, hasta drogas), lo que demuestra la increíble capacidad del ser humano de adaptarse a las más difíciles condiciones de vida y cómo una penitenciaria es un mundo ajeno, donde conceptos sociales y jurídicos fundamentales son conformados, amoldándose a la realidad, privación de la libertad, limitación del espacio y lucha por la sobrevivencia física y mental.

Y es en esa realidad que surge un verdadero *derecho paralelo* vigente entre los detenidos, extraído de las costumbres, que después de todo también es fuente de derecho. A lo largo de toda la película, es presentada la coexistencia de dos sistemas normativos en Brasil: el derecho positivo, puesto por los hombres libres y que rige fuera de los portones de las cárceles, y las “leyes de la cárcel”, establecidas, cumplidas y ejecutadas por los propios presos entre sí para preservar la integridad del grupo y que determinan las reglas de comportamiento dentro del muro de las prisiones.

La demostración de la existencia de este derecho paraestatal aparece ya en la primera escena de la película, que muestra el desentendimiento entre presos en la galería y, para contener los hombres en contienda, “*Nego Preto*”, responsable por el pabellón, se impone, indicando de inmediato que quien realmente comanda el presidio son los residentes del local.

La escena revela como la vida dentro de la cárcel no es regida por elementos normativos puestos por el Estado, sino por reglas construidas de forma compleja por individuos que residen allí, y que, de alguna manera, interfieren, burlan y modifican toda la lógica de poder instituida por los órganos oficiales. Ese aspecto es reafirmado por la frase del director del presidio en respuesta a la aseveración del médico de que aquellas personas están detenidas: \_ “¿!Presos?! Ellos son los dueños de la cárcel, doctor… eso acá sólo no explota porque ellos no lo quieren”.

En esta primera escena de la película, es interesante observar como en el juzgamiento presidido por “Nego Preto” hay respeto al contrario entre las partes. Las dos partes son oídas y también algunos testigos, siendo la contienda resuelta entre ellos sin la necesidad de intervención de factores externos, es decir, de la administración del presidio.

De la misma forma, en varios otros fragmentos del filme, la figura de *Nego Preto* como juez de la cárcel es evidenciada. Una de las principales es la escena en que *Zico*, preso, traficante y usuario de drogas, pide permiso para matar a otro detenido, *Ezequiel,* en virtud de una deuda de drogas. *Nego Preto* determina que primero *Ezequiel* será “intimado” a conseguir el dinero con la familia y a pagar la deuda, y que, solamente después, en caso de que no la pague, entonces *Zico* tendrá el permiso para matarlo. Pasa que *Ezequiel* no paga la deuda y *Zico* decide no matarlo, argumentando que su condena está casi por terminar y que no quiere extender sus años en la prisión. Por no cumplir el fallo del “juez de la cárcel”, y también porque mató a su compañero de celda y amigo de infancia (*Deusdete) a traición, Zico* es juzgado por una comisión de detenidos presidida por *Nego Preto* y condenado a muerte, siendo asesinado por varios presos con más de 30 cuchilladas. Al final del episodio, *Ezequiel* es convencido a asumir el crimen a cambio de una celda limpia, ropa lavada y algunas piedras de crack.

En el momento del juzgamiento de *Zico*, uno de los reos, miembro del consejo de juzgamiento, dice que el hecho de que él (*Zico*) no haya matado a *Ezequiel* es un problema de ellos dos, a lo que *Nego Preto* afirma que es un problema de todos. Demostrando que el respeto a las “leyes de la cárcel” es esencial para garantizar la sobrevivencia y el orden dentro del grupo.

Mucho más allá de ese derecho paralelo interno de la penitenciaria, la película muestra que los policías también siguieron sus propias leyes, una vez que invadieron la Casa de Detención y, contra todas las normas de derecho positivo vigentes en Brasil, asesinaron 111 hombres desarmados, cuya resistencia a sus órdenes era ínfima delante de la disparidad de armas.

La actuación de la policía ofendió frontalmente a los principios constitucionales brasileños de razonabilidad y proporcionalidad, a los cuales el Estado está sometido en sus actos discrecionales. Lo que ocurrió fue una ejecución sumaria, un “juzgamiento” en que los presos no tuvieron derecho a defensa.

Tras la invasión y la retirada de los cuerpos, la policía determinó que todos los presos vivos saliesen de la galería vestidos únicamente con calzoncillos. La escena final de la película trae centenas de hombres desnudos, sentados en el campo de fútbol, rodeados por policías con perros, imagen que en mucho se asemeja a aquellas de las cuales se tiene noticia relativas al holocausto de los judíos y da una dimensión de como los derechos humanos de los presos no fueron respetados durante la masacre de *Carandiru*.

**4. SECUELAS DE LA INVASIÓN.**

Incluso privados de libertad, y tal vez aún más por ese motivo, la película muestra como los presos, así como ocurre con los hombres libres, tienen la necesidad de pertenecer a un determinado grupo.

Y de esta necesidad, como rescaldo de la masacre de Carandiru, una nueva especie de *contrato social* es firmada entre los presidiarios brasileños. En ese nuevo modelo de sociedad paralela, regido por las leyes internas de la cárcel, los presos se unieron y eligieron un “*comando*”, responsable de establecer las normas a ser obedecidas, ejecutarlas y juzgar aquellos que, eventualmente, no las cumplan. En contrapartida, el *comando* ofrece protección a los miembros del grupo, sobre todo contra ataques desmedidos de la policía.

Conforme análisis de algunos expertos en derecho penitenciario[[245]](#footnote-245), la masacre de *Carandiru* motivó y originó la organización de una de las mayores facciones criminales de Brasil, conocida como Primer Comando de la Capital (PCC), creada en el año siguiente del hecho.

Según los registros[[246]](#footnote-246), la facción PCC habría sido fundada por un grupo de detenidos en la Casa de Custodia de Taubaté (interior del estado de San Pablo). La fuerte estructura organizacional del grupo criminal llama la atención en razón de su estatuto, permitiendo que la agrupación actúe en otros estados de Brasil y también en el exterior, como Paraguay y Bolivia. Se calcula que el PCC movilice, anualmente, más de 120 millones de reales, equivalentes a 35,2 millones de dólares.

Actuante dentro de las cárceles y fuera de ellas, el PCC detiene la función reglamentaria, imponiendo reglas de conductas internas a sus integrantes influyentes en el mundo del crimen, llegando a operar incluso en algunas villas de grandes ciudades brasileñas como regulador general de conductas, sobreponiéndose incluso sobre la justicia del Estado.

La socióloga Camila Nunes Dias, profesora de la Universidad Federal de ABC e investigadora del Núcleo de Estudios de Violencia (NEV) de la Universidad de San Pablo (USP), destaca que “o PCC é, sem dúvida, o principal efeito do massacre. Não apenas deste evento isolado, mas da política de segurança daquela época, marcada pela violência institucional, pelo desrespeito aos direitos e pela arbitrariedade do Estado”[[247]](#footnote-247).

**5. EL PROBLEMA DE LA SOBREPOBLACIÓN CARCELARIA EN BRASIL.**

Sin sombra de duda, una de las principales causas de la masacre ocurrida en *Carandiru* fue la sobrepoblación carcelaria del complejo penal, aspecto muy bien demostrado en el film y factor que impulsó la violencia entre los detenidos y la disputa por el poder dentro de la cárcel.

La falta de lugares en el sistema penitenciario y el constante crecimiento de la población carcelaria es un problema de hace mucho años en Brasil, tema recurrente y para lo cual las medidas políticas y jurídicas adoptadas en el país hasta el momento[[248]](#footnote-248), mismo que teniendo demostrado buenos resultados, no han conseguido reducir el número de detenidos.

En julio de 2014, Brasil contaba con 711.463[[249]](#footnote-249) personas privadas de su libertad[[250]](#footnote-250), lo que le clasificaba como la tercera mayor comunidad detenida del mundo. En contrapartida, presentaba un déficit de 354.000 lugares y contaba con 373.991 órdenes de prisión pendientes de cumplimento, de modo que, si se ejecutaran todas las órdenes, los presos en cárceles brasileñas se elevaría a más de 1 millón de personas y la falta de lugares se alzaría a más de 727 mil[[251]](#footnote-251). Incluso para un país con proporciones continentales como es el Brasil, los números son preocupantes[[252]](#footnote-252) especialmente cuando se piensa en la garantía de los derechos humanos para las personas reclusas.

Un breve análisis del histórico reciente de la nación brasileña demuestra claramente el aumento progresivo y continuo de la población aprisionada. Desde el inicio del siglo XX hasta los años 30’s – 40’s del mismo, el número de detenidos y casas de corrección en Brasil aumentó sobremanera. En 1907, el número de presos totalizaba 3.734[[253]](#footnote-253), en 1977, pasó a 37.251[[254]](#footnote-254), lo que representa una adición de 897% en un período de 70 años, equivalente a más de 12,5% de incremento al año.

En 1990, dos años antes de la masacre del *Carandiru*, la población detenida total del país sumaba poco más de 90.000 personas, pero en 1992, año del hecho, llegó a 114.300 en diciembre[[255]](#footnote-255), con un aumento de casi 1/3 en tan solo 24 meses.

Ese incremento de la gente encerrada no acompañó el crecimiento de los habitantes de Brasil. En un levantamiento realizado por el Instituto Avante Brasil, con el objetivo de tornar pública la realidad carcelaria del país, se constató que entre 1990 y 2012 (a lo largo de 12 años), al paso que la población nacional tuvo un crecimiento de 31%, la comunidad detenida tuvo un aumento de 508%[[256]](#footnote-256). O sea, al mismo tiempo que la población se incrementó 1/3, el número de presos más se sextuplicó[[257]](#footnote-257).

Según el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios ligado a la Universidad de Essex, en el Reino Unido, la tasa media mundial de encarcelamientos es de 144 presos para cada grupo de 100 mil habitantes, pero en Brasil esa taza sube a 300[[258]](#footnote-258).

Por esa misma pesquisa, proyectando el aumento de la población carcelaria ocurrido en los últimos años en Brasil, en relación a los Estados Unidos, se apunta que el país superará a los EUA en 2034, pasando a ocupar la primera posición mundial en número de personas privadas de su libertad.

Sin embargo, lo contradictorio es que esa tasa tan alta de encarcelamiento no representa una reducción de la criminalidad. Conforme al informe divulgado por Amnistía Internacional (AI) en febrero de 2015[[259]](#footnote-259), Brasil está en la cumbre de los países más violentos del mundo, con por lo menos 130 homicidios al día. Entre los factores responsables por ese escenario, indica AI la sensación de impunidad existente en el país, ya que 85% de los homicidios no son solucionados. Señala también la violencia policial, la tortura, las condiciones deshumanas de las cárceles y la reincidencia.[[260]](#footnote-260)

Como dos lados de una misma moneda, están los datos alarmantes del sistema carcelario y la reiteración de crímenes. Brasil es responsable por una de las mayores tasas de reincidencia criminal en todo el mundo. La tasa media de reincidencia en el país es de más o menos 70%, es decir, 7 (siete) de cada 10 (diez) criminales vuelven a cometer algún tipo de delito después de salir de la cárcel[[261]](#footnote-261).

Eso indica que, a pesar de parecer una salida fácil, la construcción de nuevas penitenciarias no es la solución para acabar con la sobrepoblación carcelaria de Brasil, una vez que, conforme apuntan algunos expertos[[262]](#footnote-262), el exceso de prisiones sólo aumenta la tasa de reincidencia, no reduciendo la criminalidad.

La verdad es que hay un círculo vicioso ocurriendo. Un crimen es cometido. El sujeto activo es preso. Cumple su condena a altos costos para la sociedad (ya que cada preso cuesta, en media, 1000 dólares por mes en Brasil)[[263]](#footnote-263). Al salir de la prisión cerca de 80% de esas personas vuelven a la criminalidad y, consecuentemente, a la prisión, reiniciando el círculo.

Con el objetivo de combatir la reincidencia, algunas ONGs de Brasil han presentado proyectos con resultados positivos, como es el caso de las APACs[[264]](#footnote-264) que actúan en colaboración con el Estado, teniendo su manutención costeada por él, pero con aplicación de su método propio, en lo cual la familia, la educación, la religiosidad, la dignidad humana, etcétera, son considerados pilares. Con un costo de tan solamente 285 dólares al mes por persona presa, tienen presentados índices de resocialización medio de 70%. Ese método ya existe desde hace 43 años, en 23 países del mundo y está siendo implementado cada vez más en algunas provincias de Brasil[[265]](#footnote-265). La propuesta se presenta, entre todos las otras, como una buena medida a ser adoptada en el combate a la sobrepoblación carcelaria, principalmente cuando se considera una perspectiva económica[[266]](#footnote-266) del derecho.

Por la parte del Poder Legislativo, en Brasil varias medidas legales despenalizadoras fueron implementadas, tales como: transacción penal, suspensión condicional del proceso, suspensión condicional de la pena[[267]](#footnote-267), reparación de los daños civiles, etcétera, todas siempre buscando evitar la aplicación de la pena de privación de libertad.

Por el Poder Judicial, el CNJ - Consejo Nacional de Justicia (órgano del Poder Judicial, con atribuciones administrativas) realizó varias movilizaciones colectivas carcelarias, en las cuales se buscaba poner en libertad aquellas personas que ya tenían derecho, pero debido a la demora de los procesos judiciales todavía se encontraban detenidas. Ahora, en 2016, el CNJ está implementando un nuevo proyecto llamado “Ciudadanía en los Presidios”, en lo cual, más allá de hacer revisiones de procesos de personas reclusas para la aplicación de la institución del indulto, por primera vez en Brasil, un órgano de justicia está buscando instrumentalizar el principio de la capacidad carcelaria máxima.

También conocido como “numerus clausus” (número cerrado), ese principio surgió en Francia, en 1989, cuando el diputado del Partido Socialista francés, Gilbert Bonnemaison, entregó al Ministro de justicia un informe con diversas propuestas para la modernización del servicio público penitenciario del país, entre las cuales fue presentada la idea del *numerus clausus*, que consistía en la obligatoriedad de que el número de presos en un establecimiento penal atendiese al número exacto (cerrado) de lugares disponibles, de modo que, una vez rebasada la capacidad máxima del centro, deberían ser elegidos los presos con mejor pronóstico de adaptabilidad social, imponiéndoles la detención domiciliar con vigilancia electrónica[[268]](#footnote-268).

El principio es mostrado como una de las soluciones posibles para acabar, o al menos detener el incremento de la sobrepoblación carcelaria, propugnando que la nueva entrada de una persona en el sistema carcelario debe corresponder por lo menos a una salida, de modo que la proporción de preso-plaza sea mantenida siempre en estabilidad o reducción[[269]](#footnote-269).

El proyecto apenas empezó y todavía no se sabe cómo será la reacción de la comunidad jurídica de Brasil, y si dará o no buenos resultados.

La verdad es que, cuando se hace un análisis, no sólo teórico sino también práctico del sistema carcelario en Brasil, y se mira una película como *Carandiru,* que demuestra tan bien la falta de respeto por parte del Estado a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, se nota que no es posible incluso que el actual sistema reduzca la criminalidad, una vez que funciona como una gran “facultad” del crimen, donde aquellos que entran “alumnos novatos”, para garantizar su sobrevivencia, aprenden mucho sobre el mundo del crimen, y salen verdaderos expertos.

**5. CONCLUSIONES.**

*Carandiru* es un filme que encara cuestiones sociales e históricas candentes del Brasil contemporáneo y consigue con eficacia su propósito de humanizar el preso y de incluirlo en la memoria histórica del país al tiempo que denuncia el acontecimiento de la masacre, por medio de una brillante representación cinematográfica. Es una excelente película para cine-foro, especialmente en relación al estudio de los derechos humanos en el área penal y constitucional.

Su mayor mérito, desde un punto de vista jurídico, es que muestra al espectador lego, de una forma a veces hasta cómica, la realidad del sistema penitenciario brasileño, exponiendo los abusos cometidos a los derechos humanos más básicos de los encarcelados, los cuales son tratados por el Estado como seres humanos descartables, de segunda categoría, abandonados a su propia suerte.

La película lleva el espectador a reflexionar sobre la cultura del encarcelamiento, mostrando que la cárcel no es la solución para reducir la criminalidad. Exhibiendo la lucha diaria de los detenidos por su sobrevivencia, por medio del empleo de la violencia y respeto tan solamente a leyes del crimen, demuestra cómo no es posible esperar que esas personas, al salir de la prisión, observen las reglas del Estado y se relacionen con los demás sin el uso de la violencia.

El modelo de reclusión de Brasil, expuesto en el film, alimenta una ola de violencia que se proyecta por toda sociedad. Los ambientes penitenciarios son degradantes y no estimulan, ni siquiera mínimamente, la transformación de aquellos que allí están.

La película evidencia como, en general, el pueblo necesita despertar a la realidad y reflexionar sobre cuánto de recursos públicos son tirados a la basura con la manutención de tantas personas reclusas, las cuales, al final de sus condenas, vuelven peores al convivio social.

El problema carcelario, sea de sobrepoblación o de no respeto a los derechos humanos, es de toda sociedad, pues un encarcelado resocializado significa un criminal menos en las calles, un asaltante menos en el semáforo, un traficante menos en nuestras escuelas.

La sociedad brasileña se olvida que no hay pena de muerte en el país, tampoco cadena perpetua, y que los detenidos no se desintegran, de modo que, tarde o temprano, volverán a coexistir libremente junto con todos los demás ciudadanos, y la forma como regresarán depende directamente del tratamiento que reciben durante el cumplimiento de su condena. Sólo dando respeto es que se puede exigir que los egresados de la cárcel retribuyan respeto, y cierren esa ola continua de violencia y desperdicio de recursos públicos.

**BIBLIOGRAFÍA.**

ALEXANDRE, Roberto, “PCC julga e condena em tribunal paralelo”, *Folha da Região*, Brasil, 2015, http://www.folhadaregiao.com.br/Materia.php?id=85205

AMNISTIA Internacional Brasil, “Brazil: ‘Death has arrived’: prison massacre at the Casa de Detenção, Sao Paulo”, Brasil, 2013, pp. 19-20, https://anistia.org.br/noticias/julgamento-massacre-carandiru-pode-encerrar-longo-legado-de-impunidade/ y https://www.amnesty.org/fr/documents/AMR19/008/1993/en/

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, “Informe 2014/15, O estado dos direitos Humanos no mundo”, Brasil, 2015, https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf

BARCELLOS**,** Caco, *Rota 66:**A História da Polícia que Mata,* Brasil, Record, 2003.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, Massacre do Carandiru 1993, Brasil, maio de 2013, reportaje en la página webhttps://www.youtube.com/watch?v=0JWRNQrtb9s&noredirect=1 y entrevista in:http://drauziovarella.com.br/videos-3/a-pesquisa-por-tras-do-livro-rota-66/

BEIRANGÊ, Henrique, “O PCC está cada vez maior”, *Carta Capital*, Brasil, 2015, http://www.cartacapital.com.br/revista/867/operacao-voldemort-4336.html.

BIONDI, Karina, *Junto e Misturado - Uma Etnografia do PCC*, Brasil, Terceiro Nome, 2010.

BRANDÃO, Marcelo**, “**População carcerária do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos”, *EBC Agencia Brasil*, Brasil, 2014.

BRASIL, “DEPEN: Fundo Penitenciário Nacional em números*”,**Departamento Penitenciário Nacional*, Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

CALDEIRA, Cesar. “Caso Do Carandiru: Um Estudo Sócio-Jurídico”. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, Brasil, vol.30, ano 2000, http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\_docman&task=doc\_view&gid=5021&Itemid=217

CANÁRIO, Pedro, “População carcerária dobra em dez anos”, *Consultor Jurídico*, julho de 2011, http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com\_content&task=view&id=2488&Itemid=29

CNJ – Conselho Nacional de Justiça, *Cidadania nos presídios*, Brasil, 2016, http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios

CNPCP. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, *Diretrizes básicas para arquitetura prisional,*Revisão técnica (ortográfica e metodológica): Gisela Maria Bester, Brasília: CNPCP, 2011, http://portal.mj.gov.br/depen/

CÓDIGO Penal Republicano, 1890, Brasil.

DIAS, Camila Caldeira Nunes, “Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista”, *USP*, Brasil, 2011.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, *PCC - Hegemonia nas Prisões e Monopólio da Violência*, Brasil, Saraiva, 2013.

FELIX, Sueli, “Geografia do Crime: interdisciplinaridade e relevâncias”**,** *UNESP Publicações,* Brasil, 2002.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir: nascimento da prisão, Brasil,* Vozes, 1987.

GARCIA FILHO, Leonardo Freitas, “Juizados especiais criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o direito penal mínimo”, *UNB*, Brasil, 2013, http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5835/1/2013\_LeonardoFreitasGarciaFilho.pdf

GARCIA, Miguel Ángel Lomillos, “Carandiru (2003) de Héctor Babenco: humanización, estigma y masacre”, *Revista de Comunicación de la SEESI*, Espanã, año XV, volumen 29, noviembre de 2012, pp. 31-54, http://www.seeci.net/revista/hemeroteca/numeros/numero%2029/n29-3.pdf.

GLOBO CIÊNCIA. “Penitenciárias brasileiras não têm pretensões de ressocialização”, noviembre de 2011, http://redeglobo.globo.com/globociencia/noticia/2011/09/penitenciarias-brasileirasnao-tem-pretensoes-de-ressocializacao.html

GLOBO Filmes, “Carandiru”, octubre de 2015, http://globofilmes.globo.com/filme/carandiru/

GOFFMAN, Erving, *Manicômios, prisões e conventos,* Brasil, Perspectiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. “Em um paraíso da cleptocracia o PCC cresce sem parar”, *Instituto Avante Brasil*, Brasil, 2014, http://luizflaviogomes.com/em-um-paraiso-da-cleptocracia-o-pcc-cresce-sem-parar/

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, “Levantamento do Sistema Penitenciário Brasileiro em 2012”, *Instituto Avante Brasil*, Brasil, 2014.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, “Noruega como modelo de reabilitação de criminosos”, *Instituto Avante Brasil*, Brasil, 2013, http://institutoavantebrasil.com.br/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos/

HORNE, Francisco Alejandro, "Carandiru", *ViaJus*, Brasil, 2006, http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=517

IBGE, *Tendências Demográficas no período de 1950 a 2000*, Brasil, 2000, http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias\_demograficas/comentarios.pdf

\_\_\_\_\_\_\_, *Estatística do Séc. XX,* Brasil, 2016, http://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-temas/justica

*ACERVO o Globo*, Brasil, 2013, actualizada en 2016, in: http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/presidente-collor-sofreu-impeachment-em-1992-foi-cassado-pelo-senado-9239073

JUSTO, Carolina. “Tolerância zero e Estado mínimo geram inflação carcerária”, *Com Ciência*, Brasil, 2008, http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&id=411

LEI de Execução Penal, 1984, Brasil.

MACHADO, Marcello Lavenère e MARQUES, João Benedito de Azevedo, *História de um massacre: Casa de Detenção de São Paulo*, Brasil, Cortez Editora, 1993.

MAIA, Aurélio Faleiros da Silva, “Carandiru: a reação da comunidade internacional e seus efeitos”, *Jusbrasil*, Brasil, 2015, http://jus.com.br/artigos/28411/carandiru-a-reacao-da-comunidade-internacional-e-seus-efeitos#ixzz3plomhyeX

NASCIMENTO, Douglas, “A história da penitenciária de São Paulo”, *São Paulo Antiga,* Brasil, 2015, http://www.saopauloantiga.com.br/penitenciaria-de-sao-paulo/

NOVAES, Marina e MAGALHÃES, Vagner, “Massacre do Carandiru – 20 anos”, *Terra*, Brasil, 2012, http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru/

O ESTADO DE S. PAULO. O colapso do sistema prisional, 03/01/2011. http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com\_content&task=view&id=2330&Itemid=29

OLIVEIRA, Ana Flavia, “Preso federal custa 5 salários ao mês, dobro do que se gasta com preso estadual”, *Ultimo Segundo*, Brasil, 2014, http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-08-01/preso-federal-custa-5-salarios-ao-mes-dobro-do-que-se-gasta-com-preso-estadual.html

PASSETI, Edison. “Punição e sociedade de controle”. *Com Ciência*, Brasil, 2008.

PIETÁ, Elói e PEREIRA, Justino. *Pavilhão 9: o massacre do Carandiru*, Brasil, Scritta, 1993.

PUTTI, Alexandre**, “**População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos”, *Justificando*, Brasil, 2016, http://justificando.com/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/

ROIG, Rodrigo Duque Estrada, “Um princípio para a execução penal: *numerus clausus”,* *Revista Liberdades,* Brasil, núm. 15, enero-april de 2014, 104-120.

SALLA, Fernando, “As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência”, Sociologias, Brasil, ano 8, nº 16, julio-deciembre de 2006, p. 274-307.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, “De Montoro a Lembo: as políticas penitenciárias em São Paulo”, Revista Brasileira de Segurança Pública, Brasil Ano 1, Edição 1, 2007, p. 72-90.

SELBACH, Jeferson Francisco, *Muito além da praça José Bonifácio: as elites e os “outsiders” em Cachoeira do Sul pela voz do Jornal do Povo*, Brasil, Do Autor, 2007.

SOUZA, Fátima, *PCC - A Facção*, Brasil, Record, 2007.Stefanelli, Ricardo, “Testemunhos de um massacre”, série especial de artigos, Zero Hora, Porto Alegre, 18 – 22 /01/98.

VARELLA, Drauzio*, Estação Carandiru*, Brasil, Companhia das Letras, 1999.

VEJA. “A vitória é estar vivo: Entrevista com Rudolph Giuliani”, *Revista Veja*, Brasil, Edição 2117, junio de 2009, http://veja.abril.com.br/170609/entrevista.shtml

VITTO, Renato Campos Pinto De (coord.). “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, *INFOPEN*, Brasil, 2014, http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf

WASSERMANN, Rogerio, “Número de presos explode no Brasil e gera superlotação de presídios”, *BBC Brasil em Londres*, 2012, http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121226\_presos\_brasil\_aumento\_rw.shtml

Recepción: 13 de mayo de 2016.

Aceptación: 20 de junio de 2016.

**Recensiones**

**DE LA PARRA TRUJILLO, Eduardo. *El Derecho a la Propia Imagen*, México, Tirant lo Blanch - Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia (IPIDEC), 2014, ISBN13:9788490536346, 247 pp.**

Carlos Manuel HORNELAS PINEDA[[270]](#footnote-270)\*

Hace más de un siglo, en 1890, el artículo fundacional de Warren y Brandeis, titulado “Right to Privacy” fue publicado en el *Harvard Law Review*, mostrando una auténtica preocupación de los autores por el carácter cada vez más intrusivo de la tecnología en la vida privada, particularmente atraía la atención la invención de la fotografía que permitía registrar aspectos físicos de las personas desde una distancia en la cual el fotógrafo furtivo podía pasar inadvertido para obtener exclusivas que se publicarían en los medios impresos.

El Derecho a la propia Imagen es un tema que se ha vuelto recurrente en la historia y desarrollo de los medios de comunicación, que parecen extender cada vez más sus alcances, incluso más allá de los límites físicos a través de las llamadas Tecnologías de Información y Comunicación. Nunca como ahora, la facilidad por capturar o fijar imágenes en dispositivos móviles, así como su distribución por redes virtuales ha estado a disposición de prácticamente cualquier persona, lo cual plantea la necesidad de un conocimiento mínimo sobre las posibilidades de su protección y su defensa en caso de vulneraciones por terceros.

Si bien es cierto que de esa época a la era digital muchas cosas han cambiado en el campo de la tecnología, también lo es que, irónicamente, cada vez estamos más expuestos al escrutinio público. Por ello, una obra como “El Derecho a la Propia Imagen”, de Eduardo de la Parra Trujillo se recibe con agrado por la oportunidad, claridad y cuidado en la exposición de esta área que cada vez reclama para sí una mayor atención.

Eduardo de la Parra Trujillo es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), donde ha impartido materias relativas a la Propiedad Intelectual, Derecho Moral y los módulos de Derecho a la Imagen así como otros aspectos relacionados con la privacidad. Este libro pertenece a la colección IPIDEC (Instituto de Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia) que por el momento cuenta con sólo dos obras en su haber, la presente que se reseña y la de Mauricio Jalife Daher titulada “Derecho Mexicano de la Propiedad Industrial”. Es prologada por el Dr. Fernando Silva García, quien actualmente se desempeña como juez de Distrito y es Director de la Revista “Garantismo Judicial”.

“El Derecho a la Propia Imagen” es una obra especializada cuya aportación original reside en abordar el estudio de la Propia Imagen como un Derecho personalísimo que tiene su fundamento en la dignidad de la persona humana. Ha sido escrito con un estilo claro, directo y sumamente didáctico. Sea por esta característica que puede abarcar entre sus lectores un abanico que despliega abogados, profesionales, estudiantes y en general público interesado en la materia que hallará en la obra un estudio conciso, más no exhaustivo del tema.

El primer capítulo que sirve como marco teórico, expone los derechos de la personalidad y destaca la naturaleza del daño moral. Especial atención merece la manera en la que explica las principales teorías que abordan el particular, desde aquellos que niegan la reparación o que señalan como imposible demostrar su existencia, hasta las que afirman que la reparación del daño moral es una especie de pena privada. Deja en claro que el derecho a la propia imagen es parte del llamado patrimonio moral.

El segundo capítulo versa sobre la imagen como un bien moral. Explica la evolución de este Derecho y a través del Derecho Comparado, se ocupa especialmente en señalar las principales características y diferencias entre la familia del Common Law y la familia Neorromanista. Cierra el capítulo enumerando los distintos ordenamientos que hay al respecto en la legislación nacional.

El capítulo tercero, que resulta el más extenso se titula “El derecho a la imagen en la ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal”. En este apartado se trata a fondo los claroscuros de la normatividad en comento y se hace una crítica sobre los requisitos para configurar el daño moral, así como los elementos a tomar en cuenta para la valoración de la reparación económica y moral. Termina con un comentario crítico sobre la desaparición de la vía penal.

El cuarto y último capítulo lo dedica al Derecho a la Imagen como parte de la legislación sobre el derecho intelectual, especialmente a través del análisis puntual del artículo 87 de la Ley Federal de Derecho de Autor.

1. \* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx [↑](#footnote-ref-1)
2. \* Profesora de tiempo Completo “C” Definitiva de la Facultad de Derecho de la UNAM, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en el Nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). [↑](#footnote-ref-2)
3. El derecho a la información se reconoce cada vez más como un derecho democrático fundamental, fue establecido en el artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU hace más de 50 años, que a la letra señala: ”Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar, recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. [↑](#footnote-ref-3)
4. En la obra de la República de Platón, se puede apreciar que el filósofo hace alusión al concepto de “hombre tiránico”. Es así como entendemos en esta obra de más de dos mil años de antigüedad, el hecho de que en tiempos antiguos igualmente existía en la filosofía de la época, la conciencia de que el hombre podía tender a realizar actos negativos o que fueran en contra de terceros. Platón nos menciona lo siguiente: *“Estos deseos nacen en el alma de todos los hombres; pero unos, reprimidos por las leyes o por otros deseos mejores, se desvanecen enteramente; mientras que en otros, por el contrario, estos deseos son más numerosos y al mismo tiempo los más fuertes…”* De Azcárate, Patricio, *Platón, Obras Completas*, edición de Azcárate, tomo 8, Madrid 1872. Libro Noveno, pp.135 – 170. [↑](#footnote-ref-4)
5. Durante el periodo del Presidente Vicente Fox Quesada, se creó la Comisión Intersecretarial Anticorrupción desde el mismo día que entró al gobierno, así como la aprobación de la Ley de Acceso a la Información a la mitad de su sexenio. En el caso de la Comisión, hoy se constituye como un programa federal de la Secretaría de la Función Pública, que es sin duda uno de los mecanismos anticorrupción más fuertes de los que tenemos. En el caso del actual gobierno de la república, podemos observar con algo de dudas, pero al fin y al cabo con buenos ojos la creación del Sistema Nacional contra la Corrupción, lo cual se espera que tenga efectos positivos como por ejemplo la aplicación de la Ley General de Contabilidad Gubernamental que ha sido aplicada en menos de la mitad de los gobiernos municipales. Ugalde, Luis Carlos, Sistema Nacional Anticorrupción. El Financiero, 2015. http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/sistema-nacional-anticorrupcion.html [↑](#footnote-ref-5)
6. Ugalde, Luis Carlos, *Rendición de Cuentas y Democracia en México*, 2002, p.45. [↑](#footnote-ref-6)
7. Mejía Chávez, Ileana, “La privacidad y el derecho a la información como parte de la modernidad” en *El sistema jurídico mexicano en Primer Certamen Nacional de Ensayo. México entra en la era de la transparencia,* México, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), 2004, p. 15. [↑](#footnote-ref-7)
8. Mejía Chávez, Ileana, *Op. Cit.,* p.9. [↑](#footnote-ref-8)
9. Para mayor abundamiento del tema democracia véase, Rios Ruiz Alma de los Angeles “Aciertos y tropiezos e la democracia en México” en Perfiles de las Ciencias Sociales , Año 1, núm 2, División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, enero-jumio 2014, México, UAJ en http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/issue/view/130 [↑](#footnote-ref-9)
10. Mejía Chávez, Ileana, *Op. Cit.,* p.9. [↑](#footnote-ref-10)
11. La transparencia: elemento básico de un régimen democrático, Revista FUSDA, http://www.fusda.org/REVISTA%208%20-3TRANSPARENCIA.pdf [↑](#footnote-ref-11)
12. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Hill Mayoral, Benjamín, *Ley de Transparencia: un pacto de honestidad entre gobierno y ciudadanos,* Entorno, Coparmex, No.168, Septiembre 2002, p.34. [↑](#footnote-ref-13)
14. IFAI, Marco teórico-metodológico de la Cultura de la Transparencia. México, Diciembre de 2003. Disponible en internet en: http://www.ifai.org.mx/textos/culturatransparencia/mtm.pdf [↑](#footnote-ref-14)
15. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-15)
16. Véase artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Octava edición, octubre de 2013, pp.51 y ss “…toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportunidad, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión…” [↑](#footnote-ref-16)
17. Principios sobre el derecho de acceso a la información, http://www.oas.org/cji/CJI-RES\_147\_LXXIII-O-08.pdf [↑](#footnote-ref-17)
18. Tomado de la capacitación del INAI en sus instalaciones septiembre de 2015. [↑](#footnote-ref-18)
19. Tomado de presentación de la capacitación del INAI en septiembre de 2015 en INAI. [↑](#footnote-ref-19)
20. Ver Declaración Universal de Derechos Humanos en: http://www.un.org/es/documents/udhr/ [↑](#footnote-ref-20)
21. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx [↑](#footnote-ref-21)
22. Ver Informe del Relator Especial sobre la protección y promoción del derecho a la libertad de opinión y expresión, UN doc. E7CN.4/1999/64, 29 de enero de 1999. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx [↑](#footnote-ref-23)
24. Fuenmayor, Alejandro, *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública,* San José Costa Rica, UNESCO para América Central, 2004. p.19. [↑](#footnote-ref-24)
25. Estudio Especial sobre el Derecho de Acceso a la Información, OEA, Washington, 2007, p.14. [↑](#footnote-ref-25)
26. VerConvención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), **San José, Costa Rica  7 al 22 de noviembre de 1969 en http://www.oas.org/dil/esp/tratados\_b-32\_convencion\_americana\_sobre\_derechos\_humanos.htm** [↑](#footnote-ref-26)
27. Ver CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Principio 4. Ver también Principios de Lima, Principio 1 El acceso a la información como derecho humano en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&lID=2 [↑](#footnote-ref-27)
28. Ver CIDH Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp [↑](#footnote-ref-28)
29. Ver CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos de 2002, párr. 281 en https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/terrorismo.htm [↑](#footnote-ref-29)
30. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, OEA, Washington, 2006, p. 19. [↑](#footnote-ref-30)
31. Convenio Europeo de Derechos Humanos en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\_SPA.pdf [↑](#footnote-ref-31)
32. Carta de los derechos fundamentales de la unión europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\_es.pdf [↑](#footnote-ref-32)
33. *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*, OEA, Washington, 2006,p. 19. [↑](#footnote-ref-33)
34. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en http://www.cidh.org/relatoria [↑](#footnote-ref-34)
35. Propuesta de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, IFAI, México, 2014, http://inicio.ifai.org.mx/nuevo/Propuesta%20%20de%20Ley%20General%20de%20TAI%20PDF.pdf [↑](#footnote-ref-35)
36. González Tiburcio Enrique, Laris Cutiño, Christian (Coordinadores), *Estudio de leyes de transparencia y acceso a la información pública*, México, IFAI- Dirección General de Atención a la Sociedad y Relaciones Institucionales, 2012, http://inicio.ifai.org.mx/EstudioComparativo/EstudiodeLeyesSeptiembre2012.pdf [↑](#footnote-ref-36)
37. Propuesta de Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, IFAI, México, 2014, http://inicio.ifai.org.mx/nuevo/Propuesta%20%20de%20Ley%20General%20de%20TAI%20PDF.pdf [↑](#footnote-ref-37)
38. El indicador de Transparencia Internacional nos arroja los siguientes datos: el 43% de la población considera que la milicia, el sector salud y las ONG’s son corruptos, el 51% la industria privada, el 55% los medios de comunicación masiva, el 80% el sistema judicial, el 87% la función pública, el 90% la policía y el 91% los partidos políticos. En resumen 7 de cada 10 mexicanos consideran que la corrupción en nuestro país ha aumentado. Langer Ana, México, entre los tres países con partidos más corruptos. El Economista. 9 de junio de 2013. Link: http://problematicasdemexico.blogspot.mx/2013/10/corrupcion-politica-de-mexico.html. [↑](#footnote-ref-38)
39. En el año 2014, se estima que la corrupción, la violencia y la pobreza, le costaron a México el 34% de su PIB, es decir, aproximadamente 6 billones 86 mil 939 millones 656 mil 416 pesos. Considerando estos datos, más la situación actual de nuestro país, en donde existe un nivel alto de impunidad y una pobreza que se incrementó a 55.3 millones de habitantes, nos damos cuenta de que constituyen una bomba de tiempo para cualquier tipo de fenómeno sociopolítico negativo. Barragán Daniela, ¿Cuánto le cuesta a México la corrupción, violencia y pobreza? Sin embargo, 13 de agosto de 2015. Link: http://www.sinembargo.mx/13-08-2015/1447572 [↑](#footnote-ref-39)
40. ACUERDO mediante el cual el Pleno del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, establece las bases de interpretación y aplicación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, DIARIO OFICIAL, (Primera Sección), Miércoles 17 de junio de 2015. [↑](#footnote-ref-40)
41. Tomado de presentación de la capacitación del INAI en septiembre de 2015. [↑](#footnote-ref-41)
42. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-42)
43. Transparencia proacriva, INAI, http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/TransparenciaProactiva-IFAI.aspx [↑](#footnote-ref-43)
44. Transparencia reactiva y proactiva: hermanas que no se hablan, http://themexicantimes.mx/transparenciareactivayproactiva/ [↑](#footnote-ref-44)
45. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-45)
46. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-46)
47. *Ídem.* [↑](#footnote-ref-47)
48. Peschard, Jacqueline, *La Ley General de Acceso a la Información Pública: una visión de Estado*, México, CIDE, 2013, p. 16. [↑](#footnote-ref-48)
49. *Ibídem*., p. 18-25. [↑](#footnote-ref-49)
50. Articulo 49 de la Ley General.Los Organismos garantes desarrollarán, administrarán, implementarán y pondrán en funcionamiento la plataforma electrónica que permita cumplir con los procedimientos, obligaciones y disposiciones señaladas en la presente Ley para los sujetos obligados y Organismos garantes, de conformidad con la normatividad que establezca el Sistema Nacional, atendiendo a las necesidades de accesibilidad de los usuarios. [↑](#footnote-ref-50)
51. Villanueva Ernesto, “Olvidos” en la Ley de Transparencia, Revista Proceso, Seminario de Información y Análisis, Número 2011, 17 de mayo de 2015, México. Sostiene el autor que “…Esto, que pudiera parecer una minucia, en realidad es una omisión grave, a la luz de los siguientes razonamientos: a) La autoridad en los términos del artículo 16 Constitucional, debe fundar y motivar sus resoluciones. Si un particular en posesión de datos personales impugna una resolución porque los comisionados nombrados por el Senado no lo son del INAI-no expresamente ni en la Constitución ni en la ley-, y porque carecen de competencia, lo propio podría invocar el consejero jurídico de la presidencia al ser la ventanilla de los sujetos obligados para impugnar las resoluciones del INAI cuando lo haga en nombre y representación, por ejemplo, de un partido político o de un sindicato…”

    En los transitorios no se incluyeron dos aspectos fundamentales: los bienes muebles e inmuebles, junto con el personal del IFAI, pasen a formar parte del INAI, los comisionados nombrados por el Senado para integrar el Órgano Garante lo serán del INAI al que se refiere la mencionada ley. Díaz, Vanessa, Sistema Nacional de Transparencia, Seminario de Transparencia, http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/seminariomateriatransparencia/Sistema%20Nacional%20de%20Transparencia.pdf [↑](#footnote-ref-51)
52. Alianza para el Gobierno Abierto, Plan de Acción 2013-2015, México, 2015, http://www.pa**2015**.mx [↑](#footnote-ref-52)
53. S.J. Piotrowski, “*Govermmental transparency in the path of administrative reform*”, SUNY Press, New York, 2007, en C Bertot John, T. Jaeger Paul, et al, Using ICTs to créate a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies, Government Information Quarterly of Maryland, College Park, MD, USA, pp.264-271. [↑](#footnote-ref-53)
54. FayerWayer, México: el gobierno comenzó a liberar datso abiertos, 2015. http://www.fayerwayer.com/2014/07/mexico-el-gobierno-comenzo-a-liberar-datos-abiertos/ [↑](#footnote-ref-54)
55. Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, Guía de Implementación de la Política de Datos Abiertos, México 2015, www.dof.gob.mx/nota\_detalle.php?codigo.../2015. [↑](#footnote-ref-55)
56. Véase: Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, México 2015, www.coneval.gob.mx/**Evaluacion**/.../IEPDS\_2014.asp.. [↑](#footnote-ref-56)
57. \* Economista mexicano (UNAM), Doctor en Ciencias de la Administración (Université de Corse Pascal Paoli) y postdoctorado (Université du Québec à Montréal). Profesor – Investigador de la Universidad Anáhuac (Campus Cancún), y miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. Su interpretación social y filosófica de los conceptos económicos le permite el desarrollo de una investigación original sobre la responsabilidad social de las empresas, la cual toma a contra pie el pensamiento convencional. rcuevasfr@yahoo.fr Tel. (998) 881.7750. Ext. 142. [↑](#footnote-ref-57)
58. \*\* Maestría en Relaciones Internacionales en la Universiteit Van Ámsterdam (Países Bajos) y la Licenciatura y el Doctorado en Estudios Latinoamericanos en la UNAM (México). Profesora – Investigadora de la Universidad Anáhuac (Campus Cancún), México, es articulista de revistas arbitradas nacionales e internacionales. Fue acreedora a la beca Fulbright – García Robles (2009) y es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de México. rebeca.rodriguez@anahuac.mx Tel. (998) 881.7750. Ext. 142. [↑](#footnote-ref-58)
59. Preston, Lee y Post, James, *Private Management and Public Policy: The Principle of Public Responsibility*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1975; Preston, Lee y Post, James, *Private Management and Public Policy*, California Management Review; primavera de 1981, Vol. 23 núm. 3, p. 56-62 y Carroll, Archie & Buchholtz, Ann K., *Business & Society: Ethics and Stakeholder Management*, Cengage Learning: Estados Unidos, Edición South-Western, 2009. [↑](#footnote-ref-59)
60. Cuevas Moreno, Ricardo, “Las dimensiones de la responsabilidad social de las empresas: Una guía de lectura para su estudio”, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Vol. XIX (1), Junio 2011, 7-26. En http://www.scielo.org.co/pdf/rfce/v19n1/v19n1a02.pdf [↑](#footnote-ref-60)
61. *Ibid* y Troelsen, Andrew y Weber, Karl, “The Triple Bottom Line: How Today's Best-Run Companies Are Achieving Economic, Social, and Environmental Success: and How You Can Too”, *Revised and Updated*, Estados Unidos, Jossey-Bass, John Wiley & Sons, Inc., 2014. [↑](#footnote-ref-61)
62. La principal característica de la responsabilidad social se traduce por la voluntad de la organización, por un lado, de integrar las consideraciones sociales y del cuidado del medio ambiente en la toma de decisiones, y por otro lado, de rendir cuentas de los impactos de sus decisiones y las actividades sobre la sociedad y el medioambiente. Esto implica un comportamiento a la vez transparente y moral que contribuye al desarrollo sustentable, toma en cuenta a los grupos de interés, respecta las leyes en vigor y está en coherencia con las normas internacionales de comportamiento. Ese comportamiento está integrado al conjunto de la organización y puesto en obras en sus relaciones. ISO/DIS 26 000, *Guidance on Social Responsibility*, Ginebra, International Organization for Standardization, Tipo de documento : Norma Internacional, 2009-10-08. [↑](#footnote-ref-62)
63. Carroll, Archie, *A three-dimensional conceptual model of corporate performance*, Academy of Management. The Academy of Management Review, 1979, Vol. 4, núm. 4, p. 497-506, Jones, Thomas, “Corporate social responsibility revisited, redefined*”*, *California Management Review*, 1980, Vol. 22, núm. 3, p. 59-67; Clarkson, Max, “A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance*”*, *Academy of Management. The Academy of Management Review*, 1995, Vol. 20, núm. 1, 92-117. [↑](#footnote-ref-63)
64. Véase Dion, Michel & Wolff, Dominique (coordinadores), *Le développement durable. Théories et applications au management*, Francia, Editorial Dunond, 2008 y Ramboarisata, Lovasoa, *Analyse institutionnelle de la stratégie de responsabilité sociale d’entreprise (RSE) des institutions financières coopératives*, UQAM, ESG, Thèse, du Doctorat en Administration, septiembre del 2009. [↑](#footnote-ref-64)
65. Kocmanová, Alena & Šimberová, Iveta, “Determination of environmental, social and corporate governance indicators: framework in the measurement of sustainable performance*”*, *Journal of Business Economics and Managemen*t, (2014a), vol. 15, núm. 5, pp. 1017-1033, Kocmanová, Alena & Šimberová, Iveta, “The Relationship between Corporate Environmental, Social and Governance Performance, and Economic Performance: Empirical Study on Czech Manufacturing Industry”*, International Journal of Economics & Statistics*, Vol. 2, 2014b, p.170-178 y Valenzuela, Leslie., Jara-Bertin, Mauricio y Villegas, Francisco, “Prácticas de Responsabilidad Social, Reputación Corporativa y Desempeño Financiero*”, Revista de Administración de Empresas*, FGV-EAESP, mayo-junio 2015 vol. 55, núm. 3, , p. 329-344. [↑](#footnote-ref-65)
66. Troelsen, Andrew & Weber, Karl (2014), *Op. Cit.*  [↑](#footnote-ref-66)
67. Jones, Thomas (1980), *Op Cit.* [↑](#footnote-ref-67)
68. Persais, Eric, *La RSE en práctica o como hacer operacional una regla implícita*, XV Conferencia Internacional de Administración Estratégica, Annecy / Ginebra 13-16 de junio del 2006, en: http://www.strategie-aims.com/events/conferences/8-xveme-conference-de-l-aims/communications/2268-la-rse-en-pratique-ou-comment-rendre-operationnelle-une-regle-implicite/download. [↑](#footnote-ref-68)
69. Floris, Bernard, *La communication managériale. La modernisation symbolique des entreprises*, Grenoble, PUF, Francia, 1996. [↑](#footnote-ref-69)
70. Cuevas Moreno, Ricardo, *Ética y responsabilidad social de las empresas: La nueva cultura de la época de la globalización. Un enfoque dialectico*, Estados Unidos, Editorial Académica Española, 2012. [↑](#footnote-ref-70)
71. Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Empire*, Paris, Editorial Exils, 2000, traducido del alemán para Canal D-A, Francia.y Cuevas Moreno, Ricardo, “La ética de los negocios y la economía de la informatización*”*, *Revista de Contaduría y Administración*, Nueva época arbitrada, UNAM-FCA, México, mayo-agosto 2006, Núm, 219, p. 59-83. [↑](#footnote-ref-71)
72. Castells, Manuel, *La société en réseaux*, Paris, Editorial Fayard, 2001. [↑](#footnote-ref-72)
73. Commission des Communautés Européennes (C.C.E.), *Livre Vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Brucelas, 2001. [↑](#footnote-ref-73)
74. Troelsen, Andrew & Weber, Karl, (2014*), Op. Cit* y Preston, Lee & Post, James (1981), *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-74)
75. Lapointe, Alain, Champion, Emmanuelle & Gendron, Corinne, ”Les limites de l’autorégulation par le biais de la responsabilité sociale volontaire*”, Les cahiers de la Chaire de responsabilité sociale et de développement durable*, 2003, núm. 18, p. 14. [↑](#footnote-ref-75)
76. Scherer, Andreas & Palazzo, Guido, “Toward a Political Conception of Corporate Responsibility*”*, *Academy of Management Review*, 2007, vol. 32, núm. 4, pp. 1096-1120 y Persais, Eric (2010). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-76)
77. Carroll, Archie & Buchholtz, Ann K. (2009). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-77)
78. Troelsen, Andrew & Weber, Karl (2014). *Op. Cit.* . [↑](#footnote-ref-78)
79. Carroll, A.B. & Buchholtz, A. K. (2009), Op. Cit [↑](#footnote-ref-79)
80. Marx, K., *Manuscrits parisiens*, Paris, Editorial Gallimard, 1844/1968 y Marx, K, *Le Capital*, Volúmen I, Editorial Gallimard, París, (1867/1965). [↑](#footnote-ref-80)
81. Carroll, A.B. & Buchholtz, A. K. (2009*), Op. Cit* , p.452-453 [↑](#footnote-ref-81)
82. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-82)
83. Preston, Lee y Post, James (1975). *Op.Cit.* [↑](#footnote-ref-83)
84. Carroll, Archie & Bouchholtz, Ann K. (2014). *Op Cit.* [↑](#footnote-ref-84)
85. Preston, Lee y Post, James (1975 y 1981). *Op Cit.* [↑](#footnote-ref-85)
86. El caso de los Tigres Asiáticos y su exitoso modelo económico basado en la Industrialización por Sustitución de Importaciones, es un excelente ejemplo de esa sinergia lograda entre la Empresa y el Estado, por el bienestar común. [↑](#footnote-ref-86)
87. Jones, Thomas (1980). *Op Cit.* [↑](#footnote-ref-87)
88. Preston, Lee y Post, James (1981*). Op. Cit.,* p. 61. [↑](#footnote-ref-88)
89. Jones, Thomas (1980). Op Cit. [↑](#footnote-ref-89)
90. Preston, Lee y Post, James (1975)*. Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-90)
91. *Ibid* ,(1981). [↑](#footnote-ref-91)
92. La categoría de *matriz institucional* cristaliza el conjunto de leyes, de reglas, de normas formales y el conjunto de reglas *informales omnipresentes* dentro las cuales el capitalismo se desarrolla. North, Douglass, *The rol of institutions in economic development*, United Nations Economic Commission for Europe, Discussion paper series. Ginebra, Suiza, Octubre del 2003, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm . [↑](#footnote-ref-92)
93. Carroll, Archie &. Bouchholtz Ann K., (2009). *Op Cit.,* establecen los puntos del rol del gobierno: estableciendo las reglas del juego para los negocios, siendo promotor de la economía a través de su gasto, la posesión de activos, el subsidio y el financiamiento; la gestión de áreas para la empresa privada, en fin, el desarrollo de la conciencia y el bienestar sociales. [↑](#footnote-ref-93)
94. Donaldson, Thomas & Dunfee, Tho9mas, “Toward a Unified Conception of Business Ethics: Integrative Social Contracts Theory”, *Academy of Management Review*, 1994, vol. 19, núm. 2, pp. 252-284. [↑](#footnote-ref-94)
95. Como ejemplo véanse las empresas mineras canadienses instaladas en el Sur y los nuevos movimientos comunitarios contra esas empresas en Lapointe, Alain, Champion, Emmanuelle & Gendron, Corinne (2003), *Op. Cit.* y Cuevas Moreno, Ricardo (2013) [↑](#footnote-ref-95)
96. Ramboarisata, Lovasoa (2009). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-96)
97. *Ibid,* p. 75. [↑](#footnote-ref-97)
98. Lapointe, Alain, Champion, Emmanuelle & Gendron, Corinne (2003). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-98)
99. North, Douglas, *Five propositions about institutional change*, Working Paper, Washington University St Louis. 1993, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm y North, Douglas, *Institutional change: A framework of analysis*, Working Paper, Washington University St Louis, 1994, en: http://econpapers.repec.org/RAS/pno11.htm . [↑](#footnote-ref-99)
100. Baret, Pierre, *Comprendre l’appropriation de la RSE : quel(s) éclairage(s) théorique(s)?*, XVI Conferencia Internacional de Administración Estratégica, Montreal, 6-9 de junio del 2007. [↑](#footnote-ref-100)
101. Dupuis, Jean-Pierre y Le Bas, Christian, *La responsabilidad social de las empresas como institución: La contribución de los enfoques institucionalistas,* Cuaderno del GEMO- ESDES, Núm. 2005-04, 17. [↑](#footnote-ref-101)
102. Ramboarisata, Lovasoa (2009). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-102)
103. Preston, Lee y Post, James (1975 y 1981), Op. Cit, North, Douglas, *Institutions, organizations and market competition*, Working Paper, Washington University St Louis, 1996 y Marx, Karl. y Engels, Frederic., *Le Manifieste Communiste*, Paris, Editorial NRF Gallimard, 1848/1965. [↑](#footnote-ref-103)
104. Preston, Lee y Post, James (1975 y 1981*). Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-104)
105. Weber, Max, *Le savant et le politique,* Paris, Editorial Plon, 1919/2001. [↑](#footnote-ref-105)
106. Marx, Karl, *Contribution à la critique de l’économie politique*, Paris, Editorial NRF Gallimard, 1965/1859. [↑](#footnote-ref-106)
107. Marx, Karl y Engels, Frederic (1848/1965), *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-107)
108. Lenin, Ilych, *El Estado y la Revolución*. México, Progreso, 1977 y Lenin, Ilych, *Acerca del Estado,* México, Progreso, 1978. [↑](#footnote-ref-108)
109. Moreno, Juan, Garavito, Rosa y Yacamán, Jesús, *Fobaproa: El costo de rescate bancario*, México, Grupo Parlamentario del PRD, Cámara de Diputados Congreso de la Unión, XL Legislatura, 2009, vol. I, en: http://diputadosprd.org.mx/libros/lx/fobaproa\_2009\_vol1.pdf. [↑](#footnote-ref-109)
110. Carroll, Archie & Bouchholtz, Ann K. (2009), *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-110)
111. Montesquieu, Charles-Louis, *De l’esprit des lois*, Paris, Editorial Gallimard, 1748/1995. [↑](#footnote-ref-111)
112. *Ley General de Desarrollo Social* (LGDS), Texto vigente, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, en: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/264.pdf. [↑](#footnote-ref-112)
113. Sacristán Roy, Emilio (2006), *Op. Cit.*  [↑](#footnote-ref-113)
114. CONEVAL, “Medición de la pobreza*”*, *Pobreza en México*, 2014, en: http://www.coneval.gob.mx/medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx. [↑](#footnote-ref-114)
115. OCDE, México, *Políticas prioritarias para fomentar las habilidades y conocimientos de los mexicanos para la productividad y la innovación*, 2015, en: http://www.oecd.org/mexico/mexico-politicas-prioritarias-para-fomentar-las-habilidades-y-conocimientos-de-los-Mexicanos.pdf. [↑](#footnote-ref-115)
116. El precio corresponde al 7 de enero del 2016 según la Secretaría de Economía, en: http://portalweb.sgm.gob.mx/economia/es/energeticos/precios-historicos/695-seguimiento-precio-del-petroleo-mezcla-mexicana-mme-datos.html. [↑](#footnote-ref-116)
117. Córdova Vianello, Lorenzo, Carbonel y Sánchez, Miguel y Silva Ramos, Alberto (1991), *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-117)
118. 1º de diciembre del 2012. [↑](#footnote-ref-118)
119. Transparency International, *Índice de Percepción de la Corrupción*, 2014, en: http://www.transparency.org/news/pressrelease/indice\_de\_percepcion\_de\_la\_corrupcion\_2014\_el\_crecimiento\_transparente\_en\_r. [↑](#footnote-ref-119)
120. Marx, Karl (1965), *Op. Cit*. [↑](#footnote-ref-120)
121. Bull, Benedicte, “Responsabilidad Social de las empresas: Una solución para el desarrollo en América Latina”, *Revista Venezolana de Gerencia*, Universidad del Zulia, Venezuela, diciembre-febrero, 2004, año/vol 9, núm. 028. pp. 1-24 [↑](#footnote-ref-121)
122. Lenin, Ilych (1977 y 1978). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-122)
123. Preston, Lee y Post, James (1975 y 1981*). Op. Cit.,* Jones, Thomas (1980). *Op. Cit.,* Carroll, Archie & Bouchholtz, Ann K., (2009). *Op Cit.* [↑](#footnote-ref-123)
124. H. Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917*), Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada en el DOF el 24-08-2009, Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios Centro de Documentación, Información y Análisis, en: http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf. [↑](#footnote-ref-124)
125. Persais, Eric (2006). *Op. Cit.* [↑](#footnote-ref-125)
126. Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, núm. 37, 1962. [↑](#footnote-ref-126)
127. *Ibid*, citado por Carroll, Archie (1979), *Op. Cit.,* p. 43 [↑](#footnote-ref-127)
128. • Antropóloga egresada como Licenciada en Antropología y titulada con el grado de Antropóloga (2015) de la Universidad Católica de Temuco, Chile. Con un diplomado en Peritaje Social, Psicológico y Antropológico en perspectiva interdisciplinaria, dictado por la misma universidad. cgeldres.ant@gmail.com. [↑](#footnote-ref-128)
129. Sánchez Botero, María Esther, “El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural.” GTZ, 2010, p. 132-134. [↑](#footnote-ref-129)
130. Valladares, Laura, “El peritaje antropológico: Los retos del entendimiento intercultural” en “Pueblos indígenas. Debates y perspectivas”. Ed. Programa México Nación Multicultural-UNAM, México, 2011, p. 1. [↑](#footnote-ref-130)
131. Sánchez Botero, María Esther, ““El peritaje antropológico. Justicia en clave cultural.” GTZ, 2010, p. 137. [↑](#footnote-ref-131)
132. Berho Castillo, Marcelo Marcial, “Peritaje antropológico en la Araucanía. Experiencias, conceptos y desafíos disciplinarios y profesionales”, documento inédito, Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, Chile, 2015, p. 5. [↑](#footnote-ref-132)
133. El Lager es, en sí mismo, un poderoso concentrador de pesadillas y de vicios, una especie de catálogo de los más horrendos ejercicios de dominio, control y exterminio. Se calcula que el sistema de campos de concentración nazi tenía no menos de un millón de personas/año, de las cuales murieron entre seis y medio y siete millones en el periodo 1938-1945, sobreviviendo sólo un millón, aunque las cifras más actualizadas hablan de no más de seiscientos mil. Anta, José Luis, “Moral y cotidianidad en los campos de concentración del nacismo”. Athenea Digital. Universidad de Jaén, España, 2004, p. 6 [↑](#footnote-ref-133)
134. Primo, Levi, “Los hundidos y los salvados”, Muchnik Editores, España, 1989, p. 16. [↑](#footnote-ref-134)
135. *Idem.* [↑](#footnote-ref-135)
136. Nohlen, Dieter, “Diccionario de Ciencias Políticas. Teorías, Métodos y Conceptos”, II tomos, México, 2006, p. 2. [↑](#footnote-ref-136)
137. La clasificación de países andinos, tiene entre sus integrantes a: Chile, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Argentina. Esta surge a partir de un criterio físico – geográfico compartido. Su elección se sustenta bajo una serie de procesos sociopolíticos mayormente compartidos: ola de reformas constitucionales, la reestructuración de los sistemas de justicia, procesos de dictadura, alta presencia de población indígena, la integración de la dimensión multicultural dentro de sus dinámicas estatales y el desarrollo de las prácticas periciales antropológicas alrededor de los últimos treinta años. [↑](#footnote-ref-137)
138. Pierce, Charles, citado por Menna, Sergio, “Heurística y Metodología de la Ciencia”. Mundo Siglo XXI, revista del CIECAS-IPN, México, 2013, p.75.

     [↑](#footnote-ref-138)
139. Los cambios constitucionales en la zona andina, tienen entre sus países a: Argentina (1994), Bolivia (1994, 2004), Colombia (1991), Ecuador (1998, 2008), Perú (1993) y Chile (1998). [↑](#footnote-ref-139)
140. Pásara, Luis, “En busca de una Justicia Distinta. Experiencias de reformas en América Latina” en “Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales”. MJDHC, Ecuador, 2004, en Chivi, Idon, “Los Caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario” en “Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales”. MJDHC, Ecuador, 2009, p. 306. [↑](#footnote-ref-140)
141. Yrigoyen, Raquel, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, El otro derecho, Colombia, 2004, p. 188-190. [↑](#footnote-ref-141)
142. Albó, Xavier, “Justicia indígena en la Bolivia plurinacional” en “Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia” Ed. Rosa Luxemburg/ Abya-Yala, Ecuador, 2012, p. 225-230. [↑](#footnote-ref-142)
143. El convenio 169 corresponde a un tratado internacional adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989. Dicho convenio establece el deber de aquellos países suscritos, a establecer una consulta pre-legislativa y administrativa susceptible de afectar directamente a los pueblos originarios, estableciendo los procedimientos apropiados de consulta a los pueblos involucrados, con la finalidad de lograr acuerdos respecto a las medidas propuestas. Además regula en materias relacionadas con la costumbre, asociado al derecho consuetudinario, la conservación de su cultura, entre otras materias. Ministerio de Desarrollo social. Gobierno de Chile. [↑](#footnote-ref-143)
144. El concepto de pueblo actúa de forma más integracionista al comprender formas de organización no reconocidas por la ley y fuera del sistema comunal. Entre estos se encuentran: grupos indígenas extensos, federaciones, entre otros. Yrigoyen, Raquel, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, El otro derecho, Colombia, 2004, p. 117. [↑](#footnote-ref-144)
145. Artículo 8 y 9 del Convenio 169, sobre incompatibilización con los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente. [↑](#footnote-ref-145)
146. Revisar el Art.171 de la Constitución del Ecuador, 2008. [↑](#footnote-ref-146)
147. Grijalva, Agustín, “La Constitución Ecuatoriana del 2008: Resultado e Innovaciones”, Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, Francia, 2009, p. 3. [↑](#footnote-ref-147)
148. Wray, Alberto, “Justicia indígena: Sus límites constitucionales” en Luris Dictio, Año III, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco, Ecuador, 2000, p. 49. [↑](#footnote-ref-148)
149. Semper, Frank, “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, IIJ, UNAM, México, 2006, p. 766. [↑](#footnote-ref-149)
150. Cabedo, Vicente, “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”, Alertanet en derecho y sociedad, Colombia, 1998, p. 3. [↑](#footnote-ref-150)
151. KAS, “Situación de los pueblos indígenas de Colombia”, KASPapers, Colombia, 2009, p. 6. [↑](#footnote-ref-151)
152. Chuecas, Adda, “El Derecho de los Pueblos Indígenas y Comunidades en el Centro Histórico del Perú”, CAAAP, Perú, <http://www.caaap.org.pe/archivos/derecho.pdf>, s.f, p. 7. [↑](#footnote-ref-152)
153. “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Capítulo cuarto, artículo 75, inciso 22. [↑](#footnote-ref-153)
154. Quiroga, Fernando, “La Constitución Argentina y los Derechos de los Pueblos Indígenas”, Blog Observatorio de DDHH y Pueblos Indígenas, Argentina, 2011, p. 1. [↑](#footnote-ref-154)
155. Lopehandía, Matías, “Reconocimiento Constitucional y Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Con especial referencia al derecho a la consulta”. OP, Chile, 2010, p. 17-19. [↑](#footnote-ref-155)
156. *Ibidem*; p.6-16. [↑](#footnote-ref-156)
157. Botero, Esther, *op. cit*., p. 17. [↑](#footnote-ref-157)
158. Una de las sentencias en las que estuvieron involucrados antropólogos y que figura como una de las más importantes por su pertinencia jurídica, social y académica, fue la SU- 510. En ella se discutieron cuestiones como la interpretación jurídica de la identidad cultural, el conflicto intercultural por influencias religiosas, los límites autonómicos de las autoridades indígenas, entre otras temáticas que posteriormente sirvieron para ser incorporadas en la Constitución Política de 1991. Guevara, Pablo, “El peritaje antropológico en Colombia”, Pontificia Universidad de Javeriana, Colombia, 2010, p. 30. [↑](#footnote-ref-158)
159. Ariza, Rosembert, “Peritazgo Socio-Antropo-Jurídico y Administración de Justicia Intercultural de Colombia” en IIDH, “Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas: los Peritajes Culturales y la Visión de Pobreza desde su Cosmovisión, Costa Rica, 2010, p. 15-17. Botero, Esther, *op. cit*., p. 15. [↑](#footnote-ref-159)
160. *Idem* Ariza, Rosembert*.* [↑](#footnote-ref-160)
161. I.I.D.H, “Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión”, Costa Rica, 2010, p. 9; Botero, Esther, *op. cit*., p. 42. [↑](#footnote-ref-161)
162. Botero, Esther, *Op. cit*., p. 129. [↑](#footnote-ref-162)
163. *Ibídem;* 105*.* [↑](#footnote-ref-163)
164. Pabón, Jazmín, Juliana, Padilla, “Diseño, valoración e implementación de instrumentos científicos para el proceso de valoración, clasificación y seguimiento en el tratamiento penitenciario de la población condenada en los establecimientos de reclusión del orden nacional consistente en sus dos primera etapas: Caracterización de escenarios y gestiones de los consejos de evaluación y tratamiento (CET) y definición de marcos conceptuales por área disciplinar”, INPEC, Universidad Nacional de Colombia, 2008, p. 3. [↑](#footnote-ref-164)
165. Guevara, Pablo, “El peritaje antropológico en Colombia”, Pontificia Universidad de Javeriana, Colombia, 2010, p. 30. [↑](#footnote-ref-165)
166. I*bidem;* 34*.* [↑](#footnote-ref-166)
167. Ariza, Rosembert, *op.cit*., p. 17. [↑](#footnote-ref-167)
168. Matos, James, “¿La interculturalidad se abre paso en las Cortes Superiores de Justicia de la Amazonía peruana?” Biblioteca virtual (UNIFR), Suiza, 2011, p. 4. [↑](#footnote-ref-168)
169. Guevara, Jorge, “Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2009, p. 192. [↑](#footnote-ref-169)
170. “El que por su cultura o costumbre comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuara la pena”. La situación jurídica del culturalmente condicionado frente al derecho penal. Chunga, Laurence, “La situación jurídica del culturalmente condicionado frente al derecho penal”. Revista electrónica Derecho penal online. 2010. [↑](#footnote-ref-170)
171. *Idem*. [↑](#footnote-ref-171)
172. Ruiz, Juan, “Aproximación a los fundamentos constitucionales del peritaje antropológico” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”, Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú, 2015, p. 139-141; Giménez, Carlos, “Pluralismo, Multiculturalismo e Interculturalidad. Propuesta de clarificación y apuntes educativos. Educación y Futuro.” Revista de Investigación Aplicada y Experiencias Educativas, Perú, 2003, p. 9-26. [↑](#footnote-ref-172)
173. Giménez, Carlos, *op. cit*., p. 9-26. [↑](#footnote-ref-173)
174. Gitlitz, John, “El “otro” sigue siendo el “otro”: el concepto de cultura y los peritajes antropológicos” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”, (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú, 2015, p. 72. [↑](#footnote-ref-174)
175. Francia, Luis, “La pericia antropológica en el proceso penal peruano: consideraciones sobre un elemento probatorio en desarrollo” en “El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica”. (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho, Perú, 2015, p. 155. [↑](#footnote-ref-175)
176. *Idem.* [↑](#footnote-ref-176)
177. Ariza, Rosembert, “Peritazgo Socio-Antropo-Jurídico y Administración de Justicia Intercultural de Colombia” en IIDH, “Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas: los Peritajes Culturales y la Visión de Pobreza desde su Cosmovisión, Costa Rica, 2010, p. 13. [↑](#footnote-ref-177)
178. Andrés, Lidia; Borda, Carolina, “Reflexiones generales sobre el peritaje antropológico”. II Congreso Ecuatoriano de Antropología y Arqueología “Balances de la última década: Aportes, Retos y nuevos temas”, Abya Yala, Ecuador, 2007, p.19. [↑](#footnote-ref-178)
179. *Ibídem;* 20*.* [↑](#footnote-ref-179)
180. Avila, Luis, “Barreras ideológicas para la valoración judicial de los peritajes antropológicos”. Crítica jurídica N° 31, Biblioteca jurídica virtual, IIJ, UNAM, México, 2011, p16. [↑](#footnote-ref-180)
181. *Idem*. [↑](#footnote-ref-181)
182. Bermúdez, Samantha, “El Convenio 169 de la OIT y su recepción en el derecho interno ecuatoriano”. Facultad de Ciencias Jurídicas, Escuela de Derecho, Universidad del Azuay, Ecuador, 2010, p. 26-31. [↑](#footnote-ref-182)
183. Danilo, García, “Pluralismo jurídico y peritaje antropológico: su incidencia en la educación y legislación ecuatoriana”, II Congreso Ecuatoriano de Antropología y Arqueología “Balances de la última década: Aportes, Retos y nuevos temas” Abya Yala, Ecuador, 2007; Botero, Esther., *op*.*cit*; 2010. [↑](#footnote-ref-183)
184. Danilo, García, *op., cit,* 2007, p.42. [↑](#footnote-ref-184)
185. *Ibidem;* 41-45. [↑](#footnote-ref-185)
186. Moreira, Manuel, “El derecho penal y la pericia antropológica”. IX Congreso Argentino de Antropología Social. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Misiones, Argentina, 2008, p. 8. [↑](#footnote-ref-186)
187. Jesús, Manuel, “La pericia antropológica en los conflictos judiciales de los pueblos originarios”. Voces en el Fénix, Argentina, 2013, p. 57. [↑](#footnote-ref-187)
188. Kalinsky, Beatriz; Cañete, Osvaldo, La pericia como prueba judicial”. Centro de Estudios Interdisciplinarios sobre Delito, Argentina. Extraído el 12 de junio de 2015 desde: <http://www.cereid.org.ar/pdf/lapericiaantropologicacomopruebajudicial.pdf>, s.f, p.1. [↑](#footnote-ref-188)
189. Carrasco, Morita, “Diálogos de una antropóloga con el derecho a partir de su experiencia como perito en 2 juicios penales” en “El peritaje antropológico: entre la reflexión y la práctica”. CICAJ, 2015, p.63. [↑](#footnote-ref-189)
190. Kalinsky, Beatriz; Osvaldo, Cañete, *op. cit*., p. 2. [↑](#footnote-ref-190)
191. *Íbidem;* p*.*3*.* [↑](#footnote-ref-191)
192. Jesús, Manuel, *op.cit*., p. 4. [↑](#footnote-ref-192)
193. Berho, Marcelo, op. cit., p. 6. [↑](#footnote-ref-193)
194. Véase : http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf. [↑](#footnote-ref-194)
195. Defensoría Penal Pública, “Modelo de defensa penal para imputados indígenas”. Extraído el 2 de noviembre de 2014 desde:http://www.dpp.cl/resources/upload/bbff843724ee902561ab8def3ea5cf37.pdf [↑](#footnote-ref-195)
196. *Ibidem*; p. 171-173. [↑](#footnote-ref-196)
197. Álvarez, Roberto, “El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011.” Cultura, Hombre y Sociedad, Chile, 2014, p. 84. [↑](#footnote-ref-197)
198. Berho, Marcelo*, op. cit*., p. 5. [↑](#footnote-ref-198)
199. Álvarez, Roberto, *op. cit*., p. 86. [↑](#footnote-ref-199)
200. DPP, *op. cit*., p. 95. Bertini Leonello; Yañez, Nancy, “Pluralismo jurídico: Derecho indígena y justicia nacional”, Anuario de derechos humanos, Chile, 2013, p. 156. [↑](#footnote-ref-200)
201. Tribunal Oral en lo Penal Temuco. Caso 31 de mayo de 2006. Véase: Castro, Milka y Vergara. Jurisprudencia indígena…cit. en Bertini y Yáñez. “Pluralismos Jurídico: derecho indígena y justicia nacional, Chile”, 2013, p. 156. [↑](#footnote-ref-201)
202. Valenzuela, Mylene, “Derechos de los pueblos indígenas en el contexto internacional, especialmente en lo relativo a los aspectos penales” en revista de Estudios Criminológicos y penitenciarios, Chile, cit en Álvarez, Roberto, “El peritaje antropológico y la defensa penal de imputados indígenas en la Araucanía, 2004-2011.” Cultura, Hombre y Sociedad, Chile, 2014, p. [↑](#footnote-ref-202)
203. Álvarez, Roberto, *op. cit*., p. 88-89. [↑](#footnote-ref-203)
204. Capote, Armando, “La subjetividad y su estudio. Análisis teórico y direcciones metodológicas”. Biblioteca virtual CLACSO, Argentina, 1999, p. 24. [↑](#footnote-ref-204)
205. Gutiérrez, María; Ball, Manuela. *et al*., “Signos, significados e intersubjetividad: una mirada cultural”, Educere, Universidad de los Andes, Venezuela, 2008, p. 692. [↑](#footnote-ref-205)
206. Dussel, Enrique, “Sobre el sujeto y la intersubjetividad: el agente histórico como actor en los movimientos sociales”, Pasos, España, 1999, p. 8. [↑](#footnote-ref-206)
207. Giordano, Christian, “Las infracciones penales y las lógicas culturales: el antropólogo en los tribunales”. Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, Suiza, 2010, p. 360. [↑](#footnote-ref-207)
208. Sierra, María; Chenaut, Victoria, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas” en “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”. Esteban Krotz (ed), UAM, México, 2002, p. 129. [↑](#footnote-ref-208)
209. Velsen, Van, “The Extended-case Method and Situational Analysis” en “the Craft of social Anthropology”. Epstein (ed), Londres cit, Sierra, María; Chenaut, Victoria, en “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”. Esteban Krotz (ed), UAM, México, 2002, p. 130. [↑](#footnote-ref-209)
210. Sierra, María; Chenaut, Victoria, op.cit., p. 130. [↑](#footnote-ref-210)
211. Coombe, Rosemary, “Is there a Cultural Studies of Law? En Toby Miller, “Companion to Cultural Studies” (Cambridge: Basil Blackwell), 2001, cit “El peritaje antropológico en Colombia”. Pontificia Universidad de Javeriana, Colombia, 2010, p. 66. [↑](#footnote-ref-211)
212. Botero, Esther, *op. cit*., p. 127. [↑](#footnote-ref-212)
213. Mora, Luis; González, Daniel, “La prueba en el Código Procesal Penal tipo para América Latina”. Congreso Internacional "Un Códice tipo di Procedura Penale per l'América latina", Italia, 1991. [↑](#footnote-ref-213)
214. Capítulo 5: Prueba. Sección Primera, artículo 149 conforme a la valoración de la prueba, Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica. Entre los países andinos, tenemos entre algunos ejemplos a: Bolivia dentro de su CPP, artículo 173; Perú dentro de su CPP, artículo 393 y Chile dentro de su CPP, artículo 297. [↑](#footnote-ref-214)
215. Coloma, Rodrigo; Agüero, Claudio, “Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba”. Revista Chilena de Derecho, Chile, 2014, p.681.

     *Ibidem*; p.682. [↑](#footnote-ref-215)
216. *Ibidem*; p. 685. [↑](#footnote-ref-216)
217. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-217)
218. *Ibidem*; p. 690 [↑](#footnote-ref-218)
219. Avila, Luis, *op*.*cit*., p. 20. [↑](#footnote-ref-219)
220. Kalisnsky, Beatriz; Cañete, Osvaldo, *op*.*cit*., p. 11. [↑](#footnote-ref-220)
221. DPP, *op*.*cit*., p. 95. [↑](#footnote-ref-221)
222. Ariza, Rosembert, *op*.*cit*., p. 18. [↑](#footnote-ref-222)
223. DPP, *op*.*cit*., p. 95. [↑](#footnote-ref-223)
224. Avila, Luis, *op*.*cit*., p. 22. [↑](#footnote-ref-224)
225. De 18 denuncias en 1994 y 12 en 1995, se ha pasado a 147 en el 2005 y 137 en el 2006. Ardito, Wilfredo,“La discriminación hacia la población rural en la administración de justicia”. RIDEI. PUCP, Biblioteca Virtual, Perú, 2011, p. 14. [↑](#footnote-ref-225)
226. \* Alumna del Curso de Doctorado en Derecho Penal de la UBA, Argentina; Jueza en la Provincia de Paraná, Brasil; Profesora de la Escuela de la Magistratura de la Provincia de Paraná, Brasil; Miembro de la Comisión de Implantación de las APACs del Tribunal de Justicia de la Provincia de Paraná, Brasil; Colaboradora del Grupo de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario del CNJ, Brasil. Correo electrónico: claudiaspinassi@hotmail.com. [↑](#footnote-ref-226)
227. \*\* Asesor Jurídico del Tribunal de Justicia de la Provincia de Paraná, Brasil. [↑](#footnote-ref-227)
228. Garcia, Miguel Ángel Lomillos, *Carandiru (2003) de Héctor Babenco: humanización, estigma y masacre, Revista de Comunicación de la SEESI*, Espanã, año XV, volumen 29, noviembre de 2012, pp. 31-54, http://www.seeci.net/revista/hemeroteca/numeros/numero%2029/n29-3.pdf. [↑](#footnote-ref-228)
229. Varella, Drauzio*, Estação Carandiru,* Brasil, Companhia das Letras, 1999. [↑](#footnote-ref-229)
230. Garcia, Miguel Ángel Lomillos, “Carandiru (2003) de Héctor ...”, cit., pág. 35. [↑](#footnote-ref-230)
231. Soares, Fernanda de Oliveira, “A ressocialização como finalidade da pena”, Anais do V Simpósio de TCC e o II Seminário de IC do ICESP/PROMOVE, Brasil, 2015-2, http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais\_simposio/edicao\_atual [↑](#footnote-ref-231)
232. # Código Penal Republicano, Decreto nº 847, de 11 de octubre de 1890, arts. 45-50, Brasil, http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html.

     [↑](#footnote-ref-232)
233. Antes de sufrir con la sobrepoblación. [↑](#footnote-ref-233)
234. Nascimento, Douglas, “A história da penitenciária de São Paulo”, *en la página web São Paulo Antiga,* Brasil, septiembre de 2014, in: http://www.saopauloantiga.com.br/penitenciaria-de-sao-paulo/ [↑](#footnote-ref-234)
235. De acuerdo con dados de IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y estadística), la población residente en Brasil en el año de 1970 era de 93.139.037 personas, llegando a 119.002.706 en 1980. IBGE, *Tendências Demográficas no período de 1950 a 2000*, Brasil, 2000, http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias\_demograficas/comentarios.pdf [↑](#footnote-ref-235)
236. Informaciones disponibles en la página web *Acervo o Globo*, Brasil, 2013, actualizada en 2016, http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/presidente-collor-sofreu-impeachment-em-1992-foi-cassado-pelo-senado-9239073 [↑](#footnote-ref-236)
237. Anistia Internacional Brasil, “Brazil: ‘Death has arrived’: prison massacre at the Casa de Detenção, Sao Paulo”, Brasil, 2013, pp. 19-20, https://anistia.org.br/noticias/julgamento-massacre-carandiru-pode-encerrar-longo-legado-de-impunidade/ y https://www.amnesty.org/fr/documents/AMR19/008/1993/en/ [↑](#footnote-ref-237)
238. Juicio n*º 223/96, que tramitó en la 2ª Vara do Júri, de la ciudad de* Jabaquara, Provincia de San Pablo, Brasil, sobre la presidencia del Juez Nilson Xavier de Souza, cerrado el juicio en 1997. Conforme Caldeira, Cesar. “Caso Do Carandiru: Um Estudo Sócio-Jurídico”. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, Brasil, vol.30, 2000, http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\_docman&task=doc\_view&gid=5021&Itemid=217 [↑](#footnote-ref-238)
239. *Idem.* [↑](#footnote-ref-239)
240. # Barcellos, Caco, Massacre do Carandiru 1993, Brasil, maio de 2013, reportaje en la página web https://www.youtube.com/watch?v=0JWRNQrtb9s&noredirect=1 y entrevista in: http://drauziovarella.com.br/videos-3/a-pesquisa-por-tras-do-livro-rota-66/

     [↑](#footnote-ref-240)
241. Barcellos**,** Caco, *Rota 66:**A História da Polícia que Mata,* Record, Brasil, São Paulo, 2003. [↑](#footnote-ref-241)
242. Las muertes de los 111 detenidos en el Presidio del Carandiru fueran apuradas por lo medio del Juicio n*º 223/96, que tramitó en la 2ª Vara do Júri, de la ciudad de* Jabaquara, Provincia de San Pablo, Brasil, sobre la presidencia del Juez Nilson Xavier de Souza, cerrado el juicio en 1997. El proceso tiene treinta y ocho volúmenes que contienen más de ochocientos testimonios y más de cien laudos periciales. Conforme Caldeira, Cesar. “Caso Do Carandiru: Um Estudo Sócio-Jurídico”. *Revista Brasileira De Ciências Criminais*, Brasil, vol.30, 2000, http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\_docman&task=doc\_view&gid=5021&Itemid=217 [↑](#footnote-ref-242)
243. Sinopsis retirada de la página web oficial del filme Carandiru, disponible en http://globofilmes.globo.com/filme/carandiru/ [↑](#footnote-ref-243)
244. Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, Brasil, 1984, http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/L7210.htm [↑](#footnote-ref-244)
245. ## Defienden esa idea los siguientes pensadores: Dias, Camila Caldeira Nunes, “Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista”, Brasil, USP, 2011; Souza, Fátima, “Pcc - A Facção”, Brasil, Record, 2007; Biondi, Karina, “Junto e Misturado - Uma Etnografia do Pcc”, Brasil, Terceiro Nome, 2010; Dias, Camila Caldeira Nunes, “Pcc - Hegemonia nas Prisões e Monopólio da Violência”, Brasil, Saraiva, 2013; Gomes, Luiz Flávio. “Em um paraíso da cleptocracia o PCC cresce sem parar”, Brasil, 2014, http://luizflaviogomes.com/em-um-paraiso-da-cleptocracia-o-pcc-cresce-sem-parar/

     [↑](#footnote-ref-245)
246. Dias, Camila Caldeira Nunes, “Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista”, Brasil, USP, 201. [↑](#footnote-ref-246)
247. Novaes, Marina et al., “Massacre do Carandiru – 20 anos”, Brasil, 2012, http://noticias.terra.com.br/brasil/massacre-do-carandiru/ [↑](#footnote-ref-247)
248. Varias fueran las alternativas penales adoptadas en el escenario jurídico penitenciario brasileño en la tentativa de reducir el número de personas encarceladas, por ejemplo: mediación, conciliación, justicia restaurativa, nuevas medidas cautelares alternativas a la prisión provisoria, despenalización de algunos crímenes, transacción penal, suspensión condicional del proceso penal, etcétera. [↑](#footnote-ref-248)
249. IBGE, *Estatística do Séc. XX,* Brasil, 2016, http://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-temas/justica [↑](#footnote-ref-249)
250. Inclusos en estos datos las personas en régimen de prisión domiciliar. CNJ – Conselho Nacional de Justiça, *Cidadania nos presídios*, Brasil, 2016, http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios [↑](#footnote-ref-250)
251. Algunos estudios clasifican Brasil como la cuarta población carcelaria del mundo, excluyendo las prisiones domiciliares. **Putti, Alexandre, “**População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos”, *Justificando*, Brasil, 2016, http://justificando.com/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/ [↑](#footnote-ref-251)
252. Según informe emitido en 2015 por el Ministerio de la Justica y Departamento Penitenciario Nacional (Depen) la tasa de superpoblación de los presidios es de 161%, significando que, en media, un presidio con capacidad para 100 detenidos es ocupada por 161 personas. Vitto, Renato Campos Pinto De (coord.). “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, *INFOPEN*, Brasil, 2014, http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf [↑](#footnote-ref-252)
253. IBGE, “*Estatística do Séc. …”, cit., p. 104.* [↑](#footnote-ref-253)
254. Idem. [↑](#footnote-ref-254)
255. Vitto, Renato Campos Pinto De (coord.). “Levantamento Nacional ...”, cit., p. 15. [↑](#footnote-ref-255)
256. Conforme ya citado, de acuerdo con dados del IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y estadística), la población residente en Brasil en el año 1970 era de 93.139.037 personas, llegando a 119.002.706 en 1980. IBGE, “Tendências Demográficas …”, *cit., p. 60.* [↑](#footnote-ref-256)
257. Gomes, Luiz Flávio. “Levantamento do Sistema Penitenciario Brasileiro em 2012”, *Instituto Avante Brasil*, Brasil, 2014. [↑](#footnote-ref-257)
258. # **Brandão, Marcelo, “**População carcerária do Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos”, *EBC Agencia Brasil*, Brasil, 2014.

     [↑](#footnote-ref-258)
259. Anistia Internacional Brasil, “Informe 2014/15, O estado dos direitos Humanos no mundo”, Brasil, 2015, https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf [↑](#footnote-ref-259)
260. *Idem.* [↑](#footnote-ref-260)
261. *Ibidem* y aún: Gomes, Luiz Flávio. “Noruega como modelo de reabilitação de criminosos”, *Instituto Avante Brasil*, Brasil, 2013, http://institutoavantebrasil.com.br/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos/ [↑](#footnote-ref-261)
262. # Matti Joutsen (del Heuni), José de Jesus Filho (de la Pastoral Carcelaria del Brasil), Don Stemen (director de investigaciones del Center on Sentencing and Corrections, de los Estados Unidos) citados por Wassermann, Rogerio, “Número de presos explode no Brasil e gera superlotação de presídios”, *BBC Brasil em Londres*, 2012, http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/12/121226\_presos\_brasil\_aumento\_rw.shtml

     [↑](#footnote-ref-262)
263. Oliveira, Ana Flavia, “Preso federal custa 5 salários ao mês, dobro do que se gasta com preso estadual”, *Último Segundo*, Brasil, 2014, http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2014-08-01/preso-federal-custa-5-salarios-ao-mes-dobro-do-que-se-gasta-com-preso-estadual.html [↑](#footnote-ref-263)
264. Las APACs - asociaciones de protección y apoyo a los condenados, son asociaciones de personas con personalidad jurídica de derecho privado que hacen un convenio con el Estado para auxiliar en la administración de algunas cárceles. Se puede leer más en http://www.fbac.org.br/ [↑](#footnote-ref-264)
265. Como es el caso de la Provincia de Paraná, donde 18 APACs están siendo implantadas actualmente. [↑](#footnote-ref-265)
266. Mencionada acá no solo en su aspecto monetario, sino también en el sentido amplio de economía, envolviendo todos los costos y beneficios. [↑](#footnote-ref-266)
267. Garcia Filho, Leonardo Freitas, “Juizados especiais criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o direito penal mínimo”, *UNB*, Brasil, 2013, http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5835/1/2013\_LeonardoFreitasGarciaFilho.pdf [↑](#footnote-ref-267)
268. Roig, Rodrigo Duque Estrada, “Um princípio para a execução penal: *numerus clausus”,* *Revista Liberdades,* Brasil, núm. 15, enero-april de 2014, 106. [↑](#footnote-ref-268)
269. *Idem.* [↑](#footnote-ref-269)
270. \* Candidato a Doctor del Programa de Doctorado en Gobierno y Gestión Pública de la Universidad Anáhuac Mayab, Profesor de tiempo de la Escuela de Comunicación de la Universidad Anáhuac Mayab. [↑](#footnote-ref-270)