

// Año V, Número 5. Noviembre 2022

ISSN 2683-1805

EL CONSTITUYENTE

Revista de la Facultad de Derecho de
la Universidad Anáhuac Querétaro



Facultad de
Derecho

latindex

Revista EL CONSTITUYENTE

Revista Anual

Editada por Investigaciones y Estudios Superiores Querétaro, SC.
Distribuida por la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro

Editor responsable: Dr. Jorge Vargas Morgado. *Coordinador de Investigación de la Facultad de Derecho*
jorge.vargasm@anahuac.mx

Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Nombre
expedido por el INDAUTOR número 04-2019-061314401600-102

Impreso en Printor Technology. Dirección: José Frontera No. 9 Col. Mercurio.
C.P. 76040 Querétaro, Qro.

Certificado de licitud de título y contenido de la Dirección General de Medios
Impresos de la Secretaría de Gobierno número 17488

Latindex Catálogo 2.0

Las opiniones, datos, fuentes y contenidos de los artículos publicados son
entera y exclusiva responsabilidad de quien los ha escrito y se publican con
entero respeto a la libertad de expresión y la libre investigación.

Prohibida la reproducción total o parcial de los artículos publicados o del
diseño editorial. Se podrán hacer libremente citas académicas cubriendo la
referencia correspondiente.

UNIVERSIDAD ANÁHUAC QUERÉTARO

Rector

Mtro. Luis Eduardo Alverde Montemayor

Vicerrector Académico

Mtro. Jaime Durán Lomelí

Vicerrector de Administración y Finanzas

Mtro. Pablo Galindo Vega

Vicerrector de Formación Integral

Dr. Ricardo Virués Macías

Coordinador de Comunicación Institucional

Lic. Juan Pablo Murillo Segovia

Director de la Facultad de Derecho

Lic. René Rentería Contreras

Comité Editorial

Lic. Fernanda Canepa Fernández

Lic. Sofía Martínez Zapata

**FACULTAD DE DERECHO
CONSEJO EDITORIAL**

Consejero Coordinador
Dr. Jorge Vargas Morgado

CONSEJEROS

Internos

Dr. Salvador Ignacio Escobar Villanueva
Dr. Bernardo García Camino
Dr. Carlos Ignacio Muñoz Rocha

Externos

Dra. Eréndira Salgado Ledesma
Universidad Anáhuac México - UNAM

Dr. Carlos Burgoa Toledo
UNAM Ciudad Universitaria

Dr. Francisco Javier Coquis Velasco
Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM

Internacionales

Dr. Sergio Cademartori
Universidad La Salle Canoas, Brasil

Dra. Gladys Camacho Cepeda
Universidad de Chile

Dr. Isaac Augusto Damsky
Universidad de Buenos Aires

Dra. Ariana Expósito Gásquez
Universidad de Almería

ÍNDICE

Artículos de fondo

El consejo de estado francés, asesor y juez del gobierno: breve presentación <i>François Julien-Laferrière</i>	5
Interés general y derecho administrativo <i>Jaime Rodríguez Arana</i>	22
Brevi considerazioni sulla modifica dell'art. 9 della costituzione italiana: la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni <i>Maria Francesca Tropea</i>	44
Estado, violencia y derechos humanos <i>Elba Jiménez Solares</i>	62
Desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares: análisis jurídico penal y criminológico. <i>Sara Pérez Kasparian</i>	81
El <i>outsourcing</i> y la comoditización de la inmigración: del trabajador autónomo al migrante mercancía <i>Javier Ramírez Escamilla y Francisco José Casahonda Rodríguez</i>	99
Compras públicas y participación social <i>Miriam M. Ivanega</i>	125
Formación en integridad de servidores publicos locales para garantizar su desempeño con eficiencia, honestidad y transparencia, coadyuvados por las tic <i>Adria Velia González Beltrones</i>	137
Artículos de Opinión	
Los desafíos económicos y democráticos del nuevo federalismo mexicano <i>Carlos Germán Cabrera Beck</i>	150
Ponencias	
El abuso y la buena fe procesal <i>Aniello Merone</i>	157

EL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, ASESOR Y JUEZ DEL GOBIERNO: BREVE PRESENTACIÓN

Autores//

François Julien-Lafferrière¹

El Consejo de Estado es una institución fundamental para el buen funcionamiento de la democracia francesa. Sin embargo, aunque pueda parecer extraño, casi es ausente de la Constitución de 1958 actualmente vigente. Sólo está mencionado en pocos artículos de la Carta Magna, y ello, no por su rol más conocido de juez administrativo supremo, sino por su función de asesor del Gobierno y, desde la reforma de 2008, también del Parlamento. Sin embargo, sería erróneo pensar que el Consejo de Estado en su función jurisdiccional no tiene estatus constitucional. En efecto, si bien el texto constitucional no dice nada sobre este punto, la jurisprudencia del Consejo constitucional palió este silencio. La historia puede explicar esta extrañeza.

1. Historia

1.1. La justicia retenida

Desde los tiempos más remotos, el rey de Francia se ha rodeado de consejeros que consulta antes de tomar sus decisiones. A partir del siglo XI, la función asesora se estructura y toma el nombre de Consejo del rey a partir del siglo XIII-, de carácter meramente asesor, se institucionaliza y profesionaliza, las reglas de su composición son más formales y se divide en diversas formaciones, cada una de ellas siendo especializada en uno de los ámbitos de la administración real. Entre ellas, el Consejo de Estado cuya atribución principal es examinar los informes redactados por los “maestros de solicitudes”² que también preparan los dictámenes sobre los recursos de los justiciables contra los actos de las autoridades administrativas dependientes del rey. El Consejo de Estado sólo tiene un rol asesor, es el rey el que, en última instancia, toma las decisiones de carácter judicial. Como todas las instituciones monárquicas, el Consejo de Estado desaparece durante la Revolución, pero va a resucitar diez años después.

En efecto, cuando la Constitución de 1799 –la que, dictada por Napoleón Bonaparte, instituyó el régimen del Consulado-, creó el Consejo de Estado, éste tenía la mera función de asesorar al Primer cónsul –concretamente, Bonaparte- en su facultad legislativa y contenciosa. El artículo 70 de la Constitución dice:

1 Catedrático emérito de Derecho público de la Universidad París Saclay, Miembro fundador de la Asociación internacional de Derecho administrativo, Miembro de honor de la Asociación Mexicana de Derecho administrativo

2 En francés, “maîtres des requêtes”.

“Bajo la dirección de los cónsules, el Consejo de Estado está encargado de redactar los proyectos de ley, los reglamentos de administración pública, y resolver las diferencias que se presentan en materia administrativa”.

Es el sistema llamado de “justicia retenida”: es el Primer Cónsul, Jefe de la administración quien tiene poder de decisión en la resolución de los litigios en los que el Estado es parte, y el Primer Cónsul toma sus decisiones previo dictamen del Consejo de Estado. Si bien en la abrumadora mayoría de los casos el Primer Cónsul se atiene al dictamen del Consejo de Estado, no es obligado hacerlo. Este sistema de justicia retenida tenía por consecuencia que la Administración no estaba controlada por una autoridad jurisdiccional independiente, sino por la misma Administración encarnada por el Jefe del Estado. Ello era la voluntad de los Revolucionarios quienes habían aprobado la ley de 16 y 24 de agosto de 1790, cuyo artículo 13 decía:

“Las funciones judiciales son distintas y siempre estarán separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, so pena de caducidad, perturbar, en modo alguno, el funcionamiento de los órganos administrativos, ni convocar a los administradores ante ellos por razón de sus funciones”.

Este principio de “separación de las autoridades administrativas y judiciales” está afirmado de nuevo por el decreto de 16 fructidor del Año III (2 de septiembre de 1792) que dicta “defensas iterativas a los tribunales para conocer de actos de la administración, de cualquier índole, con pena de ley”.

Paralelamente, el Consejo de Estado adquiere una pericia en materia legislativa, pues él prepara los proyectos de ley, cuyo bosquejo le envía el Primer Cónsul, para darles forma y averiguar su compatibilidad o incompatibilidad y su coherencia con la Constitución y la legislación vigente. Tampoco en esta materia, los dictámenes del Consejo de Estado no son apremiantes: el Ejecutivo no tiene obligación de seguirlos.

1.2. De la justicia delegada al estatuto constitucional

Esta doble facultad consultiva, a la vez administrativa y legislativa, va a perdurar hasta la ley de 24 de mayo de 1872, cuyo artículo 9 dice:

“El Consejo de Estado pronuncia soberanamente sobre las reclamaciones en materia contenciosa administrativa y sobre los recursos de anulación por exceso de poder presentados contra los actos de las autoridades administrativas”.

Esta ley atribuye al Consejo de Estado la “justicia delegada”³. El Poder ejecutivo ya

³ La justicia delegada ya había estado instituida por la Constitución republicana de 4 de noviembre de 1848 (art. 89), pero ésta fue derogada por la Constitución bonapartista de 14 de enero de 1852, con la cual se restableció la justicia retenida.

no tiene facultad para tomar decisiones en materia contenciosa. Esta facultad está delegada al Consejo de Estado que dicta fallos con autoridad de cosa juzgada. Para el ejercicio de esta función, la ley de 1872 crea en el seno del Consejo una sección especializada: “El Consejo de Estado está dividido en cuatro secciones, de las que tres estarán encargadas de examinar las cuestiones de administración pura, y una de juzgar los recursos contenciosos”, dice el artículo 10. Esta cuarta sección se llamará “sección de lo contencioso”.

Menos de un año después, por el fallo Blanco, el Tribunal de conflictos decide que son competencia de la jurisdicción administrativa los litigios relativos a la responsabilidad del Estado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos⁴. Es la primera vez que se define un “criterio del derecho administrativo” y del ámbito de competencia del juez administrativo.

Para completar la evolución hacia el reconocimiento de una jurisdicción administrativa de pleno derecho, el Consejo de Estado, en el fallo Cadot de 1889⁵ abandona la teoría del “ministro-juez”. Hasta entonces, no se podía acudir al Consejo de Estado sin haber presentado un recurso previo ante el ministro competente, y era la respuesta del ministro, si era negativa, la que se impugnaba ante el juez administrativo. Con el fallo Cadot, “el Consejo de Estado se reconoce una competencia general para conocer del contencioso administrativo, sin que sea necesaria la intervención previa de un ministro”⁶.

Visto que el Consejo de Estado se convierte en la “Corte suprema” de las jurisdicciones administrativas –al igual de la Corte de casación que encabeza las jurisdicciones judiciales⁷-, existe un riesgo de que ambos no estén de acuerdo sobre la repartición de las competencias entre ellas, es decir sobre los ámbitos respectivos del derecho administrativo y del derecho privado. Pueden presentarse dos tipos de situaciones: o bien para un mismo caso ninguno de los dos se declara competente, o bien al contrario, ambos reivindicán la competencia para conocer del caso. Para paliar estas dificultades, el artículo 25 de la ley de 24 de mayo de 1872 crea el Tribunal de conflictos encargado de “resolver los conflictos de atribución entre la autoridad admi-

4 TC, 8 de febrero de 1873, Blanco.

5 CE, 13 de diciembre de 1889, Cadot.

6 Jean-Marc Sauvé, Discours à l'École nationale de la magistrature, Dialogue entre les deux ordres de juridiction, Bordeaux, 21 de Julio de 2017, https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/dialogue-entre-les-deux-ordres-de-juridiction#_ftn101

7 Desde la ley de 24 de mayo de 1872, el sistema jurisdiccional francés se caracteriza por la llamada “dualidad de jurisdicción”: las jurisdicciones judiciales, bajo la autoridad de la Corte de casación, encargadas de resolver los litigios entre personas privadas, que aplican el derecho privado; las jurisdicciones administrativas, encabezadas por el Consejo de Estado, que conocen de los litigios en los que son partes las autoridades administrativas (Estado, regiones, departamentos, municipalidades y establecimientos públicos) y aplican el derecho administrativo.

nistrativa y la autoridad judicial”, integrado por una mitad de miembros de la Corte de casación y otra mitad de miembros del Consejo de Estado, y presidido por el Ministro de Justicia⁸.

Finalmente, una etapa en la historia del Consejo de Estado –y, provisionalmente, la última– es la sentencia del Consejo constitucional de 23 de enero de 1987 que dice:

“De acuerdo con la concepción francesa de la separación de poderes, figura en el número de principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República⁹ aquel según el cual, con excepción de la materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial, depende en última instancia de la competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o reforma de decisiones adoptadas, en el ejercicio de prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, o sus agentes, o las colectividades locales de la República, o los organismos públicos bajo su autoridad o control”¹⁰.

El razonamiento del Consejo constitucional se descompone en tres etapas:

- **Primera etapa:** El Preámbulo de la Constitución de 1958 es parte integrante de la Constitución, por lo tanto, tiene valor constitucional.
- **Segunda etapa:** el Preámbulo de 1958, de valor constitucional, se refiere al Preámbulo de la Constitución de 1946, por lo tanto, éste también tiene valor constitucional,
- **Tercera etapa:** el Preámbulo de 1946, de valor constitucional, a su vez se refiere a los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, por lo tanto, estos principios tienen valor constitucional.

Un principio es “principio fundamental reconocido por las leyes de la República”, si cumple varios requisitos: debe ser “un principio general, no contingente”, de aplicación continua, sin excepción, afirmado en una ley anterior a 1946 (es decir anterior al Preámbulo de 1946), y adoptada bajo un régimen republicano, lo que elimina las leyes de los regímenes imperiales (Napoleón I y III), reales (Luis XVIII, Carlos X, Luis Felipe) o de Vichy (1940-1944).

8 La composición del Tribunal de conflictos fue modificada por la ley no 2015-177 de 16 de febrero de 2015: ahora, el Tribunal de conflictos está integrado por cuatro miembros del Consejo de Estado y cuatro miembros de la Corte de casación, elegidos por sus respectivos colegas por un período de tres años renovable dos veces (Ley de 16 de febrero de 2015, art. 2). Estos ocho miembros eligen en su seno su presidente que debe ser alternativamente un consejero de Estado o un ministro de la Corte de casación (id., art. 3).

9 En su sentencia Libertad de asociación, del 16 de julio de 1971, el Consejo constitucional incluye en el “bloque de constitucionalidad” el Preámbulo de la Constitución (de 1958), así como los textos a los que se refiere: Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y Preámbulo de la Constitución de 1946, que menciona “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, lo que le permite reconocer valor constitucional a esos principios fundamentales.

10 C. const., 23 de enero de 1987, no 86-224 DC.

Como lo escribió María Pérez Ugena, “el reconocimiento del valor constitucional de la existencia de la jurisdicción administrativa es sólo indirecto o implícito, pero está necesariamente implicado por el reconocimiento de un ámbito de competencia exclusivo de esta jurisdicción”¹¹.

Además, se puede observar que el criterio de la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa –y, por vía de consecuencia, del derecho administrativo– es el uso de “prerrogativas de poder público”, mientras que, en el fallo Blanco de 1873, el criterio era el “servicio público”.

2. Composición y estructura

El Consejo de Estado está integrado por 300 miembros, entre los cuales las dos terceras partes ejercen sus funciones en el mismo Consejo y la última tercera parte fuera de éste.

2.1. Estatuto de los miembros

Según el Código de justicia administrativa, los miembros del Consejo de Estado son “funcionarios públicos”, no son magistrados y no se benefician de la inamovilidad. Sin embargo, el mismo código dice que “ejercen sus funciones con plena independencia”¹². Esta independencia –a la que se añade la exigencia de “dignidad, imparcialidad, integridad y probidad”–, está garantizada por el hecho de que el ascenso se realiza únicamente según el criterio de la antigüedad y no por elección¹³, razón por la cual “no se establece escalafón para las promociones de los miembros del Consejo de Estado”¹⁴.

2.1.1. Categorías de miembros

Los miembros del Consejo de Estado se reparten en cuatro grados:

- Auditor de segunda clase,
- Auditor de primera clase,
- Maestro de solicitudes,
- Consejero de Estado.

Los auditores de segunda clase están nombrados por decreto del presidente de la República entre los graduados del Instituto nacional del servicio público, que sustituye

11 María Pérez Ugena, “Los actos de gobierno en el marco del fundamento constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa en España y Francia”, in : Santiago Rosado Pacheco (coord.), Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa, Universidad Rey Juan Carlos, 2007, p. 225-226.

12 Código de justicia administrativa (CJA), art. L. 131-2.

13 Ibid., art. R. 134-1 y s.

14 Ibid., art. R. 134-2.

la Escuela nacional de administración, suprimida en 2021¹⁵. Los auditores de primera clase están nombrados por decreto entre los auditores de segunda clase, etc.¹⁶

Además de esta vía “normal” de nombramiento, existe el llamado “tour extérieur” (expresión intraducible en español). Un maestro de solicitudes de cada cuatro y un consejero de Estado de cada tres puede ser nombrado discrecionalmente por el Gobierno previo dictamen del vicepresidente del Consejo de Estado. Para ser nombrado maestro de solicitudes “au tour extérieur” se requiere ser de nacionalidad francesa y tener al menos treinta años de edad y una experiencia de diez años de servicio público; para los consejeros de Estado, la edad mínima es de cuarenta y cinco años¹⁷.

Entre los auditores se designan los “ponentes” que preparan los expedientes, tanto para las facultades consultivas como para las contenciosas.

Entre los maestros de solicitudes se designan los “ponentes públicos”, antiguamente “comisarios de Gobierno”, que pronuncian ante las formaciones de juicio sus “conclusiones”, por las cuales proponen una solución al litigio.

Sólo los consejeros de Estado participan a la toma de decisión en materia contenciosa o en la aprobación de los dictámenes en materia consultiva.

Entre los consejeros de Estado se nombra, por decreto del presidente de la República a propuesta del ministro de justicia, los presidentes de secciones y el vicepresidente, quien preside el Consejo¹⁸.

2.1.2. Asignación de los miembros

En general, los miembros del Consejo de Estado están asignados a la vez a la sección de lo contencioso y a una sección administrativa. Hacen excepción a esta regla, entre otros, el Vicepresidente, los presidentes de sección y de salas, debido a las responsabilidades que les corresponden. Esta “doble asignación” puede plantear un problema de imparcialidad, pues el mismo consejero puede haber participado a la deliberación de la sección administrativa que emitió su dictamen antes de la adopción del texto, y después participar en la formación jurisdiccional que está llamada a pronunciarse sobre un recurso contra este mismo texto.

15 Ibid., art. L. 133-6.

16 Ibid., art. L. 133-3 a L. 133-5.

17 Ibid., art. L. 133-3 a L. 133-4.

18 Ibid., art. L. 121-1. Hasta el año, el Primer ministro era el presidente nominal del Consejo de Estado. La ordenanza no 2000-387 de 4 de mayo de 2000 puso fin a esta situación que violaba el principio de separación de los poderes. Sin embargo, el vicepresidente conservó su título.

En su sentencia Procola de 29 de septiembre de 1995, la Corte europea de derechos humanos ha fallado que “el ejercicio consecutivo de funciones de consejo ante un órgano y de funciones jurisdiccionales en el seno del mismo puede, en determinadas circunstancias, plantear un problema objetivo en cuanto a la imparcialidad de este órgano a efectos de lo dispuesto en el artículo 6 párrafo 1” del Convenio europeo de derechos humanos, relativo al derecho a un proceso equitativo (Procola c. Luxemburgo, párrafo 45 – violación¹⁹). A consecuencia de este fallo, por una reforma constitucional realizada el año siguiente, Luxemburgo reformó su Consejo de Estado, que sólo ha conservado sus funciones de consejo, y transfirió las funciones jurisdiccionales a un Tribunal administrativo de primera instancia y una Corte administrativa, juez de apelación²⁰.

El Consejo de Estado francés tenía el mismo defecto, pero Francia no sacó las mismas consecuencias que Luxemburgo. Sin embargo, se reforzaron las garantías de imparcialidad de dos maneras. Por un lado, el miembro del Consejo que ha conocido de un texto en sus funciones consultivas debe desistirse y hacerse sustituir por otro miembro si está llamado a conocer del mismo texto por la vía contenciosa. Por otro lado, un justiciable puede recusar un miembro del Consejo por un acto motivado que se transmite al miembro recusado para que presente sus observaciones. Si éste no acepta desistirse, la formación jurisdiccional decide sobre la recusación²¹.

2.2. Estructura

Desde la ley de 1872, el Consejo de Estado está dividido en secciones.

Hoy en día, son 7:

- Sección de Interior,
- Sección social (bienestar y seguridad social),
- Sección de Obras públicas,
- Sección de Finanzas,
- Sección de Administración,
- Sección de Informe y Estudios,
- Sección de lo Contencioso (“Section du contentieux”).

Además, la Secretaría general del Consejo de Estado, dirigida por un Consejo de Estado nombrado por decreto del presidente de la República a propuesta del ministro de justicia y del vicepresidente del Consejo de Estado, asegura la administración y funcionamiento del Consejo, y está encargado de “dirigir los servicios del Consejo de Estado

¹⁹ Procola c. Luxemburgo, párrafo 45: violación del art. 6 del convenio.

²⁰ Ley de 12 de Julio de 1996 de reforma del artículo 95 de la Constitución.

²¹ CJA, art. R. 721-1 a R. 721-9.

y tomar las medidas necesarias para la preparación y organización de sus trabajos²².

2.2.1. Estructuras consultivas

Las seis primeras secciones son llamadas “administrativas”. Ellas ejercen la función “consultiva” del Consejo de Estado. La séptima sección es la que tiene el rol de jurisdicción administrativa suprema.

Los dictámenes están adoptados y emitidos por la sección competente, pero los más importantes (por ejemplo: los que se refieren a proyectos y propuestos de ley y de ordenanzas) son competencia de la “Asamblea general”, integrada por²³:

- El vicepresidente del Consejo de Estado,
- Los presidentes de sección,
- Un vicepresidente de la sección de lo contencioso,
- Los vicepresidentes de las secciones administrativas,
- Diez consejeros de Estado nombrados cada año por el Vicepresidente a propuesta del presidente de la sección de lo contencioso,
- Un consejero de Estado de cada sección administrativa nombrado cada año por el Vicepresidente a propuesta del presidente de la sección correspondiente.

Cada miembro tiene un suplente que puede sólo participar en las votaciones si el titular no está presente.

Cada sección administrativa está integrada por un presidente, al menos seis consejeros de Estado, maestros de solicitudes y auditores. Entre los consejeros de Estado de la sección se nombra el presidente y los vicepresidentes.

2.2.2. Estructuras contenciosas

La sección se reúne en pleno cuando su presidente lo considera útil debido a la importancia del caso. Si no, se reúne en su composición restringida de al menos tres miembros.²⁴

La Asamblea de lo contencioso es diferente de la Asamblea general. Está compuesta de²⁵:

22 Ibid., art. R. 121-9 ;

23 CJA, art. 123-14.

24 Ibid., art. R. 123-6-1.

25 Ibid., art. R. 122-20.

- El vicepresidente del Consejo de Estado que la preside,
- Los siete presidentes de sección,
- Los tres vicepresidentes de la sección de lo contencioso,
- El presidente de la sala que examinó el caso,
- Los cuatro presidentes de sala de mayor antigüedad,
- El ponente.

En su formación jurisdiccional, la sección de lo contencioso está compuesta de:

- El presidente de la sección,
- Los tres vicepresidentes de la sección,
- Los presidentes de sala,
- El ponente²⁶.

La sección de lo contencioso está dividida en diez salas²⁷. Cada sala es especializada en una o varias materias del contencioso administrativo²⁸. Varias materias están compartidas entre todas las salas: función pública, elecciones, por ejemplo.

Las sentencias también pueden ser dictadas por una formación llamada “salas unidas” que comprenden al menos cinco miembros, sin son dos salas, y siete si son tres o cuatro²⁹.

Cada sala está presidida por un consejero de Estado, asistido por dos asesores, que también son consejeros de Estado, y está integrada además por un ponente, que es generalmente un maestro de solicitudes³⁰.

El funcionamiento de la sección de lo contencioso está asegurado por la secretaría, comúnmente llamada “greffe”, a cargo del secretario nombrado por el Primer ministro a propuesta del ministro de justicia, del vicepresidente del Consejo de Estado y del presidente de la sección de lo contencioso³¹.

26 Ibid., art. R. 122-18.

27 En francés: “chambres”. Antes de la reforma operada por una ley de 21 de abril de 2016, las actuales salas se llamaban “subsecciones”.

28 1ª sala: ayuda social, salud y urbanismo; 2ª sala: deportes, telecomunicaciones, correos, transportes, extranjeros; 3ª sala: pesca, agricultura, economía, colectividades territoriales; 4ª sala: educación nacional, universidades, asalariados con mando sindical, profesionales de salud, planes sociales; 5ª sala: vivienda, radio, televisión, hospitales, licencia de conducir; 6ª sala: caza, medio ambiente, justicia judicial; 7ª sala: fuerzas armadas y defensa, establecimientos públicos y elecciones profesionales; 8ª sala: dominio público del Estado y de las colectividades territoriales; 9ª sala: energía y fiscalidad; 10ª sala: cultura, libertades públicas y ultra-mar.

29 CJA, art. R. 122-16.

30 Ibid., art. R. 122-14.

31 Ibid., art. R. 122-26.

Fuera de las formaciones colegiadas, en determinados casos las sentencias – que entonces son llamadas “ordenanzas” están dictadas por un juez único. Eso ocurre en los siguientes casos:

- El presidente y los vicepresidentes de la sección de lo contencioso, los presidentes de sala y los consejeros de Estado designados a tal fin por el vicepresidente pueden dictar ordenanzas para:
- Tomar nota de los desistimientos,
- Desechar las demandas que manifiestamente no entran en el ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa,
- Constatar que no procede pronunciarse sobre una demanda,
- Desechar las demandas manifiestamente inadmisibles
- Desechar las demandas insuficientemente motivadas³².
- En materia de urgencia (“référés”) también, el juez decide solo. Los jueces de urgencia (“juges des référés”) son el presidente de la sección de lo contencioso y los consejeros de Estado que éste designa a tal efecto³³. Sin embargo, “cuando la naturaleza del caso lo justifica, [...] el presidente de la sección de lo contencioso puede decidir que se resolverá por una formación integrada por tres jueces de urgencia”, o que se remitirá “a otra formación en las condiciones de derecho común”³⁴.

3. Actividad consultiva

3.1. Ámbito de competencia

El Consejo de Estado ejerce su función consultiva emitiendo dictámenes. Estos están transmitidos a la autoridad que los encargó –Gobierno o Parlamento, según los casos-, la cual los publica³⁵. El ámbito de esta función está definido en la Constitución de 1958 e incluye:

- Los decretos que modifican una ley referente a una materia de naturaleza legislativa, antes de su aprobación por el Gobierno (art. 37, y Ordenanza no 45-1708 de 31 de julio de 1945, art. 22)³⁶,
- Las ordenanzas antes de su aprobación por el Consejo de ministros (art. 38)³⁷,

32 Ibid., art. R. 122-12.

33 Ibid., art. R. 511-2.

34 Ibid.

35 Hasta 2015, el Gobierno era libre de publicar o no los dictámenes del Consejo de Estado. El presidente François Hollande puso fin a esta práctica. Los presidentes del Senado y de la Asamblea nacional hicieron lo mismo, de tal suerte que los dictámenes del Consejo de Estado ahora siempre son públicos.

36 El artículo 34 de la Constitución enumera las materias “pertenecientes al ámbito de la ley”, y el artículo 37 dice que “tendrán carácter reglamentario” todas las otras materias.

37 Las ordenanzas son aprobadas por el Gobierno “para la ejecución de su programa”, tras autorización del Parlamento. Contienen medidas “normalmente pertenecientes al ámbito de la ley”.

- Los proyectos de ley antes de su aprobación por el Consejo de ministros (art. 39 y Ordenanza no 45-1708 de 31 de julio de 1945, art. 21),
- Facultativamente, las propuestas de ley presentadas por los miembros del Senado o de la Asamblea Nacional (art. 39),
- Las ordenanzas que extienden a una o varias entidades de Ultramar la legislación en vigor en la metrópoli (art. 74-1),
- Las cuestiones que le envían los ministros sobre “las dificultades que se plantean en materia administrativa” (Ordenanza no 45-1708 de 31 de julio de 1945, art. 23).

Además, el Parlamento puede decidir que el Consejo deberá ser consultado antes de que se aprueben los decretos reglamentarios de una ley determinada (estos decretos son llamados “décrets en Conseil d’État”).

En todos los casos, el examen del Consejo de Estado abarca:

- La validez jurídica del texto en cuestión, es decir, su conformidad a la Constitución, al derecho de la Unión europea, a los tratados aprobados por Francia, y a las leyes cuando se trata de decretos u ordenanzas,
- La claridad del texto: ¿es comprensible por el ciudadano?
- Su aplicabilidad concreta en la vida cotidiana,
- Sus consecuencias en la vida real, entre otros desde el punto de vista del medio ambiente: ¿se ha realizado un estudio de impacto serio, completo y creíble, que permita prever las consecuencias económicas, financieras, sociales y ambientales del texto?
- Su necesidad: ¿las leyes y reglamentos en vigor no son suficientes para lograr los mismos objetivos?

Como se puede constatar, el Consejo de Estado no se limita a un examen puramente jurídico de los textos que se le presentan. También realiza un control de su oportunidad, sin pronunciarse sobre las opciones políticas de la autoridad de quien emana el texto. En sus dictámenes, el Consejo de Estado no se contenta con dar su análisis de los textos, también propone soluciones concretas para mejorarlos.

3.2. Modo de ejercicio de la competencia consultiva

Los dictámenes son emitidos por la sección administrativa materialmente competente:

- La Sección del Interior examina los textos que dicen relación con los principios constitucionales, las libertades públicas, el derecho de asilo, la juventud y el deporte, etc.,
- La Sección de Finanzas examina los textos relacionados con los impuestos y tasas, el presupuesto del Estado y la contabilidad pública, las normas económicas y financieras,

- La Sección de Obras públicas examina los textos relativos al ambiente y el urbanismo, la energía, las comunicaciones, la minería, los transportes, la propiedad y el dominio público, la agricultura, la pesca y la caza, etc.,
- La Sección de Administración examina los textos relacionados con la defensa nacional, la organización y gestión de la Administración pública, los servidores públicos, los mercados públicos, etc.

En principio, los dictámenes son meramente consultivos, sin carácter apremiante, salvo si una disposición prevé expresamente el contrario –eso es muy poco frecuente-. Desde este punto de vista, se presentan tres posibilidades:

- En general, el Gobierno no está obligado a consultar el Consejo de Estado,
- Cuando un texto (Constitución o ley) lo prevé expresamente, el Gobierno está obligado a consultar el Consejo de Estado pero no está obligado a seguirlo,
- También cuando un texto lo prevé expresamente –es muy excepcional-, el Gobierno está obligado a consultar el Consejo de Estado y a seguir su aviso.

Fuera de esta última hipótesis, en la que el dictamen del Consejo de Estado es apremiante, el Gobierno puede decidir hacer caso omiso del dictamen. Sin embargo, su libertad no es entera. En efecto puede, o bien mantener su texto tal como estaba antes de consultar el Consejo de Estado, o bien aprobar las modificaciones propuestas por el Consejo de Estado o algunas de ellas. Pero no puede aprobar un texto que fuera distinto a la vez de su proyecto inicial y de las preconizaciones del Consejo de Estado.

El procedimiento de la consulta es el siguiente³⁸:

- En el seno de la sección competente se designa un ponente que examina el texto transmitido por el Gobierno o el Parlamento, hace una audición de los representantes de la Administración o del Parlamento, según el caso y hace un primer análisis del expediente.

Este análisis está examinado por el pleno de la Sección, cuyos miembros intercambian sus opiniones, enriquecen el análisis del ponente y aprueban un proyecto de respuesta del Consejo de Estado. Y finalmente, el ponente redacta el proyecto de dictamen que el pleno de la sección aprobará.

Para los textos más importantes (reforma constitucional, cuestiones muy complejas, etc.), la sección puede transmitir el expediente a la Asamblea general del Consejo de Estado que emitirá el dictamen.

La función consultiva del Consejo de Estado es muy amplia, no solamente por la

38 Fuente: Conseil d'État, "Rendre des avis juridiques au Gouvernement et au Parlement", <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/rendre-des-avis-juridiques-au-gouvernement-et-au-parlement#:~:text=Les%20avis%20du%20Conseil%20d,libres%20de%20suivre%20ou%20non.>

variedad de las cuestiones que abarca, sino también por el número de textos y cuestiones sobre los que está llamado a pronunciar. La siguiente tabla lo demuestra:

Año	Total dictámenes	Proyectos de ley	Propuestas de ley	Proyectos de ordenanzas	Proyectos de decretos reglamentarios	Proyectos de decretos individuales
2019	1 090	93	3	57	619	283
2020	1 162	111	2	127*	652	243
2021	1141	113	11	92	685	217

Fuente: Conseil d'État, chiffres-clés, 2019, 2020, 2021.

El altísimo número de dictámenes sobre proyectos de ordenanzas se explica por el hecho que, para tomar con la rapidez que se necesitaba las medidas destinadas a hacer frente la pandemia de Covid 19, el Gobierno utilizó la posibilidad que le ofrecía el artículo 38 de la Constitución de legislar por ordenanzas (véase más arriba nota 30).

4. Actividad jurisdiccional

4.1. Ámbito de competencias contenciosas

El Consejo de Estado presenta la particularidad, en comparación con las otras jurisdicciones francesas, Corte de casación incluida, y con sus homólogos extranjeros, de ser a la vez juez de primera instancia, de apelación y de casación.

- Como juez de primera instancia, el Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos dirigidos contra las ordenanzas y decretos del presidente de la República y del Primer ministro, contra los actos reglamentarios de los ministros y otras autoridades con competencia nacional, los actos relativos a la gestión de la carrera de los servidores públicos nombrados por decreto del presidente de la República, las resoluciones de las autoridades administrativas independientes, y para conocer de las acciones de responsabilidad dirigidas contra el Estado por duración excesiva de un procedimiento ante la jurisdicción administrativa³⁹.
- El Consejo de Estado es juez de apelación de los fallos de los tribunales administrativas en materia electoral (elecciones municipales y departamentales, y

39 CJA, art. R. 311-1

de los miembros del Parlamento europeo) y de las sentencias de los jueces de la urgencia en los procedimientos de “référé libertad”⁴⁰.

- El Consejo de Estado es juez de casación de las sentencias de los tribunales administrativos dictadas en primera y última instancia (por ejemplo: Corte nacional del derecho de asilo), y de las Cortes administrativas de apelación. Esta competencia representa alrededor del 80% de la actividad contenciosa del Consejo de Estado.

4.2. Distribución de los recursos entre las formaciones jurisdiccionales

La distribución se hace según dos criterios:

El primer criterio es el de la materia sobre la cual versa el litigio. Ya hemos señalado que cada sala está especializada en uno o varios sectores del contencioso administrativo.

El segundo criterio es el de la dificultad jurídica o importancia concreta desde el punto de vista económico, político, fiscal o social.

- Los casos más sencillos están juzgados por una sala sola o por dos, tres o cuatro “salas reunidas”⁴¹. Si se trata de una sala sola, la sala que juzga el caso es la que lo investigó; si son dos salas, una de ellas investiga el caso y la otra revisa la instrucción, con el fin de realizar un consenso y evitar divergencias en la jurisprudencia.
- Los casos que revisten una especial importancia o una dificultad particular, así como los que dan lugar a divergencias entre las salas, y los que plantean una cuestión susceptible de poner en tela de juicio la jurisprudencia actual están juzgados por la sección de lo contencioso.
- Los casos que tienen “una importancia excepcional con respecto a su alcance jurídico y político” están juzgados por la Asamblea de lo contencioso.

Es el Vicepresidente del Consejo de Estado, o el presidente de la sección de lo contencioso, o el presidente de la sala que investiga el caso, o esta misma sala, quien puede remitir un caso a la sección de lo contencioso o a la Asamblea⁴².

4.3. Modo de ejercicio de la competencia contenciosa

Las audiencias de sentencia son públicas, a menos que el presidente de la formación de juicio decida el contrario “si la salvaguardia del orden público o el respeto de la

40 CJA, art. L. 523-1.

41 Ibid., art. R. 122-11.

42 Ibid., art. R. 122-17.

intimidación de las personas o de secretos protegidos por la ley así lo exigen⁴³.

La audiencia se desarrolla de la siguiente manera:

- El presidente de la formación llama el caso por su número.,
- Entonces el ponente lee su informe en que resume los hechos, los argumentos de las partes y las cuestiones jurídicas planteadas por el caso,
- El presidente da la palabra al abogado del demandante, el cual no puede desarrollar argumentos nuevos y sólo está autorizado a presentar “breves observaciones”,
- El “ponente público” (ex-comisario del gobierno) pronuncia sus conclusiones en las que analiza el caso y propone una solución.

4.3. Estadísticas

Número de recursos:

Año	Recursos registrados	Recursos juzgados	Duración media del juicio	Primera instancia	Apelación	Casación
2018	9 563	9 583	6 meses y 17 días	1 243	668	7 652
2019	10 216	10 320	6 meses y 5 días	1 395	651	8 170
2020	10 034	9 671	7 meses y 9 días	2 207	1 907	5 920
2021	11 313	11 757	5 meses y 22 días	2 030	489	7 156

Principales materias contenciosas:

Año	Extranjeros	Tributario	Funcionarios públicos	Urbanismo	Derechos y libertades	Ayuda social	Policía
2018	1 975 (20,6%)	1 439 (15%)	916 (9,5%)	845 (9,9%)	441 (4,6%)	613 (6,4%)	261 (2,7%)
2019	2 078 (20,3%)	1 398 (13,7%)	1 163 (11,4%)	913 (8,9%)	558 (5,5%)	548 (5,4%)	425 (4,2%)
2020	1 366 (13,6%)	1 247 (12,4%)	1 149 (11,5%)	866 (8,6%)	474 (4,7%)	860 (8,6%)	413 (4,1%)
2021	1 975 (17,5%)	1 179 (10,4%)	1 323 (11,7%)	812 (7,2%)	1 182 (10,4%)	508 (4,5%)	486 (4,3%)

43 Ibid., art. L. 731-1

Sentencias dictadas por las diferentes formaciones jurisdiccionales:

Año	Asamblea	Sección	Salas reunidas	Salas solas	Juez único
2018	13	15	1 250	3 590	3 496 (Référé: 347)
2019	8	21	1 309	3 601	3 626 (Référés: 461)
2020	8	6	1 269	3 395	3 794 (Référés: 1 176)
2021	7	4	1 210	4 335	4 547 (Référés: 924)

Código de justicia administrativa, Art. L. 113-1: “Antes de pronunciarse sobre una demanda que plantea una cuestión jurídica nueva presentando una seria dificultad y presente numerosos litigios, el tribunal administrativo o la corte administrativa de apelación puede [...] transmitir el expediente al Consejo de Estado que examina la cuestión planteada en el plazo de tres meses. Se aplaza la sentencia sobre el fondo hasta que el Consejo de Estado emita su dictamen o, en su defecto, hasta el vencimiento de ese plazo”.

Cuestiones prioritarias de constitucionalidad⁴⁴:

Año	Total	Transmitidas al Consejo constitucional	Conformidad a la Constitución	No conformidad a la Constitución	No transmitidas
2018	317	38	24	13	287
2019	161	44	25	14	115
2020	219	25	16	8	148
2021	212	39	19	9	104

Fuente: *Conseil d'État, Rapports publics, 2018, 2019, 2020, 2021.*

4. Conclusión

El Consejo de Estado francés es una institución rodeada de misterio, tanto por su doble atribución consultiva y jurisdiccional, como por sus estructuras múltiples y complejas. Este corto artículo aspiraba a darlo a conocer un poco mejor, no a través de su jurisprudencia, que es bastante conocido y accesible, pero de dentro, para que se pueda entender cómo se fabrican sus fallos y dictámenes, por quién están fabricados y a

partir de qué bases jurídicas y políticas. No sé si el ejercicio fue concluyente. Espero al menos que, tras haberlo leído, el misterio estará un poco desvelado.

Instrumento del reino del Estado de derecho y de la democracia, el Consejo de Estado puede enorgullecerse de haber contribuido y seguir contribuyendo al progreso del derecho administrativo y de la defensa de los derechos de los administrados. Una vez dichas estas cosas, ha de mirar la realidad de frente. Y entonces surgen los defectos.

El primero es la falta de diversidad social. El modo de reclutamiento de los miembros a través de la Escuela nacional de administración no facilita la mezcla de clases sociales. Tanto la escuela como el Consejo llevan a una cierta interioridad que no es tal que enfrente sus miembros a las realidades de la vida cotidiana de los administrados. Y la supresión de la ENA y su sustitución por el Instituto nacional del servicio público no deberían cambiar fundamentalmente la situación.

El segundo defecto está causado por la posibilidad que tienen los miembros del Consejo de Estado –y que aprovechan abundantemente– de ponerse en situación de comisión de servicio para ejercer funciones en el sector privado⁴⁴. Si bien esta práctica tiene aspectos positivos, pues los consejeros de Estado o maestros de solicitudes así pueden adquirir experiencias distintas a las de simple magistrado administrativo, en cambio puede crear conflictos de intereses, incluso situaciones de lobby, que dañan la imagen de la institución.

Estas reservas no deben hacer olvidar todo lo que Francia y el derecho deben al Consejo de Estado. Prueba de ello es su proyección en el mundo entero.

44 CJA, art. R. 135-1.

INTERÉS GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

Autores//

Jaime Rodríguez Arana

Sumario

I. Introducción; II. El Rapport del Consejo de Estado francés de 1999; III. La centralidad del interés general en el Derecho Administrativo; IV. Pertinencia del interés general; V. Significado del interés general; VI. Dimensiones del interés general; VII. Caracterización del interés general. VIII. Reflexión final: la motivación del acto administrativo. Bibliografía.

I. Introducción.

El tema del interés general es, desde luego, una cuestión crucial del Derecho Administrativo. En la medida en que esta rama del Derecho Público disciplina jurídicamente asuntos supraindividuales, colectivos, comunitarios, o públicos, estamos trabajando en el campo, de alguna manera, de los intereses generales. Concepto que, en nuestra opinión, es más amplio que los anteriormente citados por cuanto se refiere al interés social, al interés de todos y cada uno de los ciudadanos como miembros de la comunidad, por ejemplo, por situarnos en nuestra realidad territorial, al bien de todos cuantos integran el pueblo español al que se refiere el preámbulo de la Constitución española de 1978. En cualquier caso, doctrina y jurisprudencia no siempre distinguen, por ejemplo, interés público e interés general, lo que en ocasiones conduce a confusiones que afectan al corazón y al alma de lo que es el Derecho Administrativo en el Estado social y democrático de Derecho. En Brasil, por ejemplo, la mejor doctrina ha podido diferenciar juiciosamente la diferencia entre interés público primario (Bandeira de Mello), que sería el interés general a que acabamos de aludir, e intereses públicos secundarios, entre los que podemos encontrar los intereses de colectivos determinados, de instituciones públicas o, también, aunque en menor medida, de los agentes públicos.

II. El Rapport del consejo de estado francés de 1999.

El propio Consejo de Estado de Francia, la casa madre del Derecho Administrativo continental europeo, dedicó el Rapport del año de 1999 precisamente a reflexionar acerca del concepto del interés general. Un concepto, como reconoce el Conseil d'Etat, que doscientos años después, sigue ocupando un lugar central en el pensamiento jurídico francés, especialmente en el Derecho Público. Es más, para el Consejo de Estado galo, el interés general es la finalidad última de la acción pública. Lo que significa, ni más ni menos, que el sentido y la esencia de la acción del Estado está enraizada

indisolublemente con este místico y complejo concepto que siempre está en la base y en la finalidad del entero quehacer del Estado y de la Administración pública. Un concepto, ya lo adelantamos, que, aunque difícil de definir en términos cartesianos, no por ello deja de tener una relevancia cardinal para comprender mejor el alcance y sentido que tiene, en este tiempo de tantos cambios y transformaciones, el moderno Derecho Administrativo.

El bicentenario del Consejo de Estado francés, no por casualidad, sirvió a la alta institución gala para preguntarse acerca de la actualidad de un concepto que sigue utilizándose en todos los Ordenamientos jurídico-administrativos del mundo y que, en nuestra opinión, debe ser replanteado a la luz del nuevo Derecho Administrativo de este tiempo, especialmente como consecuencia de su inserción en el marco del Estado social y democrático de Derecho, justamente en un momento de declive y crisis del esquema estático del Estado del bienestar. Probablemente, el sentido y la funcionalidad del interés general, tal y como se alumbró en el ambiente revolucionario de 1789 hoy estén superados. En cualquier caso, el intento de Conseil d'Etat por mantener, a partir de una razonable línea evolutiva, la centralidad del interés general en el moderno Derecho Administrativo demuestra los reflejos de un conjunto de grandes juristas que son conscientes de la trascendencia de la cuestión en un tiempo de la historia de la Humanidad en el que el Derecho Administrativo, el Derecho Público en general, está siendo atacado desde el poder político para convertirlo en la "justificación" de la arbitrariedad y el arbitrismo, y desde el poder financiero, para evitar que el Derecho detenga la fuerza de un mercado dirigido, dominado, por su lógica interna: el lucro, que como reza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es todo beneficio obtenido sin contraprestación.

El interés general, señala el Conseil d'Etat en la introducción del Rapport de 1999, es la piedra angular de la acción pública y admite, fundamentalmente, dos aproximaciones distintas. La versión utilitaria, del Estado liberal, y la versión republicana, surgida de la revolución francesa. En el primer caso, el interés general se concibe como el interés común en el sentido de suma de los intereses individuales y surge espontáneamente del juego de los agentes económicos. El Estado, en este supuesto, no es más que un árbitro que debe poner orden en un entramado de iniciativas e intereses de signo particular como si su función residiera en preservar sin más un interés superior, común a los ciudadanos. En esta perspectiva, el interés general no es más que la articulación de medidas regulatorias dirigidas a paliar o corregir los fallos del mercado, que se erige en la referencia y paradigma del sistema social

En el caso del interés general de filiación francesa, de esencia voluntarista, su alumbramiento no deriva, dice el Consejo de Estado galo, de una determinada conjunción y alianza de intereses económicos incapaces de fundar establemente la vida social. El interés como expresión de esa voluntad general es la idea central. Una construcción

intelectual que ya muy pronto Duguit se encargaría de desmitificar puesto que lo que existe en la realidad son intereses generales concretos, aunque partan de un aspecto amplio que conecta con los grandes principios y parámetros del Estado social y democrático de Derecho. Desde esta perspectiva, el interés general es la expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos. Bien de todos y cada uno de los ciudadanos, miembros de la comunidad, que se refiere a aspectos tan materiales y concretos como la educación, la sanidad, la seguridad.

Desde una perspectiva equilibrada de lo que es la regulación económica, el interés general no es la última "ratio" para que el mercado camine adecuadamente. No tiene una connotación negativa. Es, como señala Larrañaga en un interesante estudio sobre interés general y regulación económica, una noción sólida e incluyente que sobrepasa esa aproximación negativa y reactiva del interés general ante los fallos del mercado. Entendido positivamente, como base y fundamento de la actividad regulatoria, nos permite comprender mejor que a su través, se puede fomentar el desarrollo económico de forma complementaria con la protección de los derechos de los ciudadanos.

El problema de la visión utilitaria del interés general está en que no resuelve los agudos desafíos de la sociedad moderna. Es más, a juicio de no pocos analistas y académicos, precisamente esta dimensión individualista del espacio general está detrás de la profunda crisis económica y financiera que asola el mundo en este tiempo. Por otra parte, la identificación del interés general con la voluntad general es una operación intelectual tan perfecta como imposible de practicar. Duguit ya lo advirtió brillantemente en su libro *Las transformaciones del Derecho Público* al reconocer que en realidad la voluntad general no existe pues, como irónicamente reconoce, la suma de las voluntades de los parlamentarios es, al final, el precipitado de la ley. En efecto, la ley como expresión de la voluntad general es un mito. Otra cosa, desde un punto de vista voluntarista, es el entendimiento del interés general como la expresión del interés de la sociedad, de todos y cada uno de sus componentes.

El debate acerca del interés general, con una perspectiva utilitaria y otra voluntarista, es trasunto también de la diferente forma de entender la libertad. En el mundo anglosajón la libertad es más individual. En la tradición greco-latina, en la matriz romano-germánica prevalece una idea más solidaria de la libertad. Ambas dimensiones fundan Ordenamientos jurídicos con valores y elementos distintos. Por lo que se refiere al Derecho Administrativo, el sistema del rule of law o el sistema del droit administratif, dan lugar, como bien sabemos, a diferentes aproximaciones que están presentes en todas y cada una de las categorías, instituciones y conceptos que componen esta rama del Derecho Público que se llama Derecho Administrativo.

El propio Consejo de Estado, en la introducción de su citado Rapport de 1999 re-

conoce que ambas concepciones del interés general están en la base de dos distintas concepciones de la democracia: individualista o voluntarista. Para la primera el espacio público se erige en la garantía de la coexistencia y convivencia de diferentes intereses que representan las varias dimensiones presentes en la vida social. Para la segunda, vinculada según el Consejo de Estado a la tradición republicana francesa, el espacio público es el ámbito idóneo para trascender los puros intereses particulares y situarse en el ejercicio de la suprema libertad de conformar y construir una verdadera sociedad política en su más noble expresión. En este sentido, el Conseil d'Etat se confiesa partidario de entender el interés general más allá del arbitraje entre diferentes, y a veces contrapuestos, intereses particulares, inscribiéndose en la tradición voluntarista del interés general. Probablemente, entre la concepción individualista y la voluntarista, sea posible encontrar una tercera vía, con sustantividad propia, con características autónomas, que explique el interés general desde los valores del Estado social y democrático de Derecho proyectados en la realidad concreta, en la cotidianidad. Es decir, una visión del interés general que, sin huir de los fundamentos, sea reconocible por los ciudadanos como expresión y compromiso de la mejora permanente de las condiciones de vida de las personas.

III. La centralidad del interés general en el derecho administrativo.

Es tal la relevancia que el Consejo de Estado de Francia atribuye al interés general que rotula el segundo epígrafe de su Rapport "El interés general clave de bóveda del Derecho Público Francés". Desde esta perspectiva, el juez administrativo tiene la relevante tarea de garantizar el interés general. Interés general que el supremo juez administrativo francés ubica en las grandes decisiones de la jurisprudencia, en las leyes y en el ejercicio por la Administración de las prerrogativas del poder y de la potestad pública.

Esta construcción voluntarista e inmanente del interés general es la razón de ser, según el Conseil d'Etat, del Derecho Público. Los grandes conceptos y categorías: servicio público, dominio público, obra pública, empleo público, entre otras, tienen una característica común: deben ser definidos en relación con la noción primaria de interés público, que se convierte en su razón de ser. En el fundamento del régimen especial del Derecho Público, explicitado en el estatuto del acto administrativo unilateral o en el sistema de responsabilidad del Estado encontramos, de una u otra forma, el elemento central.

En materia de expropiación forzosa, bajo la forma de utilidad pública, se nos presenta nada menos que como la base de la intervención pública, como el presupuesto de la operatividad de las potestades administrativas. El problema, como veremos, se encuentra en que el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más.

Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder. Si el interés general es, en forma de utilidad pública, como afirma el Conseil d'Etat en su Rapport, la condición de la legalidad de la intervención de los poderes públicos, la relevancia del concepto es tal que incluso podríamos considerarla como la piedra de toque del Derecho Administrativo, el concepto central sobre el que se monta el mismo Derecho Administrativo.

El principio de supremacía del interés general sobre el interés particular ha sido censurado en algunas ocasiones recurriendo al peligro que se cierne sobre tal aserto si tal supremacía no se concreta adecuadamente, sino se apoya en el Ordenamiento jurídico, si simplemente se usa, con ocasión y sin ella, para la dominación política y social. Algo que lamentablemente, en Europa también, ha acontecido en el pasado y también, aunque de forma más sutil y sibilina encontramos en el presente. Sin embargo, si el interés general se argumenta convenientemente y se ampara en el Ordenamiento jurídico, ningún problema tendría que existir en orden a afirmar la superioridad moral del interés general así considerado sobre el o los intereses particulares o individuales. Esta pretendida supremacía en manera alguna impide, como reconoce la profesora Cassia Costadello, que ambos intereses público o general, y particular, no puedan entenderse complementariamente, incluso armónicamente. Cuando así acontece podemos afirmar que el interés general es más legítimo pues es capaz de abrazar de forma abierta, dinámica y compatible los intereses particulares o individuales que, de esta forma, alcanzan su plena realización en un Estado social y democrático de Derecho.

Siendo, por tanto, el interés general, el concepto central del Derecho Administrativo, no debería sorprender, como apunta el Conseil d'Etat en su Rapport de 1999, que el juez administrativo también tenga una relevante función como garante del interés general. Un concepto que, siendo esencialmente cambiante, tiene, sin embargo, una inextricable e indisoluble conexión con los derechos fundamentales, con la misma dignidad del ser humano pues, en última instancia, el principal y primordial interés general de cualquier Estado que se defina como social y democrático de Derecho es la garantía, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona. Por eso, el denominado derecho a una buena Administración reconocido hoy en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos ante la Administración Pública es, consecuentemente, un auténtico y genuino derecho fundamental de la persona.

Si admitimos, como es el caso, que el interés general sea el concepto clave para comprender el sentido y funcionalidad del Derecho Administrativo, entonces podremos comprender el alcance real de los poderes y potestades de la Administración. En efecto, la expresión poderes y potestades expresa mejor el sentido que tiene la posi-

ción jurídica de la Administración pública en el Estado de Derecho que si usamos los términos privilegios y prerrogativas, pues estos parecen indicar a priori la existencia de una posición de supremacía o de especialidad. Por eso, si el interés general está en la base, en la justificación última de la posición jurídica de la Administración, manifestada en una serie de poderes y potestades atribuidos por el Ordenamiento jurídico. Entonces, cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder, habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración pública a esta forma de proceder significa, ni más ni menos, que el criterio del servicio objetivo al interés general sea realmente el principal patrón de conducta que presida el entero quehacer de las Administraciones públicas.

La concepción voluntarista del interés general, inspirada en las teorías de Rousseau, a pesar de los pesares y de los intentos de la doctrina y jurisprudencia francesas por mantener su predicamento, hoy en día se nos presenta con puntos oscuros. En primer lugar, porque el interés general no es, no puede ser competencia exclusiva del poder legislativo puesto que éste ya no goza del monopolio de la representación. Y, en segundo lugar, porque como ha señalado atinadamente una sentencia del Tribunal Constitucional español de 7 de febrero de 1984 que glosaremos extensamente en este trabajo, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho ya no se define unilateralmente por la Administración pública, sino que ahora, de acuerdo con el parámetro de la participación, se determinará a través forma integrada, contando con la colaboración entre los poderes públicos y los agentes sociales.

El propio Consejo de Estado francés, en el Rapport que estamos comentando, insiste en varias ocasiones, quizás con una terminología un poco antigua, en que es el concepto del interés general el que explica la existencia de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de que dispone la Administración pública. Por supuesto, pero con una matización esencial. Los poderes y potestades son atribuidos por el Ordenamiento jurídico a la Administración. Es verdad que el interés general que debe servir objetivamente la Administración está incardinado en su propia naturaleza, pero el procedimiento y la forma en que ese interés general será administrado o gestionado necesita, por la inserción de la Administración pública en el Estado de Derecho, de una habilitación de la ley.

Una de las funciones más importantes de la noción del interés general en la jurisprudencia administrativa, tal y como la entiende el Consejo de Estado francés, reside precisamente en limitar la realización de determinadas actividades en nombre de los valores superiores que representa, que siempre habrán de concretarse al caso concreto, las libertades individuales, cuando sea necesario, para mantener precisamente el interés general. Claro, tales limitaciones han de respetar la seguridad jurídica y la igualdad dice el Conseil d'Etat. Por eso, el contraste jurídico entre estos principios y conceptos, lejos de conducir a enfrentamientos estáticos y estériles, abre las puertas a

nuevas maneras de comprender el sentido de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Público de manera más acorde y congruente con el modelo del Estado social y democrático de Derecho.

En una situación como la actual, de profunda desafección de la ciudadanía en relación con los asuntos públicos, la revalorización del interés general, entendido como el interés de todos y cada uno de los ciudadanos en cuanto integrantes de la comunidad, de todo el cuerpo social; si se quiere, como el bien de todos y cada uno de los ciudadanos, adquiere una singular relevancia. El Estado, pues, no se puede desentender de esta tarea y debe reflejar en su quehacer y en su actuación esa dimensión abierta, plural, dinámica y complementaria hoy imprescindible para recuperar un concepto, el de interés general, que desde la perspectiva ciudadana ha perdido muchos enteros. En parte, debe reconocerse, por la incapacidad de las políticas públicas, especialmente en Europa, la necesidad de implementar proyectos de libertad solidaria que efectivamente supongan mejoras reales y tangibles en las condiciones de vida de los ciudadanos.

La crisis de la concepción revolucionaria del interés general roussoniano, en cuya virtud el Estado asume la representación total y absoluta del interés general, es hoy en día, obvia. El interés general, tal y como se plantea en las modernas democracias fundadas sobre el modelo del Estado social y democrático de Derecho, no puede definirse de espaldas a la realidad. Una realidad que nos demuestra que el Estado debe garantizar, promover, y defender la pluralidad de aproximaciones legítimas que conviven en la sociedad. Es decir, armonizar e integrar coherentemente ese conjunto de intereses, de diversa naturaleza, comunitaria, colectiva. En este sentido, como recuerda el Rapport del Consejo de Estado francés que estamos glosando en este epígrafe, compete al Estado, de forma indeclinable e irrenunciable, la prevalencia del interés común, del interés de todos, sobre los intereses individuales. No como dogma o a priori sino como expresión concreta y argumentada en la realidad. Por una parte, porque moralmente el interés común es superior al interés de una parte, y, por otra porque no hacerlo así equivaldría, más pronto que tarde, a reducir al Estado, en parte así está aconteciendo, a un mero resorte del poder de las grandes multinacionales e inversores que se permiten, desde anular de hecho los poderes de los Entes reguladores, hasta ejercer un dominio real sobre las decisiones de la política económica, incluso de política general. ¿Por qué, por ejemplo, no se impide, a través de una razonable y adecuada regulación, que determinados inversores internacionales puedan especular con las deudas soberanas estatales hasta poner a todo un Estado-nación a los pies de los caballos? ¿Por qué, por ejemplo, se rescata masivamente a las instituciones financieras con fondos públicos sin contar con los contribuyentes?

El interés general, que ha dejado de ser monopolio natural del Estado, tampoco puede ser objeto de apropiación por parte de grupos económicos, nacionales o internacionales. La idea de la fragmentación, de pluralismo, es, en un Estado social y

democrático de Derecho que se precie, uno de sus rasgos esenciales, una de sus características más importantes. Por ello, se debe tomar conciencia de los peligros que encierra la llamada soberanía económica o financiera, una nueva soberanía que ha desplazado realmente al ciudadano de su condición de dueño y señor del poder público. Efectivamente, cuándo la Economía domina al Derecho, cuando el Derecho Público discurre varios cuerpos detrás de la Economía, cuándo el Derecho, expresión de la justicia, es desterrado de las decisiones económicas y financieras, entonces los principales poderes económicos y financieros se enseñorean del interés general y las notas de la racionalidad, pluralismo y justicia desaparecen al servicio del enriquecimiento sin cuento de los principales dirigentes y propietarios de estas corporaciones.

Tal y como recuerda el Consejo de Estado francés, cuando domina el análisis económico, cuándo es unilateral y reacio a otras dimensiones, entonces el interés general se acaba convertido en la suma de los intereses o utilidades particulares o, por mejor decir, en el depósito por excelencia de los intereses individuales. En alguna medida, esa visión antediluviana del liberalismo, resumida en el famoso *laissez faire*, en la pura abstención estatal para que las fuerzas creadoras conformen, sin límites, la actividad económica, sigue presente. Por eso, en el seno de la Unión Europea, en el alumbramiento de las principales categorías, conceptos e instituciones del Derecho Comunitario, junto a la razonable liberalización emprendida, para garantizar el libre acceso de los ciudadanos a los servicios de su preferencia, aparecen coherentes medidas para garantizar el interés general. Son los casos de la universalidad, asequibilidad y calidad que deben caracterizar el funcionamiento de los denominados servicios económicos de interés general.

IV. Pertinencia del interés general

El concepto mismo de interés general, así entendido, sigue siendo pertinente. La crisis económica y financiera que ha asolado el mundo en este tiempo así lo atestigua. El interés general en este tiempo de turbulencias, o bien ha sido secuestrado, o bien ha mudado su rostro para comparecer ante todos nosotros travestido de la suma de determinados intereses particulares. No es que los intereses particulares sean indignos o incompatibles con el interés general. De ninguna de las maneras. La cuestión, como apuntó el Consejo de Estado en las reflexiones sobre el interés general en su *Rapport* de 1999 adelantándose en el tiempo, reside en mantener un concepto de interés general en que se puedan integrar los diferentes intereses en juego bajo el supremo criterio del bien general de los ciudadanos.

Si partimos de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, los conceptos de interés general y de interés particular debieran entenderse en un contexto de complementariedad, en un marco de integración y armonización. Así, de esta manera, sí el interés particular se integra en el interés general, la resolución

de los problemas es más sencilla, En cambio, cuándo operamos con esquemas de enfrentamiento y confrontación, desde el pensamiento bipolar, entonces se ideologizan las cuestiones y su solución, humana y real, es una quimera.

La crisis de la concepción voluntarista del interés general y los problemas de la versión individualista nos acercan a un planteamiento más abierto, más plural, más dinámico, más complementario. Y también, por supuesto, más realista, más pegado a la realidad. Así lo entiende también el Consejo de Estado francés cuando reclama un debate intelectual sobre el concepto del interés general más pragmático. Un debate más pragmático, que lo es también, sobre las misiones, sobre las funciones del Estado, y, sobre todo, sobre cómo encontrar un espacio de equilibrio entre la denominada eficacia del mercado y los imperativos del interés general. Desde un punto de vista más amplio, me parece que el concepto de libertad solidaria responde a este desafío.

Esta tarea de integración equilibrada y armónica entre mercado e interés general, a pesar de que no haya convencido a la tradición francesa del servicio público, va dando pasos firmes, no sin luces y sombras, poco a poco.

Es conocida la tesis gala de incompatibilidad esencial entre la misión de servicio y el respeto al derecho de concurrencia. Sin embargo, la realidad demuestra que es posible la compatibilidad entre ambos criterios y, lo que es más importante, que la cohesión social no es incompatible, en sede de principios, con la libertad económica. En estos casos, la emergencia del concepto servicio económico de interés general, en el que coexisten los principios de publicidad y concurrencia junto a las obligaciones de servicio público, constituye una muestra de pensamiento complementario.

Mantener en el tiempo en que vivimos que el mercado es sinónimo de eficacia, de eficiencia y de libertad no es de recibo. Igual que defender, a capa y espada, que el Estado es la encarnación del ideal ético. Más bien, como parece colegir el Consejo de Estado de Francia, se trata de reinterpretar la idea de Duguit de interdependencia social, no de forma unilateral sino plural. De esa manera podría entenderse que el mismo concepto del interés general, entendido desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es garante de los valores de solidaridad, cohesión social, equilibrio territorial y protección del medio ambiente. En otras palabras: el Rapport del Conseil d'Etat de 1999 sobre el interés general confirma la convergencia entre las aproximaciones nacional y comunitaria dirigida a un mejor entendimiento y conciliación entre el principio del mercado y el objetivo de interés general.

Esta reformulación del concepto de interés general, que parte de los postulados expuestos, es, desde el punto de vista del Consejo de Estado francés, una necesidad. Una necesidad que nos conduce al mantenimiento de una concepción evolutiva del interés general. Una concepción que debe escapar de rígidos moldes y posiciones

preestablecidas, de clichés y prejuicios. Una concepción, sigue diciendo el Consejo de Estado galo, caracterizada por la plasticidad y la necesidad de responder a la demanda de mejores condiciones de vida por parte de la ciudadanía. Especialmente, en materia de servicios públicos en sentido amplio nos encontramos con la regularidad y continuidad de su prestación, con exigentes patrones de calidad o con razonables exigencias de universalidad en su acceso. Por tanto, según el Consejo de Estado, el carácter evolutivo del concepto de interés general garantiza la permanencia y vitalidad de los grandes principios del Derecho Administrativo que de deducen de los valores constitucionales, de los valores inherentes al interés general.

Es verdad que una formulación del interés general desde una perspectiva abierta y plural, desde el pensamiento complementario, resulta extraordinariamente difícil. Sin embargo, si operamos desde el ángulo del conflicto o la contraposición, desde los esquemas de la confrontación, entonces el producto resultante adolecerá de la marca de esta metodología. En cambio, buscar un concepto sintético, integrador y abierto, aunque sea más complejo y más lento garantiza que las autoridades públicas, desde la objetividad y la racionalidad, podrán construir espacios e instituciones que permitan el libre y solidario de las personas en la sociedad. Esta perspectiva, transaccional la denomina en su Rapport el Conseil d'Etat, abre las puertas a una nueva legitimidad que ahora está en las antípodas de la unilateralidad dominante, ubicándose en un mayor protagonismo ciudadano a la hora de conformar ese interés general del Estado social y democrático de Derecho.

En el Derecho Constitucional español, el juez o tribunal controla la legalidad de la actuación administrativa y la potestad reglamentaria, así como los fines que justifican el entero quehacer de la Administración pública. Tal es la dicción del artículo 106 de la Constitución española, que refleja la preocupación del constituyente por controlar jurídicamente el sometimiento al interés general por parte de la Administración. Así es porque nos encontramos en presencia del concepto que mejor explica el sentido y funcionalidad de la Administración pública. Es más, el juez administrativo debe velar por la prevalencia del interés general, por la supremacía del interés general, por la primacía de lo general, de lo de todos, sobre lo particular, sobre lo individual, por importante o relevante que éste sea. Que esto es así significa que, en efecto, el sentido y la funcionalidad del interés general, unido a la justicia, es el alma del Derecho Administrativo.

El Consejo de Estado del país galo entiende, acertadamente, que el juez administrativo juega un papel esencial en el proceso de defensa del interés general. Pareciera, pienso, que el Conseil d'Etat hubiera entendido el alcance del artículo 106 de la Constitución española. Precepto que supone, ni más ni menos, que atribuir al juez administrativo una suerte de posición especial en orden a mantener, en los conflictos en los que una parte es la Administración pública al menos, el interés general. El poder judicial, pues, asume en esta materia una posición central, por lo que para conocer mejor el

alcance del interés general habrá que estudiar pormenorizadamente la jurisprudencia acerca del sometimiento de la Administración pública, en cada caso, a los fines de interés general.

Unos fines, que, por su propia naturaleza, se enraízan en la esencia de la misma Administración pública, que se define, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, como una institución u organización de servicio objetivo, valga la redundancia, al interés general. Por tanto, ese servicio objetivo al interés general significa transparencia, publicidad, concurrencia en las licitaciones, mérito o capacidad en el acceso y promoción en la función pública.

El Derecho Administrativo es el derecho del poder público para las libertades ciudadanas en feliz expresión del profesor González Navarro. El Derecho Administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro. Las construcciones dogmáticas que situaban al poder en el frontispicio de este sector del Derecho Público han pasado a la historia. Hoy el Derecho Administrativo es un Derecho que garantiza derechos e intereses legítimos de los ciudadanos porque el interés general está cada vez más vinculado a la promoción de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los más indefensos.

El papel fundamental de los ciudadanos, que ya no son sujetos inertes, meros beneficiarios de bienes y servicios públicos, alumbró una nueva versión del interés general que es inherente a la democracia y, por tanto, a los valores del Estado social que en ella habitan: libertad, solidaridad, participación y justicia fundamentalmente.

V. Significado del interés general.

Un estudio sobre el concepto del interés general en el Derecho Administrativo merece un somero análisis acerca de su significado. No es infrecuente que el término que se asocia al Derecho Administrativo como concepto clave sea el de interés público. Sin embargo, hemos preferido referirnos en este trabajo al concepto de interés general porque si bien en el pasado fue el interés público el término elegido para fundar el sentido de la actuación de la Administración pública, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés a que debe someterse la Administración es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto, no el de la propia institución Administrativa o el de sus agentes, sino el de todos los ciudadanos. El principio de participación y el principio de centralidad del ser humano me parece que reclaman un entendimiento más amplio y abierto que el estricto y riguroso de interés público.

En realidad, no sólo en el lenguaje coloquial, también en el académico, ambos conceptos se identifican. Sin embargo, debemos matizar porque existe un concepto amplio de interés público, que sería el interés general, y un concepto estricto, reducido a

los estrechos límites de lo organizacional. La perspectiva amplia de interés público ha sido calificada de distintas formas y maneras con el fin de llamar la atención acerca de su centralidad en orden a definir el Derecho Administrativo mismo. El profesor Hachem las ha resumido así: noción-madre, clave de bóveda, alma, corazón, piedra angular o alfa y omega del derecho Administrativo.

El profesor Duran ha señalado acertadamente que siendo el interés privado y el interés públicos conceptos distintos, en modo alguno se contradicen u oponen. Más bien, cada uno desde su ámbito cumple cabalmente su finalidad propia y en la medida en que se concilien o complementen la convivencia es más armoniosa. El interés general sería para Durán, el conjunto del interés privado y del interés público, y equivaldría a la noción de bien común que no es, ni más ni menos, entonces, que el correlato metafísico del concepto de interés general, que es la noción propia con la que trabaja el jurista del Derecho Administrativo en el Estado social y democrático de Derecho.

El profesor Muñoz nos ha enseñado que este concepto, a pesar de su difícil definición, tiene proyección concreta. Unas veces, porque está previsto en la ley. Por ejemplo, cuándo se permite rescatar una concesión administrativa por razones de interés público o cuándo la norma prevé que un contrato público pueda ser resuelto unilateralmente por la Administración pública cuando concorra causa suficiente de interés público. Pero también, aunque no esté previsto en el Ordenamiento jurídico, si admitimos que el juez administrativo puede controlar los fines de la actuación administrativa, podrá, en efecto, analizar en Derecho, en el caso concreto, si la potestad administrativa es adecuada al interés general que debe fundar la misma actuación administrativa, una actuación que no puede estar amparada en una pretendida intangibilidad absoluta del mérito del acto administrativo.

Como razona Bebendi, en el Estado de Derecho no es posible excluir de control jurídico los actos administrativos amparados en esta categoría jurídica en abstracto. Más bien, lo que hace el juez es controlar por los medios que le proporciona el Derecho si la actuación administrativa en concreto es razonable, es adecuada, es proporcional, y se enmarca en el interés general específico en el que se opera la potestad administrativa. Si estamos en el marco de la educación, de la sanidad, de la industria, de la cultura o de cualquier otro sector supraindividual atribuido a la Administración pública, la racionalidad de la actuación, de acuerdo con los criterios de la lógica y de la motivación, permitirán conocer en concreto la expresión del interés general que justifica la actuación puntual de la propia Administración en un caso concreto.

El interés general, ínsito en toda actuación administrativa, no es una ideología. No puede serlo en el Estado de Derecho en el que la Administración obra en virtud de normas, de disposiciones generales que traducen, que deben proyectar, cada vez con mayor grado de concreción, a través de poderes, intereses generales a la realidad. En

el Derecho Administrativo Constitucional, en el Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho, el interés general no puede ser, de ninguna manera, un concepto abstracto, intelectual, desde el que se justifique cualquier tipo de actuación administrativa. En otras palabras, la simple apelación genérica al interés general no legitima la actuación administrativa. Esta precisa, para actuar en el marco del Estado social y democrático de Derecho, de una razonable proyección concreta sobre la realidad en virtud de normas que permiten laborar a la Administración pública.

Tal y como afirma Nieto, la ideología del interés público, en sentido amplio apuntamos nosotros, cuándo asume la funcionalidad democrática, da contenido y misión inequívocamente de esta naturaleza a la actuación administrativa. De esta manera, el quehacer administrativo encuentra su límite y su fundamento precisamente en el interés general, que se convierte, bien por expresa atribución normativa, bien por su incardinación en los principios generales del Derecho Administrativo, en la clave de bóveda de esta rama del Derecho Público.

Sin embargo, cuándo el interés general, el interés público en sentido amplio, no se ajusta a la esencia democrática, desconociendo los derechos fundamentales, y entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva, sobre todo, entonces algunos de los dogmas que acompañan al acto administrativo, ejecutividad y ejecutoriedad, por ejemplo, asumen un valor absoluto que lamina la posición jurídica del ciudadano, convirtiéndolo en mero receptor de bienes y servicios públicos sin más. Por el contrario, cuándo la dignidad del ser humano ocupa el centro del Derecho Administrativo, entonces el acto administrativo pierde ese carácter mítico, y el esquema originario de exorbitancia se torna, es lógico, como un régimen de servicio objetivo a un interés general que reside precisamente en la promoción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

VI. Dimensiones del interés general

Uno de los profesores que mejor ha tratado esta cuestión es, sin duda alguna, Bandeira de Mello, maestro brasileño de Derecho Administrativo que viene defendiendo, décadas atrás, desde los años sesenta del siglo pasado, el principio de supremacía del interés público a partir de los datos del Ordenamiento jurídico brasileño. Este jurista iberoamericano, de gran renombre internacional, entiende, con toda razón, que el interés público no es un concepto autónomo, que tenga existencia aislada e independiente de las personas. No es, no puede ser de ninguna de las maneras un concepto inmanente, subsistente por sí mismo. Nace y se desarrolla en el marco de un Derecho Administrativo de inequívoco sabor democrático en el que, por supuesto, el titular del poder público sea legislativo, ejecutivo o judicial, es el pueblo, la ciudadanía en conjunto e individualmente considerada. Por ello, el concepto del interés público, en sentido amplio, está relacionado con los derechos de los ciudadanos, con los intere-

ses supraindividuales de los individuos, dice Bandeira de Mello. Ahora bien, el interés público así considerado constituye una de las posibles formas de manifestación de estos intereses. Más en concreto, si reconocemos que existe una dimensión personal de estos intereses expresada a través de las conveniencias exclusivamente personales del individuo, es obvio que ésta no responde al concepto del que aquí tratamos de interés público en sentido amplio o interés general. Más bien, como señala el profesor Bandeira de Mello, se trata de la dimensión pública de esos intereses ciudadanos. Es decir, desde esta perspectiva, el interés de los ciudadanos como miembros de la colectividad, como integrantes del cuerpo social conforman el concepto del interés general, que por tanto se refiere a la cobertura de las necesidades colectivas de los ciudadanos, entre las que más relevantes son, sin duda, la educación o la sanidad.

El interés público en sentido amplio tiene una obvia vinculación a las personas consideradas, eso sí, como integrantes de la sociedad. Desde este punto de vista el interés general puede considerarse como el interés social en la medida en que descansa sobre los intereses de las personas como componentes básicos de la sociedad. No es un concepto abstracto, genérico el que aquí se plantea sino un concepto que referido a la comunidad está incardinado en los intereses de las personas que componen el cuerpo social precisamente como integrantes de la sociedad. Como dice Bandeira de Mello, refiriéndose al interés público en sentido amplio, éste surge como algo en que cada componente de la sociedad reconoce e identifica su propio querer y su propia valoración positiva.

Desde esta perspectiva, el maestro brasileño define el interés público como el interés resultante del conjunto de intereses que los individuos personalmente poseen cuando son considerados como miembros de la sociedad. Es decir, el interés general, el interés público en sentido amplio, el interés de los ciudadanos en su dimensión pública está incardinado en la propia existencia de las personas, eso sí, como integrantes de la sociedad. Por eso, la Administración pública cuándo sirve objetivamente el interés general debe tener presente los intereses de las personas en su dimensión social, debe atender a las necesidades colectivas de las personas, debe, en una palabra, evitar esas abstracciones a que nos tiene tan acostumbrados cuándo se pretende usar unilateralmente lo que solo se pueda utilizar multilateralmente.

Partiendo de la doctrina italiana, Bandeira de Mello distingue también, en el marco del interés del aparato estatal, en el ámbito del interés del Estado, una dimensión particular y una dimensión pública que conviene tener en cuenta para mejor entender el concepto de interés general del que partimos en este estudio. Así, desde las posiciones mantenidas por Alessi, Carnelutti y Picardi, la Administración ordinariamente hace prevalecer su voluntad, que es la voluntad del conjunto, de todos y cada uno de los ciudadanos, sobre la de los individuos particularmente considerados. Es decir, la voluntad de la persona jurídica Administración es preferente sobre la de los ciudadanos y puede

imponerse de acuerdo con las reglas de la autotutela declarativa y ejecutiva, pero sólo en el caso de que esa voluntad administrativa esté perfectamente motivada, asentada sobre la realidad y goce del respaldo del Ordenamiento jurídico.

La prevalencia del interés general sobre el individual sólo se produce cuándo traiga causa del Ordenamiento jurídico, del Derecho objetivo dice Bandeira de Mello. Es decir, cuándo media una atribución explícita o implícita del Ordenamiento jurídico. Escribo Ordenamiento jurídico y no norma jurídica legislativa porque la Administración, a mi juicio, está vinculada por la Ley y por el Derecho, esto es, por el Ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, de esta manera, se evita la tiranía de la norma escrita y se da entrada a los principios generales del Derecho que, en materia de Derecho Administrativo son tan importantes que, por su concurso y colaboración, es posible devolver al interés general defectuosamente concretado, por ejemplo por su ausencia de relación con los derechos de las personas, esa dimensión humana que tanto precisa para ser lo que debe ser: el Derecho que regula racionalmente los asuntos generales con arreglo a la justicia.

El interés general, pues, ha de estar definido en el Ordenamiento jurídico. No es una abstracción, una especulación, una filigrana intelectual. Es también, sobre la base de los valores del Estado social y democrático de Derecho, algo concreto, materializado, puntualizado, encarnado en la realidad que, además, debe ser racional, objetivo, susceptible de motivación o argumentación a partir de los criterios de la lógica.

La doctrina italiana también distingue entre interés colectivo primario e intereses secundarios (Alessi). En el primer caso, el interés así referido se extiende al complejo de intereses individuales prevalentes en una determinada organización jurídica de la colectividad, constituyendo la expresión unitaria de una multiplicidad de intereses coincidentes. En palabras de Bassi, ese interés primario es el parámetro fundamental al que la Administración está obligada a referir sus decisiones y poderes. Es el interés público en sentido amplio, el interés general del que tratamos en este estudio. En cambio, el interés de un individuo de la colectividad o el del aparato administrativo en sí mismo son secundarios. En otras palabras: el interés particular de una persona física o el interés de la Administración como persona jurídica, que son intereses secundarios, pueden coincidir, o no, con el interés colectivo primario, con el interés general, con el interés público en sentido amplio.

El interés general, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembros de la sociedad en que el funcionamiento de la Administración pública repercute en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos fortaleciendo los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho. Por eso, nada más alejado al interés general que esas versiones unilaterales, estáticas, profundamente ideológicas, que confunden el aparato público con una organización al servicio en cada momento de los que mandan, del gobierno de turno.

Por ejemplo, ahora que estamos en una aguda y dolorosa crisis económica y financiera que afecta a Europa especialmente y a los Estados Unidos de América, los Gobiernos ponen en marcha, a través de la Administración pública, diferentes medidas para intentar sanear unas cuentas públicas maltrechas, al borde de la bancarrota. En este sentido, algunas decisiones para aliviar el elevado déficit público que aqueja a no pocos países consistentes en elevar los impuestos son, sin duda, eficaces, pero profundamente desvinculadas del interés general. En estos casos, es posible que el interés público secundario se alcance pues el Ministerio de Hacienda cumple los objetivos de reducción del déficit, pero no cabe duda alguna, al menos para quienes escribimos, que subir los impuestos a la población cuándo se reducen los salarios del sector público y se congelan, con tendencia a la baja, las pensiones públicas, empeora sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos lesionando, y no poco, el interés público primario o interés público amplio que denominamos en este trabajo interés general.

El profesor Bandeira de Mello subraya, y esto es relevante, que el interés público no es algo etéreo, intangible o abstracto. A mi juicio debe estar concretado en la norma y en el Derecho, en la ley y en el resto del Ordenamiento jurídico. Si admitiéramos una concepción abstracta y genérica de interés general estaríamos amparando actuaciones administrativas irracionales y arbitrarias, profundamente ilegales. Por una poderosa razón: porque cuando no es menester concretar el interés general al que ha de servir objetivamente la Administración, ésta vuelve sobre sus fueros perdidos y recupera el halo de abstracción e infinitud, de ilimitación y opacidad, que tenía en el Antiguo Régimen.

VII. Caracterización del interés general.

Es decir, el interés general debe estar concretado, detallado, puntualizado en el Ordenamiento jurídico, en la mayoría de los casos en una norma jurídica con fuerza de ley. La idea, básica y central, de que el interés general en un Estado social y democrático de Derecho se proyecta sobre la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos en lo que se refiere a las necesidades colectivas, exige que en cada caso la actuación administrativa explicita, en concreto, cómo a través de actos y normas, de poderes, es posible proceder a esa esencial tarea de desarrollo y facilitación de la libertad solidaria de los ciudadanos.

Es la Constitución, como fuente de las fuentes, y como norma de las normas, el lugar en el que encontramos los valores y principios que han de presidir el desarrollo del interés general en el Estado social y democrático de Derecho. Los valores superiores del Ordenamiento, los principios del preámbulo de la Carta magna y, muy especialmente, los derechos fundamentales de la persona y los principios rectores de la política social y económica conforman, para el caso español, las partes de la Constitución

directamente vinculadas a la promoción y realización del interés general. De manera especial, el artículo 9.2 manda a los poderes públicos la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas removiendo los obstáculos que impidan su efectividad. La Administración pública, pues, debe promover, facilitar, hacer posible que cada persona se desarrolle libre y solidariamente removiendo los obstáculos que lo impidan.

La Administración pública, bien lo sabemos, no dispone de libertad. Son las normas jurídicas las que le atribuyen los poderes y, en su virtud, dictan actos y realizan funciones de interés general. En este marco, el principio de juridicidad nos ayuda a comprender mejor la forma en la que la norma de atribución ha de perfilar, con el mayor detalle posible, el interés general que debe servir objetivamente la Administración pública en cada caso. Si la norma es parca o confusa, los principios de racionalidad, objetividad, proscripción de la arbitrariedad, seguridad jurídica o confianza legítima, entre otros, permitirán a la propia Administración pública cumplir su tarea o, corresponde, ser controlada jurídicamente por los Tribunales de Justicia. En todo caso, cuándo la Administración opera en virtud de poderes discrecionales, el grado en que se debe concretar y justificar el interés general está en proporción a la intensidad de la discrecionalidad atribuida por la norma a la Administración pública.

El interés general, por tanto, está previsto en la Constitución y contemplado, para el Derecho Administrativo, de otra manera no podría ser, en los principios del Estado de Derecho. Procedimentalmente, el interés general ha de ser satisfecho por la Administración a través de normas, poderes y actuaciones que operan en el marco del principio de juridicidad, de la separación de los poderes y del reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. Es este el campo de juego en el que debe moverse la Administración para que en todo su quehacer brille con luz propia el interés general que en cada caso haya de satisfacer.

El profesor Bandeira de Mello entiende que existe una noción categórica general de lo que se debe entender por interés público aplicable a cualquier sistema jurídico-político al margen de consideraciones contingentes o variables. Opina este profesor que es posible encontrar un núcleo objetivo, universal, de lo que es el interés público, de lo que es el interés general tal y como aquí lo denominamos. A partir de ese núcleo esencial, el interés general se encarna, por así decir, en la realidad a través del Ordenamiento jurídico: leyes, normas y actos fundamentalmente.

No es que existan dos aproximaciones paralelas al interés general, una genérica, con pretensión de validez universal, derivada del Estado de Derecho e integrada esencialmente en la Constitución, y otra concreta, puntual, expresada a través de normas y actos. Ambas aproximaciones han de ser entendidas desde el pensamiento compatible y complementario. Así, de esta manera, para considerar jurídicamente si el interés

general concreto está enmarcado en el Estado de Derecho, en la Constitución, habrá que echar mano de la concepción genérica, que no es un cheque en blanco. Consiste, como antes comentamos, en una noción enraizada sustancialmente en el conjunto de valores superiores del Ordenamiento, en las bases del Estado social y democrático de Derecho, muy especialmente en lo que se refiere a la centralidad de los derechos fundamentales de la persona y a los principios de la política social y económica, al menos en lo que se refiere a esta Constitución analizada desde el Derecho Español.

En realidad, si analizamos esta cuestión, como apunta el profesor Hachem, desde la perspectiva, por ejemplo, de la anulación de un acto administrativo por haberse dictado de acuerdo con una finalidad diversa a la prevista en la norma (al interés público en sentido amplio inherente a la norma) y de la legitimidad jurídica para la revocación de una licitación por existir razones concretas de interés público que justifican dicha anulación, nos encontramos ante un dilema de no difícil solución. No es que estemos ante dos expresiones distintas de comprender el Derecho Administrativo. Estamos ante una forma de entender el Derecho Administrativo que ciertamente bascula sobre el concepto del interés general, un interés general que tiene dos diferentes representaciones que están indisolublemente unidas: la general, en cuanto que el acto ha de expresar los valores del Ordenamiento jurídico, y la concreta que, de forma inescindible con la general, proyecta esa dimensión genérica sobre la realidad, sobre un supuesto concreto de la realidad administrativa.

Esta explicación sale al paso de la perspectiva esquizofrénica de entender el interés público en sentido amplio y en sentido estricto como dos realidades distintas y separables. Desde el pensamiento compatible y complementario es posible encontrar una argumentación que salve la aparente contradicción que en muchas ocasiones la doctrina ha encontrado entre estas dos manifestaciones del interés público, del interés general como aquí lo entendemos. Podría hasta afirmarse que son las dos caras de la misma moneda: una en abstracto que, precisamente para ser válida en el Estado de Derecho, debe materializarse en la realidad, en el caso concreto, en el que, obviamente, habrá de orientarse hacia la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. La otra, la perspectiva concreta, insisto, es la forma que adopta la dimensión abstracta, principal, del interés general.

La institución de la desviación de poder, que se aplica cuándo las potestades administrativas se ejercen para fines distintos de los previstos en el Ordenamiento jurídico, aunque se refiere al interés general abstracto, al que habita en la norma jurídica, que trae causa de la misma Constitución o de una ley, es obvio que debe proyectarse sobre intereses públicos concretos, específicos, materializables, que, de una u otra forma afecten favorablemente a la mejora de las condiciones vitales de los ciudadanos. Pregunta, ¿es qué la potestad administrativa, establecida en una norma de la que procede un acto administrativo, puede operar legítimamente al margen del interés general con-

creto si éste no es más, ni menos, que la proyección de los valores superiores del Ordenamiento, de los postulados del Estado social y democrático de Derecho a la realidad?

Truchet, en su trabajo sobre las funciones de la noción del interés general en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia tercia en esta cuestión y afirma que el interés general concreto, el interés público cualificado que dirá la doctrina italiana, es una condición para el ejercicio de una potestad administrativa. Es decir, el interés general opera cómo límite jurídico al ejercicio de las funciones administrativas. Para ello, para que el interés general abstracto proyectado en el caso concreto (interés general concreto) sea efectivamente límite de la actuación administrativa es menester que en el acto en que se materializa la potestad la motivación sea adecuada. De lo contrario, hasta podrá ser un acto ilegal, graduándose su gravedad en función de la indefensión en que pueda quedar el destinatario de dicho acto. Por tanto, el interés general, en su doble condición, habilita al quehacer administrativo y, en sentido contrario, prohíbe ciertas actuaciones contrarias a los valores superiores del Ordenamiento y a los postulados del Estado social y democrático de Derecho.

La distinción entre las dos dimensiones del interés general es útil a efectos pedagógicos y sistemáticos, pues permite comprender mejor el alcance, sentido y funcionalidad de este concepto capital para la misma definición y entendimiento del Derecho Administrativo. Sin embargo, si es que pretendemos determinar el concepto capital de nuestra disciplina, mejor sería, me parece, hablar de un interés general con dos dimensiones, inescindibles e inseparables, una teórica, abstracta, genérica, en cuanto presupuesto de validez de cualquier norma o principio de derecho Público, y otra concreta, en cuanto que toda materialización y pura ejecución de las normas jurídicas administrativas debe orientarse a satisfacer necesidades colectivas que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, tanto en lo que se refiere al fomento, a la policía o al servicio público.

VIII. Reflexión final: la motivación de las actuaciones administrativas

La cuestión de la motivación del acto administrativo es consecuencia de la obligación de rendición de cuentas que pesa sobre una Administración democrática. Hasta tal punto esto es así que se puede afirmar, sin empacho alguno, que una Administración pública será tanto más democrática cuanto más y mejor motive los actos administrativos dictados en el marco de potestades discrecionales.

Ciertamente, esta consideración acerca de la obligación de motivar en cada caso la existencia del interés general legitimador de su actividad es trasunto de la titularidad de la soberanía que, al pueblo, en su conjunto e individualmente considerado, corresponde. El pueblo es el titular de la soberanía, del poder público. Los funcionarios y autoridades lo que hacen, y no es poco, es administrar y gestionar asuntos que son de

titularidad ciudadana en nombre del pueblo de forma temporal explicando periódicamente a los ciudadanos la forma en que se ejercen dichas potestades.

Este es un tema de palpitante y rabiosa actualidad que explica hasta qué punto la crisis por la que atravesamos trae también causa, y de qué manera, del proceso de apropiación del poder en que han incurrido deliberadamente los políticos y altos funcionarios en términos generales. Con una sagacidad e inteligencia digno de encomio, y gracias al consumismo insolidario imperante, se ha convencido a no pocos sectores de la población de que para los asuntos del interés general debían confiar en los dirigentes públicos, que saben muy bien lo que deben hacer. Incluso se ha intentado, a veces con notable éxito, presentar a la ciudadanía desde la tecnoestructura argumentos y razones para justificar tal posición tiñéndola a veces de caracteres pseudocientíficos. Las consecuencias de este modo de proceder a la vista de todos están: politización de la Administración pública, conversión del interés general el interés o intereses particulares o individuales. Y, lo más grave, desnaturalización de la democracia que está dejando de ser el gobierno del pueblo, por y para el pueblo

Por eso el tema del interés general es de crucial importancia para el Derecho Administrativo y, sobre todo, para la revitalización de los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Porque está en juego nada y nada menos que la vuelta al Estado absoluto, al autoritarismo, a la consideración unilateral del interés general al margen de la razón humana.

El interés general, ya lo hemos explicado, tiene dos dimensiones, una amplia y otra concreta. En la dimensión amplia dispone de un protagonismo especial uno de los principales postulados del Estado social y democrático de Derecho: los derechos fundamentales. En efecto, Meilán Gil afirma que en la delimitación conceptual del interés general existe un núcleo irreductible que tiene en los derechos fundamentales de la persona su sustancia permanente. Esto es así, me parece, porque la dimensión amplia del interés general asegura en todo momento que la dimensión concreta, que puede variar como consecuencia del dinamismo social y de los legítimos cambios en el poder político, en ningún momento pueden desconocer la esencia y el alma del interés general, que es la centralidad que tiene para todo el Derecho la dignidad del ser humano y los derechos que le son inherentes.

Bibliografía

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. En: Daniel Wunder Hachem (Coords.). *Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais. En: Fabrício Motta. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 317-323.

Bandeira de MELLO Celso Antonio. A supremacia do interesse público. In: XI Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Conferência de encerramento proferida em 27.08.2010. Curitiba: Instituto Paranaense de Direito Administrativo, 2010.

CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA. Rapport de 1999 sobre El Interés general.

DAHRENDORF, Ralf. *Sociedad y libertad*. Madrid. Tecnos. 1971

DOEHRING, Karl. *Sozialstaat Rechtsstaat und Freiheitlich-Demokratische Grundordnung*. En: *El Estado social*, Madrid, 1987 Centro de Estudios Constitucionales, p. 157 y siguientes.

DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris : Librairie Armand Colin, 1913.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FRIEDRICH, Carl J. (Org.). *O interesse público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La significación de las libertades para el Derecho Público*, Madrid, 1981, Anuario de de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, p 116 y siguientes.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, Madrid: Civitas, p. 69-89, ene./mar. 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando. Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*, nº 7, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 11-50, ene./abr. 1952.

GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. v. 1. Trad. Luis Ortega. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1991.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. t. 1: Parte General. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003

GUIDDENS, Anthony. *Un mundo desbocado*. México. Taurus. 2000

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 11, Belo Horizonte, p. 19-110, ab/jun 2011

MEILÁN GIL, José Luis. El proceso de la definición del Derecho Administrativo. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

MEILÁN GIL, José Luís. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, nº 40, Belo Horizonte: Fórum, p. 171-198, abr./jun. 2010.

MEILÁN GIL, José Luís. O interesse público e o Direito Administrativo global. En: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 101-104.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. En: Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 181-191.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. En: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En: Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.). Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. v. 3. Madrid: Civitas, 1991, p. 2185-2253.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 105-130.

SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. Revista de Administración Pública, nº 82, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 439-454, ene./abr. 1977.

TRUCHET, Didier. Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État. Paris: LGDJ, 1977.

BREVI CONSIDERAZIONI SULLA MODIFICA DELL'ART. 9 DELLA COSTITUZIONE ITALIANA: LA TUTELA DELL'AMBIENTE, DELLA BIODIVERSITÀ E DEGLI ECOSISTEMI, ANCHE NELL'INTERESSE DELLE FUTURE GENERAZIONI

Autores//

Maria Francesca Tropea⁴⁵

Sommario

1. Introduzione: i contenuti della riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 – 2. La portata della riforma costituzionale – 3. Il diritto costituzionale eurounitario della programmazione strategica in materia ambientale – 4. – Il diritto costituzionale nazionale vigente prima della riforma – 5. La tutela costituzionale dell'ambiente «anche» nell'interesse delle generazioni future – 6. Le finalità perseguite dalla riforma costituzionale – 7. Riflessioni conclusive sulla portata innovativa della riforma costituzionale in materia ambientale.

1. Introduzione: i contenuti della riforma costituzionale degli artt. 9 e 41.

Lo scorso 8 febbraio 2022, la Camera dei deputati del Governo italiano ha approvato il Disegno di Legge costituzionale recante «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente».

La Legge di revisione, Legge costituzionale n. 1 del 2022⁴⁶, promulgata il successivo 11 febbraio 2022, aggiunge all'art. 9 della Costituzione un nuovo terzo comma che

⁴⁵ Avvocato del Foro di Brescia e Dottore di ricerca in Business & Law, Assegnista di ricerca e Cultore della materia in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Brescia

⁴⁶ Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente», su G.U. n. 44 del 22 febbraio 2022. Approvata in prima lettura dall'Assemblea del Senato della Repubblica, lo scorso 9 giugno 2021, con 224 voti favorevoli, 23 astensioni e nessun voto contrario. Per i primi commenti sulla proposta di modifica costituzionale, si vedano L. Casseti, Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?; G. Di Plinio, L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente; T.E. Frosini, La Costituzione in senso ambientale. Una critica; I.A. Nicotra, L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid; F. Rescigno, Quale riforma per l'articolo 9, A.L. De Cesaris, Ambiente e Costituzione, tutti in *Federalismi.it*, n. 16/2021; M. Cecchetti, La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, disponibile in www.forumcostituzionale.it. Ancora, cfr., successivamente, E. Di Salvatore, Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022, il quale così succintamente delinea i contenuti della riforma costituzionale: «La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 ha recato modifiche alla Costituzione, introducendo nell'art. 9, accanto alla promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e alla tutela del paesaggio del patrimonio storico e artistico della Nazione, la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni, e facendo carico alla legge dello Stato di disciplinare i modi e le forme di tutela degli animali (art. 1). Essa, inoltre, ha modificato l'art. 41, prevedendo che l'iniziativa economica del privato non possa svolgersi in modo da recare danno (anche) alla salute e all'ambiente e disponendo che la legge determini i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata (anche) a fini ambientali (art. 2). La legge, infine, reca una clausola di salvaguardia per le Regioni a Statuto speciale e per le Province autonome, con la quale si stabilisce che «la legge dello Stato che disciplina i modi e le forme di tutela degli animali (...) si applica alle regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano nei limiti delle competenze legislative ad esse riconosciute dai rispettivi statuti» (art. 3)».

attribuisce alla Repubblica italiana il dovere di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e introduce, altresì, una riserva di legge statale in materia di tutela degli animali.

In origine, l'art. 9 della Costituzione prevedeva la sola promozione della cultura e della ricerca scientifica e tecnica e la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.

La riforma ha avuto ad oggetto anche l'art. 41 della Costituzione e, nella specie, il secondo e il terzo comma.

Al secondo comma, è stato aggiunto il riferimento al «danno alla salute» e al «danno all'ambiente», a integrazione dei limiti che si impongono all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, nel senso che quest'ultima «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana».

Al terzo comma, si registra poi l'aggiunta dei fini ambientali nel novero delle finalità cui può essere espressamente «indirizzata e coordinata» l'attività economica, sia essa pubblica o privata, mediante i programmi e i controlli opportuni che la legge è chiamata a determinare.

Il nuovo terzo comma, nello specifico, all'esito della modifica, così recita: «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

2. La portata della riforma costituzionale.

Prima della Legge costituzionale n. 1 del 2022, numerosi sono stati i tentativi di inserire la tutela ambientale in Costituzione⁴⁷.

Invero, il percorso che ha portato all'introduzione della tutela ambientale quale dovere della Repubblica è stato avviato a livello giurisprudenziale.

In particolare, già nella seconda metà degli anni '80⁴⁸, la Corte costituzionale ha

47 Nel tempo, si sono susseguite numerose proposte di revisione costituzionale furono esaminate già nel corso della XIV Legislatura: tra queste, si ricordino le proposte di legge A.C. n. 4429 (Mascia ed altri), A.C. n. 4423 (Cima ed altri), A.C. n. 4307 (Specchia ed altri), A.C. n. 4181 (Calzolaio), A.C. n. 3809 (Milanese ed altri), A.C. n. 3666 (Colucci ed altri), A.C. n. 3591 (Schmidt ed altri), A.C. n. 2949 (Lion ed altri), A.C. n. 705 (Rocchi). Nel corso della Legislatura successiva furono poi presentate le proposte di legge A.C. n. 47 (Boato) e A.C. n. 101 (Mussi). Nella XVI Legislatura furono esaminati il disegno di legge A. S. n. 23 (Peterlini e Pinzger) e la proposta di legge A.C. n. 228 (Russo). Infine, la XVII Legislatura si è invece occupata della proposta di legge A.C. 306 (Brambilla) e dei disegni di legge A.S. n. 1975 (Caleo ed altri), A.S. n. 2951 (Del Barba ed altri) e A.S. n. 1873 (De Peteris).

48 Ex multis, Corte cost., 7 maggio 1987, n. 167, in Giur. cost., 1987, 1212 ss.; Id., 22 maggio 1987, n. 210, in Riv. giur. amb., 1987, 334 ss.; Id., 17 dicembre 1987, n. 641, in Riv. giur. amb., 1988, 93 ss.; Id., 18 maggio 1989, n. 324, in Le Regioni, 1989, 1420 ss.; Id.,

configurato l'ambiente in termini di valore costituzionale che involge trasversalmente l'agire della pubblica amministrazione, orientandolo.

Proprio in ragione della corposa giurisprudenza costituzionale intervenuta sul punto, si è sostenuto in dottrina che una simile riforma sia stata non solo superflua, ma addirittura controproducente, a differenza della politica e dell'opinione pubblica che, entusiasticamente, hanno definito l'adeguamento della riforma come una conquista storica o comunque epocale⁴⁹.

Si ritiene di non convenire con tale lettura, sostenendo invece la tesi di una riforma da qualificarsi quantomeno come indefettibile⁵⁰.

La necessità dell'introduzione di un diritto costituzionale in materia ambientale discendeva altresì da una stringente esigenza di non lasciare le scelte delle politiche legislative in prima battuta e l'azione amministrativa poi alla sola garanzia del sindacato giurisdizionale di non manifesta irragionevolezza⁵¹.

Il riferimento è alle numerose decisioni della Corte costituzionale⁵² con le quali si

2 dicembre 1991, n. 437, in *Le Regioni*, 1992, 1272 ss.; Id., 9 febbraio 1994, n. 54, in *Giur. cost.*, 1994, 326 ss.; Id., 26 luglio 2002, n. 407, in *Foro it.*, 2003, 1, 688 ss., ove la Corte costituzionale afferma che «non si può parlare di una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", riservata rigorosamente alla competenza statale, giacché essa, configurandosi piuttosto come un valore costituzionalmente protetto, investe altre competenze che ben possono essere regionali, spettando così allo Stato il compito di fissare "standards" di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale». Più di recente, cfr. *Corte cost.*, 14 novembre 2018 n. 198, in *Riv. giur. ed.*, 2019, I, 57; Id., 30 marzo 2018, n. 66, ivi, 2018, I, 589; Id., 20 ottobre 2017, n. 218, ivi, 2017, I, 1037 e Id., 12 ottobre 2017, n. 212, ivi, 2017, I, 1053.

Per la nozione di ambiente, M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.; G. Cordini, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 611 ss.; G. Pericu, *Ambiente (tutela dell')* nel diritto amministrativo, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, Torino, 1987, 189 ss.; F. Fonderico, *Ambiente (Dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, 2006, 204 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008, 5 ss.; A. Gustapane, *Tutela dell'ambiente (Diritto interno)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XLV, 1992, 413 ss.; M. Aini, *Ambiente*, in *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2007, 11 e ss.; B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005.

49 Così, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 286. L'Autore sottolinea invero la necessità per il giurista e, in particolare, per il costituzionalista di «prescindere dai facili entusiasmi o dai "sentimenti" personali, per adoperarsi, con gli strumenti della consapevolezza critica e della competenza scientifico-disciplinare, al fine di offrire gli elementi fondamentali per una valutazione del progetto di revisione che possa risultare il più possibile completa e obiettiva in chiave tecnico-giuridica e istituzionale».

50 Ed anzi, vi è chi in dottrina ha sostenuto che la riforma dell'art. 9 Cost. debba ritenersi un vero e proprio «piccolo miracolo istituzionale». Così I.A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it*, n. 16/2021, 1.

51 In questo senso, cfr. M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 287-288.

52 In questo senso, si vedano, ex multis, *Corte cost.*, 9 maggio 2013, n. 85; Id., 24 luglio 1981, n. 150; Id., 20 marzo 1985, n. 70; Id., 2 aprile 1999, n. 121. Tali sentenze sono state tutte richiamate da V. Onida, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013,

è evidenziato come il Giudice, seppur nella propria veste di Giudice delle leggi, non possa essere chiamato a sindacare la legittimità di una normativa sulla scorta di una valutazione nel merito tecnico delle scelte di politica legislativa che siano ritenute asseritamente inadeguate o non efficaci a garantire una corretta tutela dell'ambiente.

Si è pertanto ritenuto indispensabile un intervento in riforma della Carta costituzionale proprio al fine di orientare il Legislatore e la politica nelle proprie scelte, che in tal modo divengono vincolate da norme di rango costituzionale e non solo alla stregua del parametro della non manifesta irragionevolezza.

Ciononostante, non può tacersi come maggiormente auspicabile sarebbe stata l'introduzione di una disciplina di livello costituzionale più puntuale ed analitica rispetto a quella introdotta con la riforma costituzionale de qua che, per certi versi, e per come meglio si argomenterà nel prosieguo della presente trattazione, può configurarsi come un'occasione perduta.

Ad ogni buon conto, la riforma in oggetto, ad avviso di chi scrive, si è resa ancor più indispensabile all'indomani della pandemia dettata dall'infezione da Sars Covid-19, considerato che il salto di specie dagli animali agli uomini delle malattie cui si è assistito è stato determinato in larga misura dall'eccessiva urbanizzazione e dalle relative conseguenze negative sull'ambiente.

In questa prospettiva, si colloca il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano (c.d. P.N.R.R.)⁵³, che dedica la Missione n. 2⁵⁴ (titolata «Rivoluzione verde e transizione ecologica»)

in Rivista AIC, n. 3/2013. L'Autore precisa che trattasi di pronunce rese nell'ambito di «giudizi per conflitto, in cui la Corte ha censurato, su iniziativa del Governo o della Regione, atti giudiziari che presentavano la caratteristica di sostituire o sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'autorità amministrativa competente a provvedere su temi che coinvolgevano la tutela dell'ambiente o della salute».

53 Il riferimento è al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.). Sul punto, in dottrina, si vedano: per alcuni rilievi critici, G. De Minico, Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 368 ss.; P. Cucumile, Il piano italiano di ripresa e resilienza: la sua architettura e lo stato attuale, in *lexitalia.it*, n. 1/2022; N. Lupo, Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti, in *Federalismi.it*, n. 1/2022; M. Clarich, Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico, in *ASTRID-Rassegna*, n. 12/2021; P. Lombardi, La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR, in *ivi*, n. 29/2021; P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, B.P. Amicarelli, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano, A. Renzi, I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, 1137 ss.. Il testo integrale del P.N.R.R. è pubblicato e consultabile sul sito istituzionale del Governo italiano (www.governo.it).

54 La Missione n. 2, intitolata «Rivoluzione verde e transizione ecologica», è composta da quattro punti: C1. «Economia circolare e agricoltura sostenibile»; C2. «Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile»; C3. «Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici» e C4. «Tutela del territorio e della risorsa idrica». Ancor più nello specifico, nella Componente n. 2 (con i suoi 23,78 miliardi di risorse), per raggiungere la progressiva decarbonizzazione di tutti i settori, sono stati previsti investimenti e riforme per incrementare il ricorso alle fonti di energia rinnovabile e per decarbonizzare gli usi finali in tutti gli altri settori, con particolare attenzione a una mobilità più sostenibile e alla decarbonizzazione di alcuni segmenti industriali, includendo l'avvio dell'adozione di soluzioni basate sull'idrogeno. Attraverso la Componente n. 3, poi, si intende rafforzare l'efficiamento energetico, incrementando il contenimento dei consumi degli edifici, e perseguire, tra gli altri, l'obiettivo di eliminazione dell'inquinamento

a obiettivi di miglior tutela ambientale.

Nella specie, tale Missione si propone di attuare investimenti e riforme tali da consentire il perseguimento di un nuovo e miglior equilibrio tra natura, sistemi alimentari e biodiversità⁵⁵, nonché di azionare nuove strategie per l'economia circolare e l'efficienza energetica degli edifici, in una prospettiva di contenimento dell'inquinamento atmosferico dilagante e di tutela del territorio e delle risorse idriche.

Il progetto include altresì interventi migliorativi sulla gestione dei rifiuti e sull'implementazione di infrastrutture dedicate alla raccolta differenziata e impianti di trattamento.

Il Piano prevede, inoltre, misure di prevenzione per i rischi idrogeologici, per la salvaguardia delle aree verdi e della biodiversità, in linea con gli obiettivi sottesi alla riforma costituzionale.

3. Il diritto costituzionale eurounitario della programmazione strategica in materia ambientale.

Al fine di meglio comprendere il contesto entro il quale si è inserita la riforma della Costituzione italiana, pare opportuno analizzare, seppur in chiave sintetica e senza pretesa di esaustività, gli aspetti salienti del diritto costituzionale dell'ambiente vigente a livello eurounitario e a livello nazionale.

Partendo dal contesto sovranazionale, va premesso che, come noto, il progetto per una Costituzione europea non è andato a buon fine, pertanto non può parlarsi tecnicamente di Costituzione dell'Unione europea.

Ad ogni modo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, sebbene non possa individuarsi un "diritto costituzionale in senso proprio", il diritto dei Trattati dell'Unione europea (T.U.E. e T.F.U.E.)⁵⁶ è comunque un diritto gerarchicamente sovraordinato rispetto alle fonti di c.d. diritto derivato, che ben può costituire, dunque, parametro di validità per le politiche di tutela dell'ambiente.

delle acque e del terreno.

55 Si veda la descrizione delle singole componenti sul sito istituzionale del Ministero della transizione ecologica, www.mite.gov.it. Si badi che il Ministero della Transizione Ecologica sostituisce (su decisione del Consiglio dei Ministri del 26 febbraio 2022) l'ex Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, attribuendovi nuove competenze chiave nel processo di transizione ecologica, inerenti principalmente al settore dell'energia, con il passaggio nella nuova struttura di alcune direzioni del Ministero dello Sviluppo Economico.

56 Il diritto comunitario originario, a oggi, è costituito dal T.U.E., Trattato dell'Unione Europea, e dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, T.F.U.E., ove vengono individuati i principi e gli obiettivi generali dell'Unione Europea.

In siffatto contesto, a livello di diritto sostanziale, va senz'altro annoverato quale norma di fondamentale rilievo, l'art. 3 del T.U.E. secondo il quale l'Unione europea «si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

Nello stesso senso, va fatto richiamo agli artt. 11 del T.F.U.E. nonché all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'art. 11 del T.F.U.E così recita: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

L'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede invece che un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile.

Fondamentale è il richiamo alla funzione di integrazione delle esigenze di tutela ambientale, di carattere necessariamente trasversale, con le altre politiche dell'Unione in settori come i trasporti, l'energia, l'industria e l'agricoltura.

Merita, da ultimo, di essere richiamato, in questa prospettiva, il Green New Deal europeo (o Patto Verde europeo), quale strategia di politica ambientale a lungo termine, inaugurato con la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni resa a Bruxelles l'11 dicembre 2019⁵⁷.

Il Green Deal si configura quale processo di sostanziale ridefinizione dei valori e degli obiettivi di fondo dell'ordinamento europeo, sino ad incidere sulle tradizionali politiche pro-concorrenziali su cui si è fondata l'integrazione economica europea, nel perseguimento di fondamentali obiettivi di transizione ecologica.

Simili obiettivi, peraltro, sono resi ancor più stringenti in conseguenza dell'odierno conflitto tra Russia e Ucraina⁵⁸, che ha portato ad assumere una rinnovata consapevo-

57 In dottrina, S. Moratti, Green Deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatica, in Riv. dir. fin. e sc. delle fin., 4, 2020, 439 ss., A. Moliterni, Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente, in Riv. quadr. Dir. amb., 1/2021, 6, l'Autore, sul punto, sottolinea la grande vivacità del dibattito avviato da alcune Autorità Antitrust degli Stati membri in merito all'opportunità di rafforzare gli spazi di flessibilità offerti dal diritto della concorrenza per supportare la transazione ecologica, sia in materia di intese restrittive (i c.d. "sustainable agreements" o "accordi di sostenibilità"), sia in materia di aiuti di stato. Nello stesso senso, cfr. F. De Leonardis, La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni, in Dir. amm., 4, 2021, 779 ss..

58 Il riferimento è all'invasione del territorio dell'Ucraina da parte delle truppe di Mosca, operata per decisione del Presidente della

lezza in ordine all'importanza dell'affrancamento dal ricorso a petrolio, gas e carbone, quali fonti di energia, non solo altamente inquinanti, ma anche idonee a creare spregiudicati conflitti per l'affermazione di odiose oligarchie.

Il diritto europeo dei Trattati in materia ambientale, oltre ad essere un diritto per politiche è altresì un diritto costituito da principi e parametri, di cui ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 191 del T.F.U.E., quali norme giuridiche sovraordinate capaci di condizionare la validità di tutti gli atti delle politiche ambientali.

La politica dell'Unione europea in materia ambientale, ai sensi dell'art. 191 del T.F.U.E., paragrafo 2, è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga»⁵⁹ e, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 191 del T.F.U.E., tiene conto dei dati scientifici e tecnici disponibili, delle condizioni dell'ambiente nelle varie regioni dell'Unione, dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione, dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

In definitiva, e, per riassumere, a livello sovranazionale la tutela dell'ambiente è perseguita attraverso la definizione ed attuazione di politiche in materia ambientale, per il tramite di diversi strumenti di programmazione strategica, quali l'adozione, a titolo esemplificativo di libri bianchi, libri verdi, comunicazioni e raccomandazioni, nella prospettiva di garantire effettività a fondamentali obiettivi di sviluppo sostenibile, nel rispetto dei principi e dei parametri sopra richiamati.

4. Il diritto costituzionale nazionale dell'ambiente vigente prima della riforma.

Come anticipato, prima dell'auspicata introduzione dell'ambiente come valore da tutelare *expressis verbis* dalla Costituzione, quest'ultima disciplinava l'ambiente solo in termini di materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 2, lett. s) e, peraltro, solo a seguito della riforma del Titolo V, avvenuta con la Legge costituzionale n. 3/2001⁶⁰.

Federazione Russa, Vladimir Putin, a far data dal 24 febbraio 2022 e tutt'ora in atto.

59 Sul principio del «chi inquina paga», in dottrina, si vedano R. Leonardi, La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi, Torino, 2020, 32. M. Meli, Oltre il principio chi inquina paga: Verso uno Stato circolare, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.; R. Leonardi, La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga"? in questa Rivista., 2015, 1 ss..

60 Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione», in G.U. del 24 ottobre 2001, n. 248. In giurisprudenza, si veda, *ex multis*, Corte cost., 12 dicembre 2012 n. 278, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 2, 341 ss., ove si afferma che ove una potestà legislativa interagisca con «la materia attribuita in via esclusiva alla potestà legislativa dello Stato della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema della quale, stante il suo carattere trasversale, deve essere affermata la prevalenza rispetto alla legislazione regionale, atteso che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto come tale inderogabile da altre discipline di settore, potendo i poteri di scelta

Nella specie, il riferimento è alla materia della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

La prima formulazione della Carta costituzionale italiana del 1947, invece, non riportava riferimento specifico alcuno all'ambiente, sia pure quale materia.

Ciononostante, già a partire dalla metà degli anni Ottanta del Secolo scorso si è consolidato un diritto costituzionale dell'ambiente di matrice pretoria, che, sebbene costituito da approdi irrettrabili, risultava caratterizzato da inevitabile incertezza, frammentarietà, precarietà e incompletezza.

Ancor prima dunque della riforma del Titolo V, l'ambiente è stato configurato quale valore e, non solo, in termini di materia in senso tecnico.

Nella specie, la Corte costituzionale sosteneva che la tutela ambientale e paesaggistica, affidata allo Stato, in quanto incidente sul paesaggio, quale valore costituzionale "primario" e "assoluto", che corrisponde all'"aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene", "precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali"⁶¹.

Nello stesso senso, si segnala altresì come la giurisprudenza, anche amministrativa, già prima della riforma costituzionale, avesse delimitato il principio di liberalizzazio-

conservati dalle Regioni e Province autonome essere esercitati solo in senso più rigoroso di quanto previsto dalla normativa statale». Sulla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), si vedano altresì le sentenze della Corte cost., 28 giugno 2006 n. 246, in Giur. cost., 2006, 3, 2446 ss.; Id. 28 giugno 2006 n. 247, in Riv. giur. amb., 2007, 3-4, 514 ss.; Id., 27 luglio 2006 n. 313, in Giust. civ., 2007, 9, I, 1823 ss.; Id., 1° dicembre 2006 n. 399, in Giur. it., 2007, 10, 2313 ss.; Id., 22 dicembre 2006 n. 441, in Foro it., 2007, 3, I, 689 ss.; Id., 23 febbraio 2007 n. 51, in Foro it., 2007, 9, I, 2300 ss.; Id., 14 marzo 2008 n. 62, in Foro it., 2008, 5, I, 1383 ss.; Id., 30 maggio 2008 n. 180, in Riv. giur. ed., 2008, 3, I, 710 ss.; Id., 18 giugno 2008 n. 214, in Giur. cost., 2008, 3, 2391 ss. e Id., 27 giugno 2008 n. 232, in Giur. cost., 2008, 3, 2391 ss.. Secondo la giurisprudenza della Corte, «la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale "primario" (sent. n. 151 del 1986) ed "assoluto" (sent. n. 641 del 1987), e deve garantire (come prescrive il diritto comunitario) un elevato livello di tutela, come tale inderogabile dalle altre discipline di settore. Si deve sottolineare, tuttavia, che, accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi, giuridicamente tutelati. Si parla, in proposito, dell'ambiente come "materia trasversale", nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni» (cfr. Corte cost., 14 novembre 2007 n. 378, in Riv. giur. ed., 2008, 1, I, 23 ss., ove si legge che l'ambiente è «un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti»). In tale contesto, «la disciplina unitaria di tutela del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e, quindi, altri interessi. Ciò comporta che la disciplina statale relativa alla tutela dell'ambiente "viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza", salva la facoltà di queste ultime di adottare norme di tutela ambientale più elevate nell'esercizio di competenze, previste dalla Costituzione, che vengano a contatto con quella dell'ambiente» (Corte cost., 18 aprile 2008 n. 104, in Giur. cost., 2008, 2, 1318 ss.).

61 Così, Corte cost., n. 641/1987, cit., e Id., 7 novembre 2007 n. 367, in Giur. cost., 2007, 6, 4075 ss.; Id., 20 giugno 2013, n. 145, ivi, 2013, 3, 2205 ss.. Più di recente, cfr. Corte cost., 23 novembre 2021 n. 219, in Riv. giur. ed., 2021, 6, I, 1753 ss..

ne delle attività economiche di cui all'art. 41 Cost., precisando che quest'ultimo non è di portata assoluta, ma da temperare con le esigenze di tutela degli altri beni di eguale valore costituzionale, tra cui la salvaguardia e tutela del territorio, dell'ambiente e dei beni culturali e paesaggistici⁶².

Ciò risulta in linea rispetto alla modifica dell'art. 41 Cost. avvenuta con la Legge costituzionale da ultimo intervenuta.

Ad ogni buon conto, la giurisprudenza ha altresì chiarito che, sebbene l'interesse alla tutela dell'ambiente abbia indubbio valore costituzionale primario, tuttavia tale valenza primaria non può risultare assolutamente ostativa al legittimo esercizio di diritti di pari rango costituzionale riconosciuti ai cittadini, quale è quello dell'iniziativa economica privata⁶³.

In definitiva, in ordine al diritto costituzionale in materia di ambiente vigente nell'ordinamento italiano, antecedentemente rispetto all'entrata in vigore della Legge costituzionale di modifica degli artt. 9 e 41 Cost., può affermarsi quanto segue in ordine ai principi consolidatisi in via pretoria.

La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi è interesse pubblico di rilievo costituzionale che trovava il suo implicito riconoscimento nel combinato disposto di cui agli artt. 9 e 32 della Carta costituzionale già nella sua originaria formulazione risalente al 1947.

Il bene ambiente è valore costituzionale primario sebbene tale primarietà non possa configurarsi in termini di primazia assoluta nell'ambito di una scala gerarchica rispetto ad altri valori di pari rango costituzionale.

A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, l'ambiente è stato altresì inteso quale oggetto di una materia dal carattere trasversale che indice su plurimi settori, materie ed ambiti, entro i quali sono chiamati ad agire i pubblici poteri, nel rispetto del riparto di competenze, per come operato dall'art. 177, comma 2, lett. s), Cost..

5. La tutela costituzionale dell'ambiente «anche» nell'interesse delle generazioni future.

Un ulteriore aspetto che merita di essere segnalato in termini innovativi della riforma costituzionale in commento va individuato nell'aver declinato la tutela dell'ambien-

62 Così, Cons. St., Sez. V, 4 gennaio 2021 n. 46, in Foro amm. (II), 2021, 1, 63 ss., in materia di condizioni di legittimità degli interventi volti a regolamentare le attività economiche. Nello stesso senso, Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2019 n. 298, in Red. Giuffrè, 2019.

63 In questo senso, ex multis, di recente, si veda T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 20 dicembre 2018 n. 1005, in Foro amm. (II), 2018, 12, 2250 ss., in materia di inclusione nei siti di interesse comunitario e nelle zone di protezione speciale che deve considerarsi imprimere all'area una condizione di inedificabilità solamente relativa, ossia subordinata al giudizio positivo di valutazione di incidenza

te, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell'interesse delle generazioni future».

La scelta risulta ancora una volta coerente con la configurazione dell'ambiente quale valore costituzionale o, comunque, quale principio fondamentale oggetto di politiche di ampio respiro destinate, inevitabilmente, ad operare nel medio-lungo termine, per l'indefettibile dimensione intergenerazionale della tutela ambientale.

Il riferimento alle generazioni future assume carattere innovativo in considerazione della sua astratta idoneità a costituire un valido vincolo per il Legislatore e parametro di validità per le politiche ambientali, imponendo istruttorie, ponderazioni e bilanciamenti orientati a considerare gli effetti di lungo termine, così legittimando un vaglio delle medesime politiche ambientali non più ancorato alla mera non manifesta irragionevolezza, ma a canoni sempre più stringenti di idoneità, adeguatezza e proporzionalità delle misure poste a tutela dell'ambiente, appunto, «anche nell'interesse delle generazioni future».

Peraltro, la nuova formulazione dell'art. 9 Cost., pare ricalcare quella di cui al principio n. 1 di cui alla «Dichiarazione sull'ambiente umano» adottata nell'ambito della «Conferenza sull'ambiente umano»,⁶⁴ convocata, per iniziativa dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a Stoccolma, già nel 1972.

La richiamata dichiarazione enuncia, tra gli altri, alla stregua di principio di carattere generale⁶⁵ il dovere dell'uomo di salvaguardare l'ambiente anche per le generazioni future, offrendo, in tal modo, un contenuto primordiale ad un primo tentativo di elaborazione del fondamentale principio dello sviluppo sostenibile, da declinarsi in chiave programmatica.

6. Le finalità perseguite dalla riforma costituzionale.

La coscienza comune e il percorso pluridecennale compiuto dalla Corte costituzionale non potevano che confluire nella cristallizzazione dei principi sinora richiamati in materia di tutela ambientale nel testo della Costituzione⁶⁶.

64 Convocata, per iniziativa dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, a Stoccolma nel 1972, consta di tre documenti: una Dichiarazione di principi, dall'alto contenuto ideale, un Piano mondiale d'azione ambientale, definito Action plan for human environment, ed una Risoluzione relativa ad accordi istituzionali e finanziari. A Stoccolma va il primato di aver considerato la protezione ed il miglioramento dell'ambiente «una questione di capitale importanza che riguarda il benessere dei popoli e lo sviluppo economico del mondo intero» che «risponde all'urgente desiderio dei popoli di tutto il mondo e costituisce un dovere per tutti i governi».

65 Sul problema della configurazione, sul piano giuridico, di un vero e proprio diritto di cui sono titolari le generazioni future, si veda T. Scovazzi, Le azioni delle generazioni future, in Riv. giur. ambiente, 1995, p. 155 ss.. Il riferimento, nella specie, è al Principio 1, così delineato: «L'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future. Per questo le politiche che promuovono e perpetuano l'apartheid, la segregazione razziale, la discriminazione, il colonialismo ed altre forme di oppressione e di dominanza straniera, vanno condannate ed eliminate».

66 Sulla necessità di una riforma della Costituzione, si erano già espressi in molti in dottrina. Tra i tanti, si veda G. Cordini, Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in Riv. giur. amb., 2009, 621 ss., ove l'Autore

In questa prospettiva, occorre tuttavia chiedersi se, effettivamente, la modifica operata con la Legge costituzionale n.1/2022 abbia sortito non solo un seppur utile effetto di consolidamento e positivizzazione di principi già fatti proprio dall'ordinamento, ma anche un ulteriore obiettivo di arricchimento del previgente diritto costituzionale in materia di ambiente.

Se è infatti indubbio il merito attribuibile alla riforma in ordine alla certezza così acquisita dal diritto costituzionale dell'ambiente italiano, la dottrina non è unanime nel ritenere l'utilità della riforma in discorso in questo secondo senso.

Analizzando dunque i contenuti della riforma de qua, occorre dapprima soffermarsi sulla scelta del Legislatore costituzionale di distinguere l'«ambiente», dalla «biodiversità» e dagli «ecosistemi».

La soluzione di scorporare i termini convince⁶⁷.

Il richiamo alla biodiversità e agli ecosistemi, accanto all'ambiente (e al paesaggio, cui il riferimento correttamente permane invariato), è scelta oculata del Legislatore costituzionale che pare farsi carico della necessità di sugellare una nozione di ambiente onnicomprensiva e necessariamente polisenso.

La nozione di ambiente, infatti, include in sé tutte le sue diverse componenti quale concetto ontologicamente polimorfo⁶⁸, vale a dire comprensivo di tutti gli aspetti naturali e antropici, materiali e immateriali, visibili e non visibili, fisici e chimici degli ecosistemi in cui vive l'uomo.

Il riferimento alla biodiversità e agli ecosistemi, peraltro, si rende altresì necessario in considerazione della sempre maggiore frequenza con la quale tali concetti vengono presi in considerazione dalla comunità internazionale ed eurounitaria quali beni giuridici meritevoli di tutela.

Nella specie, il riferimento è alle molteplici pronunce dei Giudici costituzionali che si sono susseguite nel tempo e che hanno contribuito a formare le nozioni di biodiversità e di ecosistemi⁶⁹.

afferma che «risulta confermata l'opportunità di inserire nel nostro testo costituzionale una norma di principio a tutela dell'ambiente, ove la configurazione giuridica unitaria possa risultare espressa con chiarezza e il riferimento alla relazione tra diritti e doveri sia definito in termini espliciti». L'Autore sottolinea altresì come la mancanza di un qualsivoglia riferimento nella parte dedicata ai principi fondamentali al valore ambientale ha favorito l'emersione di equivoci e contraddizioni in una giurisprudenza costituzionale che si presenta quanto mai altalenante e frammentaria in ordine alla qualificazione del "bene" ambiente in termini di valore o di materia.

67 In questo senso, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 300-301.

68 Così si esprime, M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., 300.

69 In particolare, per il termine biodiversità, si vedano, di recente, Corte cost., 30 luglio 2021 n. 177, in *Giur. cost.*, 2021 4, 1750 ss.;

Un ulteriore pregio della riforma in discorso va poi senz'altro individuato nella collocazione tra i primi 12 articoli che compongono la Carta costituzionale, dedicati ai «Principi fondamentali»⁷⁰.

Risulta così inequivocabile la scelta di qualificare il bene ambiente in termini di valore costituzionale piuttosto che come mero oggetto di una posizione giuridica soggettiva, sia pure di diritto soggettivo fondamentale.

Una simile scelta si pone perfettamente in linea con la prassi giurisprudenziale richiamata e con il diritto costituzionale dell'ambiente di cui ai Trattati istitutivi dell'Unione europea.

La qualificazione dell'ambiente quale principio fondamentale e, quindi, in termini oggettivi e non di posizione giuridica soggettiva, infatti, risulta conforme alla visione dell'ambiente quale valore, il cui oggetto di tutela non è suscettibile di una definizione aprioristica ed esaustiva, ma, piuttosto, deve costituire il frutto di una programmazione strategica, fatta di politiche di ampio respiro, capaci di involgere qualsivoglia aspetto dell'agire della pubblica amministrazione.

7. Riflessioni conclusive sulla portata innovativa della riforma costituzionale in materia ambientale.

È arduo il compito di prevedere i possibili risvolti pratici e l'effettiva portata innovativa della riforma costituzionale in discorso.

Occorre infatti attendere l'interpretazione che vorrà fornire sul punto la Corte costituzionale, quale interprete più autorevole.

Quando l'ambiente in Costituzione non era neppure annoverato, uno dei padri fon-

Id., 23 dicembre 2020, n. 281, in *Giur. cost.*, 2020, 6, 3254 ss.; per il termine ecosistemi, si vedano, *Corte cost.*, 31 maggio 2021 n. 113, in *Giur. cost.*, 2021, 3, 1253 ss.; Id., 23 giugno 2020 n. 117, in *Giur. cost.*, 2020, 3, 1320 ss..

70 Sul punto, G. Di Plinio, L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente, in *Federalismi.it*, 16/2021, 1 ss. ha affermato che, in questo modo, si sia finito per "scardinare" la parte della Costituzione relativa ai Principi fondamentali, e ha sostenuto come la nozione di «ambiente», da ultimo delineata dalla riforma, sia comunque giuridicamente priva di contenuto. Tale lettura non pare meritevole di condivisione. Lo "scardinamento" infatti non solo non discende dalla riforma costituzionale, considerato che la giurisprudenza della Corte già riconduceva la tutela dell'ambiente all'art. 9 Cost., ma anche perché, anzitutto, un principio costituzionale è tale non perché annoverato formalmente nei primi dodici articoli a ciò dedicati, in secondo luogo, il limite alla revisione costituzionale dei principi non comporta che le disposizioni costituzionali non possano essere modificate in melius, quando ciò non costituisca una modifica sostanziale degli altri principi fondamentali; in ultimo, sono del tutto infondati i timori di chi ritiene che l'elevazione formale di tale tutela a principio fondamentale indebolisca la salvaguardia del paesaggio, garantita come principio dall'art. 9 Cost.. La nozione di paesaggio gode infatti di una interpretazione ormai consolidata a prescindere dai contenuti di dimensione puramente storico-estetica e che si presentano contigui a quelli dell'ambiente. Sul punto, si vedano Y. Guerra, R. Mazza, La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2021, 109 ss. e E. Di Salvatore, Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione, cit., 5.

datori della nozione di ambiente⁷¹ così si esprimeva «Mentre in precedenti periodi storici c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo ed il fatto distruttivo dell'uomo, oppure, con altro ordine di concetti, l'uomo creatore ha prevalso sull'uomo distruttore, oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive»⁷².

Parlava così, seppur in un contesto normativo ben diverso, Massimo Severo Giannini, già nel 1971.

La consapevolezza della rottura del suddetto equilibrio sta sicuramente alla base dei primi studi di diritto ambientale, nonché dei primi timidi tentativi di attribuire rilevanza giuridica ad un bene fino ad allora non tutelato: l'«ambiente».

Ciò posto, è innegabile l'indefettibilità di una simile riforma in un contesto ambientale così fortemente compromesso dai fenomeni dell'inquinamento atmosferico e del conseguente cambiamento climatico.

È la Comunità internazionale che ha cominciato a prendere coscienza della crisi ambientale che affligge la società contemporanea, a partire dagli anni Settanta del ventesimo secolo.

È ormai percezione diffusa a livello globale che l'equilibrio della Terra sia minacciato fortemente da una serie di emergenze ambientali dovute in primis a comportamenti di origine antropica poco rispettosi degli ecosistemi naturali ed eccessivamente orientati allo sfruttamento delle risorse naturali in nome del progresso economico⁷³.

Simili comportamenti hanno determinato l'insorgere di una vera e propria crisi ambientale, accompagnata da mutamenti non sempre reversibili e talvolta incontrollabili.

A combattere detta crisi intervengono diversi principi guida e numerose Convenzioni internazionali. Tali interventi in ambito sovranazionale hanno manifestato, in un primo momento, l'univoco intento di rispondere alle più rilevanti emergenze ambientali, mostrando un chiaro approccio meramente occasionale, volto ad affrontare specifici problemi.

71 Il riferimento è a M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui diversi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, 15 ss..

72 M.S. Giannini, Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, 1122 ss..

73 «Tanto è possibile che l'uomo viva staccato affatto dalla natura, dalla quale sempre di più ci stiamo allontanando, quanto che un albero tagliato dalla radice fiorisca e fruttifichi. Sogni e visioni. A riparlarci di qui a cent'anni. Non abbiamo ancora esempio nelle passate età dei progressi di incivilimento smisurato e di uno snaturamento senza limiti. Se non torneremo indietro, i nostri discendenti, lasceranno questo esempio ai loro posterì, se avranno posterì». Così, nell'agosto del 1820 parlava Giacomo Leopardi, in un passo dello "Zibaldone", a confessarci un evidente ritardo nella percezione di una grave crisi ambientale già da tempo minacciata, da quei primi fenomeni, seppur circostanziati, di inquinamento, dovuto all'avvento della Rivoluzione industriale.

Dall'esame delle fonti e della prassi emerge così un quadro normativo interessato da una particolare complessità, caratterizzato dalla coesistenza di una pluralità di norme di difficile interpretazione, dalla frammentazione dei livelli decisionali, dalla lentezza e talvolta addirittura inerzia dei decisori politici, dalla mancanza di informazioni, nonché dalla difficoltà di accedervi, dalla difficoltà di ordine economico finanziario dei mercati a livello globale, dalla sussistenza di interessi confliggenti che richiedono un necessario bilanciamento, il tutto corredo da un complesso sistema di riparto di competenze tra Stato e Regioni di cui al novellato Titolo V della Costituzione⁷⁴.

Orbene, sullo sfondo di un simile contesto normativo, che ha trovato in ambito internazionale ed eurounitario la primaria fonte di ispirazione, risultava ormai unanime la percezione del valore costituzionale accordato alla tutela ambientale, anche nell'interesse delle generazioni future.

In altri termini, i tempi erano ormai senza dubbio maturi per andare oltre i meri approdi della giurisprudenza costituzionale, e, quindi, per l'inserimento di una vera e propria Costituzione ambientale⁷⁵, sulla falsariga di molteplici Carte internazionali⁷⁶.

74 A. Maestroni, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 2012, p. 1.

75 Così, R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi, e silenzi*, Torino, 2020, 345 ss..

76 In dottrina, per uno studio comparato delle Costituzioni internazionali, con particolare riferimento all'ambiente, si rinvia a A.S. Bruno, L. Cassetti, *La tutela dell'ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali*, in *Federalismi.it*, 2018; F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, ivi, 2017; A. Sterpa, *Le riforme costituzionali e legislative del 2014: quale futuro per la multilevel governance dell'ambiente?*, ivi, 2014; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, diretto da, P. Dell'Anno, E. Picozza, cit., 101; J. Morand-Deville, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 12, 4179; F. Fracchia, M. Allena, *Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 3.4, 781; E. Tanzarella, *L'ambiente nella nuova Costituzione ecuadoregna*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 229; Id., *La concezione eticamente orientata dell'ambiente nella nuova Costituzione boliviana*, ivi, 2009, 1089; M.P. Chiti, *Ambiente e "Costituzione europea": alcuni nodi problematici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1417. Per una ricostruzione dei contenuti delle principali Carte internazionali, fondamentale è il contributo di R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi, e silenzi*, cit. 345 ss., ivi si legge tale utile ricognizione: *Costituzione spagnola*, art. 45: "1. Tutti hanno il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo. 2. I poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità di vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi all'indispensabile solidarietà collettiva. 3. Per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative, così come l'obbligo di riparare il danno causato". *Costituzione portoghese*, art. 66: (Ambiente e qualità di vita) 1. Tutti hanno il diritto ad un ambiente di vita umano, sano ed ecologicamente equilibrato e hanno il dovere di difenderlo. 2. Per assicurare il diritto all'ambiente, nel quadro di uno sviluppo sostenibile, spetta allo Stato, per mezzo di propri organismi e con il coinvolgimento e la partecipazione dei cittadini: a) Prevenire e controllare l'inquinamento e i suoi effetti e le forme pregiudizievoli di erosione; b) Ordinare e promuovere l'ordinamento del territorio, mirando a una corretta localizzazione delle attività, a un equilibrato sviluppo socio-economico e alla valorizzazione del paesaggio; c) Istituire e sviluppare riserve e parchi naturali e di ricreazione, nonché classificare e proteggere paesaggi e luoghi, al fine di garantire la conservazione della natura e la preservazione dei valori culturali di interesse storico o artistico; d) Promuovere lo sfruttamento razionale delle risorse naturali, salvaguardando le loro capacità di rinnovamento e la stabilità ecologica, nel rispetto del principio di solidarietà tra generazioni; e) Promuovere, in collaborazione con le autarchie locali, la qualità ambientale delle popolazioni e della vita urbana, particolarmente sul piano architettonico e nella protezione delle zone storiche; f) Promuovere l'integrazione degli obiettivi ambientali nelle varie politiche di ambi-

La riforma costituzionale in discorso ha consentito una volta per tutte di affrancare l'ambiente da altri interessi costituzionali, a partire dalla tutela del patrimonio culturale.

to settoriale; g) Promuovere l'educazione ambientale e il rispetto per i valori dell'ambiente; h) Assicurare che la politica fiscale renda compatibile lo sviluppo con la protezione dell'ambiente e la qualità della vita. Costituzione della Repubblica Polacca, art. 5: La Repubblica Polacca custodisce l'indipendenza e l'inviolabilità del proprio territorio, garantisce la libertà e i diritti umani e civili nonché la sicurezza dei cittadini, custodisce l'eredità nazionale e garantisce la difesa dell'ambiente, mossa dal principio di un equilibrato progresso. Art. 74: 1. Le autorità pubbliche conducono una politica volta a garantire la sicurezza ecologica delle generazioni presenti e future. 2. Le autorità pubbliche hanno l'obbligo della tutela dell'ambiente. 3. Ciascuno ha diritto all'informazione sullo stato e la difesa dell'ambiente. 4. Le autorità pubbliche appoggiano l'attività dei cittadini volta alla difesa e al miglioramento dell'ambiente. Costituzione della Federazione russa, art. 42, c. 3: L'occultamento, da parte di funzionari pubblici, di fatti e circostanze, che costituiscono una minaccia per la vita e la salute delle persone, è per essi fonte di responsabilità, secondo la legge federale. Ognuno ha diritto ad un ambiente naturale idoneo, a informazioni affidabili sull'ambiente e al risarcimento del danno, alla salute o alle cose, prodotto da illeciti ambientali. Costituzione slovena, art. 72 (Sano ambiente vitale): In conformità alla legge ad ognuno spetta il diritto di un sano ambiente vitale. Lo stato provvede ad un sano ambiente vitale. A tale scopo la legge stabilisce le condizioni e i modi di svolgimento di attività economiche ed altre. La legge stabilisce le condizioni e l'ammontare del risarcimento al quale è obbligato colui che causa danni all'ambiente vitale. La legge regola la protezione degli animali dalle torture. Art. 73: Tutela del patrimonio naturale e culturale): Ognuno è tenuto in conformità alla legge a tutelare le bellezze naturali, le rarità e i monumenti culturali. Lo Stato e le Comunità locali provvedono alla conservazione del patrimonio naturale e culturale. Costituzione ungherese, art. P: Le risorse naturali, in particolare il terreno agricolo, i boschi e le riserve idriche, la biodiversità e in particolare le piante e gli animali autoctoni, come pure i valori culturali, formano l'eredità comune della nazione, della cui tutela, sostentamento e custodia per le generazioni future è fatto obbligo allo Stato e a ogni persona. Art. XXI: 1. L'Ungheria riconosce e fa valere il diritto di ciascuno all'ambiente sano. 2. L'autore di danni all'ambiente è tenuto, a norma della legge, a riparare il danno oppure a sostenere le spese della riparazione. 3. È vietata l'importazione in Ungheria di rifiuti inquinanti a scopo di deposito. Costituzione Lituana, art. 54: Lo Stato provvede alla protezione dell'ambiente naturale, del mondo animale e vegetale, di certi oggetti di natura, cioè di tutto il popolo, con l'eccezione delle foreste, montagne, pascoli, terreni e spiagge che sono di proprietà di collettivi in conformità con la legge. Lo Stato assicura l'uso razionale delle risorse naturali e protegge gli animali rari e piante. Appropriazione o danneggiamento di risorse naturali da qualsiasi organizzazione o individuo con qualsiasi mezzo è vietata. Costituzione argentina, art. 41: Tutti gli abitanti godono del diritto a un ambiente sano, equilibrato, adatto allo sviluppo umano e a che le attività produttive soddisfino le esigenze del presente senza compromettere le necessità delle generazioni future, con il dovere di tutelarle. Il danno ambientale genererà in primis l'obbligo di ripristinare la situazione precedente, nel rispetto della legge. Le autorità provvederanno alla tutela di tale diritto, all'utilizzo razionale delle risorse naturali, alla conservazione del patrimonio naturale e culturale e della diversità biologica, oltre che all'informazione e all'educazione ambientali. Compete alla Nazione dettare norme che contengano i presupposti minimi di tutela e alle province dettare quelle di dettaglio, senza modificare le giurisdizioni locali. È vietato l'ingresso nel territorio nazionale di residui realmente o potenzialmente pericolosi e di scorie radioattive. Costituzione messicana, art. 40 Ognuno ha diritto a un ambiente sano per il proprio sviluppo e benessere. Lo stato garantirà il rispetto di tale diritto. Il danno e il deterioramento dell'ambiente genereranno responsabilità per coloro che lo provocano secondo le disposizioni di legge. Altri Paesi hanno scelto una disciplina di dettaglio della materia ambientale, come la Francia, approvando la Charte Constitutionnel de l'Environment (loi constitutionnelle n. 2005-205), allegata alla Costituzione francese; così la Costituzione della Confederazione elvetica, nel 2000, ha introdotto un'intera sezione, composta da 8 articoli, dedicata all'ambiente e alla pianificazione del territorio; altri ancora, invece, in linea con la Costituzione italiana, hanno inserito la materia ambientale in Costituzione solo in riferimento al riparto di competenze tra enti centrali ed enti periferici. È il caso della Costituzione austriaca, artt. 10, c. 12, 11, c. 7, 102, c. 2, e di quella tedesca, artt. 74 e 75. La Costituzione belga, invece, menziona, all'art. 23, c. 4, tra i diritti dell'individuo, "il diritto alla tutela di un ambiente salubre"; il National Environmental Act degli USA, 1969, dispone che "il Congresso riconosce a ciascun individuo il diritto ad un ambiente sano", mentre la Costituzione del Regno dei Paesi Bassi, artt. 197-200, disciplina "Il servizio delle acque (waterstaat) e gli enti speciali aventi potere esecutivo".

Si sostiene, dunque, la innegabile portata innovativa dell'inserimento del valore ambientale nella Costituzione italiana, alla stregua di un principio fondamentale⁷⁷.

La riforma costituzionale, al tempo stesso, però, pare aver perso l'occasione di richiamare i principi europei in materia ambientale, vale a dire i principi di precauzione, di prevenzione, dello sviluppo sostenibile, dell'integrazione e dell'informazione ambientale.

Sarebbe stato auspicabile accompagnare alla riforma costituzionale, come è stato sostenuto in dottrina⁷⁸, l'adozione di una legge dei principi di livello costituzionale in grado di definire il contenuto del valore ambientale per l'azione a tutela dell'ambiente, quale strumento di semplificazione legislativa in una prospettiva di risistemazione complessiva del diritto ambientale e di razionalizzazione, sulla linea del modello francese, che ha approvato, accanto al Code de l'Environment, anche la fondamentale Charte Constitutionnel de l'Environment (loi constitutionnelle n. 2005-205)⁷⁹.

L'inserimento del valore ambientale in Costituzione infatti non è sufficiente, poiché in questa sede non vengono delineati i modi e i contenuti della relativa tutela, rimessa ad interventi legislativi di interpretazione e di bilanciamento, spesso ampiamente discrezionali, pur se ancorati ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

Con la legge di principi sarebbe, invece, possibile orientare l'azione di razionalizzazione della normativa ambientale vigente e successiva.

In conclusione, si ritiene che la nuova Costituzione ambientale, nel pieno riconoscimento dei suoi meriti, debba ora essere accompagnata da una necessaria semplificazione legislativa ambientale, da perseguirsi anche attraverso l'adozione di una legge costituzionale in materia di principi ambientali.

77 Parte autorevole della dottrina afferma che "ai valori bisogna prestare adesione, non osservanza, come alle regole. Adesione significa prendere una posizione politica e sociale nei confronti dei valori perché i valori ci costringono a fare delle scelte in alcune situazioni in cui essi si pongono e allora non è un caso che nella nostra Costituzione, anche se c'è un dibattito a livello della giurisprudenza costituzionale, non ci sia ancora una disposizione testualmente esplicita sul valore ambiente" G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Milano, Einaudi, 1992.

78 Il riferimento è a R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi, e silenzi*, cit.

79 D. Amirante, *Tavola rotonda*, in S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 339, osserva che "nell'ordinamento francese è più facile portare avanti una riforma in materia di ambiente, perché la tecnica costituzionale adottata è quella appunto di formulare una carta che viene, come dice la dottrina francese, non ad inserirsi nel testo vero e proprio della Costituzione, ma è 'addossata' (espressione che ha coniato la dottrina francese) alla Costituzione; addossata perché nella Costituzione francese non c'è una parte riservata ai diritti; la Costituzione francese è essenzialmente un testo di organizzazione dei rapporti tra pubblici poteri e il corrispondente della prima parte della nostra Costituzione è il cosiddetto blocco di costituzionalità (bloc de constitutionnalité), che è formato da una serie di principi e di diritti contenuti in documenti ai quali fa riferimento il Preambolo della Costituzione francese, che a sua volta richiama sia la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo, quella della Rivoluzione francese, che il Preambolo del 1946".

Bibliografía

- AMIRANTE D., Tavola rotonda, in GRASSI S., *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 339;
- BRUNO A.S., CASSETTI L., La tutela dell'ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali, in *Federalismi.it*, 2018;
- CARAVITA B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005;
- CASSETTI L., Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?, *Federalismi.it*, n. 16/2021;
- CECCHETTI M., La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, disponibile in www.forumcostituzionale.it;
- CHITI M.P., Ambiente e "Costituzione europea": alcuni nodi problematici, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 6, 1417;
- CLARICH M., Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico, in *ASTRID-Rassegna*, n.12/2021;
- CLARIZIA P., MANOCCHIO M., MARCONI P., AMICARELLI B.P., MOCAVINI G., MORGANTE R., NAPOLITANO G., RENZI A., I piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, 1137 ss.;
- CORDINI G., *Diritto ambientale comparato*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, diretto da, DELL'ANNO P., PICOZZA E., cit., 101;
- CORDINI G., Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 611 ss., 621 ss.;
- CROSETTI A., FERRARA R., FRACCHIA F., OLIVETTI RASON N., *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008, 5 ss.;
- CUCUMILE P., Il piano italiano di ripresa e resilienza: la sua architettura e lo stato attuale, in *lexitalia.it*, n. 1/2022;
- DE CESARIS A.L., *Ambiente e Costituzione*, tutti in *Federalismi.it*, n. 16/2021;
- DE LEONARDIS F., La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni, in *Dir. amm.*, 4, 2021, 779 ss.;
- DE MINICO G., Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?, in *federalismi.it*, n. 4/2022, 368 ss.;
- DI PLINIO G., L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente, *Federalismi.it*, n. 16/2021;
- DI SALVATORE E., Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2022;
- FONDERICO F., *Ambiente (Dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano, 2006, 204 ss.;
- FRACCHIA F., ALLENA M., Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 3.4, 781;
- FRACCHIA F., *Il diritto ambientale comparato*, ivi, 2017;
- FROSINI T.E., La Costituzione in senso ambientale. Una critica, *Federalismi.it*, n. 16/2021;

- GIANNINI M.S., Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, 15 ss.;
- GIANNINI M.S., Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, 1125, 1122 ss.;
- GUERRA Y., MAZZA R., La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura, in Forum di Quaderni Costituzionali, 4/2021, 109 ss.;
- GUSTAPANE A., Tutela dell'ambiente (Diritto interno), in Enc. Dir., Milano, XLV, 1992, 413 ss.; AINIS M., Ambiente, in Dizionario costituzionale, Roma-Bari, 2007, 11 e ss.;
- LEONARDI R., La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi, Torino, 2020, 32, 345 ss.;
- LEONARDI R., La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del "chi inquina paga" al criterio oggettivo del "chi è proprietario paga?", in questa Rivista., 2015, 1 ss.;
- LOMBARDI P., La lotta alla corruzione come obiettivo di sviluppo sostenibile: nuove prospettive anche alla luce del PNRR, in ivi, n. 29/2021;
- LUPU N., Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti, in Federalismi.it, n. 1/2022;
- MAESTRONI A., La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale, Milano, 2012, p. 1;
- MELI M., Oltre il principio chi inquina paga: Verso uno Stato circolare, in Dir. amm., 2017, 163 ss.; MOLITERNI A., Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente, in Riv. quadr. Dir. amb., 1/2021, 6;
- MORAND-DEVILLER J., Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation, in Foro amm.-TAR, 2011, 12, 4179;
- MORATTI S., Green Deal europeo: nuove prospettive per la fiscalità dell'energia nelle politiche di gestione dei rischi climatica, in Riv. dir. fin. e sc. delle fin., 4, 2020, 439 ss.;
- NICOTRA I.A., L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid, Federalismi.it, n. 16/2021;
- ONIDA V., Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85/2013, in Rivista AIC, n. 3/2013;
- PERICU G., Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo, in Digesto delle discipline pubblicistiche, I, Torino, 1987, 189 ss.;
- RESCIGNO F., Quale riforma per l'articolo 9, in Federalismi.it, n. 16/2021;
- SCOVAZZI T., Le azioni delle generazioni future, in Riv. giur. ambiente, 1995, p. 155 ss.;
- STERPA A., Le riforme costituzionali e legislative del 2014: quale futuro per la multilevel governance dell'ambiente?, ivi, 2014;
- TANZARELLA E., L'ambiente nella nuova Costituzione ecuadoregna, in Riv. giur. amb., 2009, 229; TANZARELLA E., La concezione eticamente orientata dell'ambiente nella nuova Costituzione boliviana, ivi, 2009, 1089;
- ZAGREBELSKY G., Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia, Milano, Einaudi, 1992.

ESTADO, VIOLENCIA Y DERECHOS HUMANOS

Autores//

*Elba Jiménez Solares**⁸⁰

Resumen

En el presente trabajo se hace una breve y sucinta exposición de cómo la violencia incide en el Estado y en los derechos humanos. El Estado ha ido transformando su estructura jurídico-política y ha ido incorporando una serie de reformas constitucionales y legales, con nuevos procedimientos, funciones y atribuciones para contener la violencia, mientras que el ejercicio y disfrute de los derechos humano va en detrimento. Esto nos lleva a reflexionar, que el combate a la violencia no corresponde exclusivamente al Estado y que tampoco está en su poder el erradicarla.

Palabras clave: Derechos humanos, protección a los derechos humanos, Estado de Derecho, violaciones a derechos humanos, violencia

Sumario: Introducción. I. El Estado mexicano y el deber constitucional de las autoridades de proteger los derechos humanos II. La seguridad pública y el contexto actual de la violencia en México. III. La violencia y su repercusión en los derechos humanos. IV. La transformación de la estructura del Estado y su derecho. ¿Acciones eficaces, efectivas y eficientes? V. Conclusiones y propuestas. VI. Bibliografía

Introducción

En el presente artículo se hace un análisis en torno al quehacer del Estado y de sus autoridades con motivo del cumplimiento al mandato constitucional y a sus deberes internacionales, consistente en atender el fenómeno de la violencia y garantizar la protección y el respeto a los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

Este deber del Estado en materia de la seguridad y protección para todas las personas sometidas a su potestad dentro de su territorio, contra las violaciones graves a los derechos humanos constituye una labor fundamental y al mismo tiempo inexcusable.

De entre los últimos veinte años, los cambios más importantes que el Estado ha llevado a cabo para combatir el fenómeno de la violencia y brindar seguridad a las personas están la transformación de su sistema jurídico, con las reformas constitucionales de 2008 y 2011, en materia de justicia penal y derechos humanos y amparo; a fin de reconocer a los derechos humanos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

80 * Doctora en Derechos Humanos y Profesora en el Posgrado de Derecho de la UNAM

Estas reformas constitucionales, mediante la incorporación de normas jurídicas principalmente convencionales y algunas otras más de origen internacional; propiciaron la complementación de todo nuestro orden jurídico nacional que condujo a que el Estado y sus autoridades asumieran nuevas facultades y funciones para dar cumplimiento a sus obligaciones. Asimismo, estas reformas impactaron en la conformación del Estado mexicano, particularmente en su estructura jurídico-política, cuando se dio la creación de algunas instituciones y nuevas figuras y procedimiento para hacer posible la atención, protección y respeto de los derechos humanos.

No obstante, todos estos cambios trascendentales, encontramos que el fenómeno de la violencia en México sigue en incremento junto con el número de casos de violaciones graves a los derechos humanos, a saber: desapariciones forzadas, tortura, trata de personas, ejecuciones, etcétera, algunas de ellas a manos de autoridades civiles y militares y otras más, cometidos por grupos de la delincuencia organizada.

1. El Estado mexicano y el deber constitucional de las autoridades de proteger los derechos humanos

Recordemos que en virtud de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación de esa fecha, el Estado mexicano y sus autoridades asumieron el deber constitucional de reconocer, promover, proteger y garantizar los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en territorio nacional, además de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, conforme a lo expresado en el párrafo tercero del artículo 1º de nuestra Carta Magna.⁸¹ De ahí que el tema de los derechos humanos y su protección constituyen sin lugar a dudas un deber ineludible del Estado tanto en el ámbito del derecho nacional como del derecho internacional y supranacional.

Sin embargo, el deber de reconocimiento y de protección de los derechos humanos atribuido al Estado y a sus autoridades en el ámbito del derecho doméstico, además de lo que dispone el derecho internacional, no resulta ser del todo amplio, sino más bien, se encuentra acotado en México por la misma norma Fundamental, tal como se lee en el primer párrafo de su artículo 1º:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1, párrafo 3. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

De la lectura de lo anterior, no resulta claro que para el Estado mexicano sólo vamos a poder disfrutar de los derechos humanos que tengamos reconocidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales en los que nuestro país es Parte⁸², y mismos que le pueden ser oponibles, quedando fuera, el resto de derechos humanos contenidos en normas jurídicas internacionales que el Estado no considera vinculantes, según la Constitución, por no ser de carácter convencional, tales como las normas consuetudinarias, la jurisprudencia internacional, los principios generales del derecho, las normas de *ius cogens*, etcétera.

Esta postura limitativa de los derechos humanos, puede ser muy preocupante, cuando por ejemplo, las autoridades mexicanas, decidieran en un momento dado, realizar una interpretación y aplicación literal del texto constitucional por cuanto hace al reconocimiento, protección y respeto a los derechos humanos, ya que sólo resultarían reconocidos y por ende, el deber del Estado de protegerlos, a aquellos derechos que la misma Constitucional disponga proveniente de normas convencionales y más aún, su disfrute y ejercicio sería en los casos y condiciones que la misma norma fundamental señale. Quedando, sin duda, un catálogo reducido derechos humanos por proteger en México.

Además de lo anterior, es de destacar la última parte del primer párrafo, del artículo primero constitucional, donde se reafirma la supremacía constitucional. En dicho precepto se dispone que el ejercicio de los derechos humanos podrá *restringirse o suspenderse, en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece*, lo que significa, que la norma constitucional va a señalar cómo y cuándo será posible restringir derechos humanos.

En otras palabras, en el caso de una contradicción entre una norma constitucional que restrinja un derecho y alguna otra norma de derechos humanos más favorable, nacional o internacional, que se invocare, *v.gr. el principio de pro persona*, o el control de convencionalidad para hacer aplicable algún un criterio de interpretación más favorable o alguna otra norma que tuviere como efecto desplazar o nulificar la restricción constitucional, no será posible, pues deberá prevalecer la restricción constitucional.⁸³

82 Parte de acuerdo con la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados, significa: "2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;" disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, consultado el 5 de julio de 2022.

83 Esto se observa en las tesis jurisprudenciales siguientes:

Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte... las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, ...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ... la ampliación

Más aún, en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional se dispone que las normas de derechos humanos deberán ser interpretadas en principio conforme a la constitución, esto es, conforme a las reglas establecidas en el ámbito doméstico, y en un segundo momento, pudiera aplicarse las reglas de interpretación del ámbito internacional convencional. En términos normales, en el ámbito del derecho internacional, si se tratase de interpretar una norma convencional de derechos humanos tendrían que emplearse los criterios de interpretación establecidos en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados.

Es así que, según lo dispuesto en la Constitución, en materia de normas de derechos humanos reconocidas por la Constitución o en los tratados internacionales en los que México es parte, está el deber de las autoridades de interpretar en principio a las normas de derechos humanos de acuerdo con la misma norma suprema, atendiendo a lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Si bien, al final del segundo párrafo del artículo primero, la Constitución recoge el principio *pro-persona* para la interpretación de las normas de derechos humanos, no siempre es posible aplicar dicho principio. Menos aún, si el mismo principio tiene

del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución ... Registro No. 2 006 224, Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ... La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona... mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) ... criterio se haya emitido en un caso ...el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los DH.

Época: Décima Época, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.)

Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudirse a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la CPEUM no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)

como efectos hacer a un lado alguna restricción constitucional. Lo anterior, atendiendo a lo que se dispone en la siguiente jurisprudencia:

Si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el DOF 10/junio/2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de DH, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de ejercer sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, ... sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.⁸⁴

Ahora bien, es de destacar que con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en México se implementó un sistema nacional de protección a los derechos humanos, en los tres niveles de gobierno, a saber: federal, local y municipal, y respecto de todas las personas y todas las autoridades de los poderes tradicionales: ejecutivo, legislativo y judicial, e igualmente, de los poderes constitucionales autónomos, y de otras autoridades diversas tales como las correspondientes a las de los pueblos originarios y comunidades indígenas.

Por tanto, el deber de proteger los derechos humanos constituye un mandato constitucional general que se extiende para toda autoridad nacional existente dentro de nuestro territorio. Sobre el respecto, también es importante precisar que entendemos a los derechos humanos en los términos acuñados por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, identidad u orientación sexual, así como cualquier otra condición. La legislación en materia de derechos humanos obliga principalmente a los gobiernos y a algunos actores no gubernamentales a cumplir determinados deberes (a hacer ciertas cosas) y les establece ciertas prohibiciones (les impide hacer otras).⁸⁵

84 Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental. Décima Época, Registro: 2006485, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario, Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.), Página: 772

85 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016), 20 Claves para Conocer y Comprender

Esta definición tiene la virtud de que considera como un deber de proteger los derechos humanos no sólo del Estado, sino también de sus autoridades, y de otros actores no gubernamentales, lo que implica que la protección de los derechos humanos obliga e incumbe tanto al Estado y a sus órganos, como a sujetos ajenos al mismo, bien sean individuos o bien, se trate de grupos, tales como miembros de la delincuencia organizada.

Es así que, en México, todos: Estado, gobierno e individuos, sujetos ajenos al mismo, se encuentran obligados y sometidos por el mandato constitucional a respetar derechos humanos, desde el momento en que llevan a cabo actos o conductas dentro del territorio nacional. Igualmente, constituye un deber ineludible del Estado y de sus autoridades garantizar su protección y respeto, así como el deber de imponer el respeto y cumplimiento a la norma constitucional y todo el resto de las normas protectoras de derechos humanos existentes en el ámbito nacional, aún en contra de la voluntad de sus destinatarios, incluso mediante el uso legítimo de la fuerza.

II. La seguridad pública y el contexto actual de la violencia en México

De conformidad con el primer párrafo del artículo 2 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública⁸⁶, se concibe a la seguridad pública como *“una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del sentenciado...”*.

De acuerdo con esta Ley, la seguridad pública implica un deber ineludible del Estado, cuyo objeto es *salvaguardar la integridad y derechos de las personas, libertades, el orden y la paz públicos*, que en cierta medida, corresponden al deber de garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, mediante la prevención, y en su caso, investigación, persecución y castigo de los delitos, a efecto de hacer posible el disfrute de una paz social y una convivencia pacífica entre las personas en un marco de respeto y protección a los derechos humanos.

En esa tesitura, el sistema nacional impuesto por el Estado, a través de una estructura jurídico-política, cumple una función social que es mantener la paz social y la seguridad, entre otras funciones, al no permitir la existencia de situaciones de violencia que impliquen o deriven en violaciones a los derechos humanos.

der mejor los Derechos Humanos, México, p. 7. Disponible en: <https://hchr.org.mx/20-claves-para-conocer-y-comprender-mejor-los-derechos-humanos/> [Consultada: 5 de julio de 2022]

86 Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, URL: <chrome-extension://efaidnbmnnpkajpcglclefindmkaj/https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNSP.pdf> [Consultada: 5 de julio de 2022]

Visto así, el mantenimiento de la paz social por parte del Estado, a través de sus instituciones, órganos y autoridades, para la contención, prohibición e inhibición de los fenómenos sociales violentos representan una forma de proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

De entre las acciones y funciones del Estado están el sistema de Procuración de justicia y de Seguridad pública, conformados no sólo por el aseguramiento del cumplimiento de las normas jurídicas sino también por la eficiencia de los órganos del Estado como una Procuraduría o Fiscalía General y un Sistema de Seguridad Pública.

De acuerdo con Pedro Ojeda Paullada, *las procuradurías de justicia cumplen un papel fundamental para garantizar el cumplimiento de la ley y la representación social en la persecución de los delitos, de ahí que las procuradurías sustentan su legitimidad institucional en la historia y en la protección de los derechos del ser humano*.⁸⁷ En esa medida, la seguridad pública y la procuración de justicia, son importantes tareas a cargo del Estado cuyo objetivo son mantener el disfrute del orden y de la paz públicos, así como la prevención de los delitos a efecto de que las personas sometidas a su imperio no sean víctimas de actos constitutivos de delitos ni de violaciones a sus derechos humanos, ni por parte de las autoridades ni de otros sujetos ajenos al Estado.

En consecuencia, en el supuesto de que las personas resultaren ser víctimas de la comisión de un delito por un acto delincuencia, surge el deber del Estado de realizar una adecuada investigación y una persecución de la conducta constitutiva de delitos, para castigar al o a los responsables y reparar el daño a la víctima, así como contener o eliminar el fenómeno delincuencia que generalmente implica una manifestación violenta.

Por lo que hace a la situación actual del país, en los últimos veinticuatro años, se ha observado una creciente situación de violencia, misma que se ha visto intensificada con motivo de una errónea estrategia implementada por el Estado en el combate al narcotráfico que ha propiciado enfrentamientos más numerosos y violentos entre el Estado y la delincuencia organizada, y una serie de ataques generalizados en contra de la población civil como desapariciones de personas, torturas, trata de personas en diferentes modalidades, etcétera; que ha propiciado un incremento en los delitos de mayor impacto y una creciente inseguridad y violencia en todo el país.

De ahí que, una de las mayores preocupaciones del Estado y la población, en los 5 últimos periodos presidenciales en México⁸⁸ es la seguridad pública, misma que desde

87 Ojeda Paullada, Pedro (1998), "Concepto de Procuraduría", Revista de Administración Pública, número 97, Instituto Nacional de Administración Pública, A. C., México, p. 13, URL: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/article/viewFile/18991/17100> [Consultada: 5 de julio de 2022]

88 Periodos presidenciales de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-200), Vicente Fox Quesada (2000 a 2006), Felipe Calderón

entonces a la fecha⁸⁹, se encuentra en una severa crisis por el impacto negativo que han tenido no sólo en la paz social, sino también en una mayor afectación en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos de la población en México.⁹⁰

En ese orden de ideas, de los informes elaborados por instituciones nacionales e internacionales ajenas al Estado, e incluso del mismo gobierno, se desprende que las acciones en materia de procuración de justicia y en seguridad pública realizadas a la fecha por el Estado mexicano no han sido capaces de contener, y mucho menos reducir, ni los fenómenos delincuenciales, ni la impunidad, y ni tampoco la violencia, y por el contrario ésta se ha visto incrementada bajo manifestaciones más violentas y extendiéndose a todo el país, por lo que a la fecha se ha detectado un deterioro de la paz entre 2015 y 2021 de alrededor del 17.1% y en lo que va del 2022, parece incrementarse.⁹¹

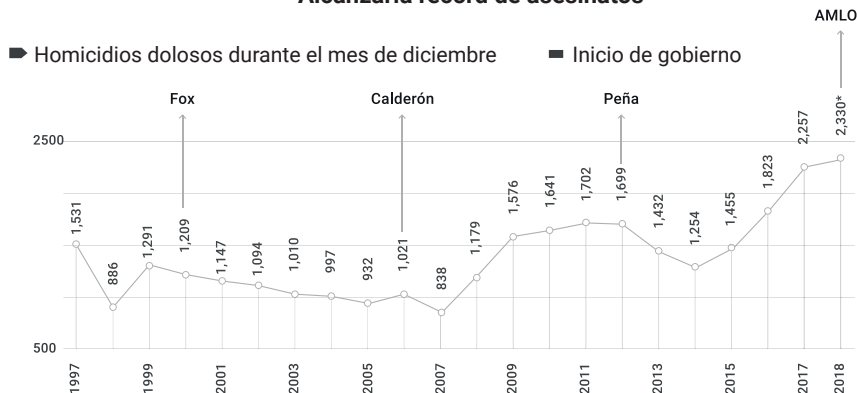
Hinojosa (2006-2012), Enrique Peña Nieto (2012-2018) y Andrés Manuel López Obrador (2018-2024).

89 INEGI, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana. ENSU (junio 2018), URL: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/ensu/ensu2018_07.pdf [Consultado: 4 de julio de 2022] y Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana. ENSU (primer trimestre de 2022) <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=7272>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

90 Ver informe de la CNDH, Informe especial de la Comisión Nacional de Los Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad pública en nuestro país, URL: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2006_segpublica.pdf [Consultado: 5 de julio de 2022] y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2021, disponible en <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Seguridad/seguridadii.sp.htm>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

91 Cfr. Instituto para la Economía y la Paz, Índice de Paz de México 2019: Identificar y medir los factores que impulsan la paz, Sid-

Alcanzaría récord de asesinatos



*La cifra que dio AMLO es 1,804, pero sólo comprende 24 días. Los restantes 526 casos derivan de la suma del promedio diario (75 casos) durante los siete días restantes.

Por otra parte, el sistema de procuración de justicia en México recién implementado⁹², ha tenido un deficiente y muy cuestionado desempeño⁹³, tanto por las mismas autoridades como la sociedad civil, poniendo en duda su eficacia en la prosecución de la justicia y la protección de las víctimas de delito,⁹⁴ lo que ha generado desencuentros y posturas contrarias entre diversos actores políticos y sectores de la sociedad⁹⁵ dedicados al tema de la seguridad, unos demandando el incremento de penas y el endurecimiento de medidas para contener los hechos delictivos, unos más pidiendo medidas más restrictivas de la libertad, otros, el uso del ejército o de otras policías militarizadas como la Guardia Nacional⁹⁶ y algunos más, incluso la modificación legislativa en materia de prisión preventiva, para hacerla oficiosa y aplicables a un mayor número de delitos⁹⁷; y otros sectores, pronunciándose por la limitación y el control en el uso de la prisión preventiva oficiosa⁹⁸.

ney. URL: indicedepazmexico.org. [Consultado: 5 de julio de 2022] e Índice de Paz de México 2022 disponible en <file:///C:/Users/Asus/Downloads/ESP-MPI-2022-web.pdf>, [Consultado: 5 de julio de 2022]; Gobierno Federal, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo enero-marzo 2019, en donde se observa que se tienen 486,681 presuntos delitos registrados, URL: https://drive.google.com/file/d/1FEcRPC8owiPOhatQ26L_Xn_ePSpBe4Rb/view [Consultado: 5 de julio de 2022], Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo enero-marzo 2020 en donde se observa que se tienen 502,104 presuntos delitos registrados, URL: <https://drive.google.com/file/d/18FSRK09GnHaYKfCCMOJeKeFKT7WBozkQ/view>; y Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo de enero-mayo 2022, donde se observa que se tienen 169,299 presuntos delitos registrados, disponible en <https://drive.google.com/file/d/1VXSF-FqbnwYEGWTS6UqDwNmAGJ-3l0H5/view>, [Consultado: 5 de julio de 2022]. Asimismo, se identifica que sólo en mayo de 2022 hubo 194,202 presuntos delitos registrados, y la Ciudad de México fue la que registró el número más alto con 36,582 presuntos delitos registrados, disponible en https://drive.google.com/file/d/10FBNqsdh_8rStH-ECEqUB834NE_Iqvfw/view, [Consultado: 5 de julio de 2022].

92 Recordemos que, con motivo de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se estableció un plazo de 8 años para implementar un nuevo sistema de justicia penal acusatorio de corte adversarial, mismo que tuvo su fin el 18 de junio de 2016, fecha que se fijó para implementar dicho sistema.

93 En el informe elaborado por el CIDE, IJ-UNAM e INACIPE, titulado Informe General 2017, Consulta Nacional sobre el Modelo de Procuración de Justicia, México, 2017, se encontró que había un trabajo deficiente de todas las procuradurías del país, por lo cual se hicieron una serie de propuestas y recomendaciones a fin de mejorar el servicio de procuración de justicia en México, que pudiera ser capaz de enfrentar la difícil situación de violencia en el país, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcjccglclefindmkaj/https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/267793/Informe_consulta_nacional_2017-_PublicacionWeb.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022], y

94 Cfr. Carpizo, Jorge, "Diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia, Reforma Judicial", Revista Mexicana de Justicia, número 12, Números 29-30, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Enero-diciembre de 2017, URL: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8727/10761>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

95 México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Hallazgos 2017, Seguimiento y Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México, 20122, México, URL: <https://www.mexicoevalua.org/hallazgos2017-2/> [Consultado: 5 de julio de 2019] y Hallazgos 2020, Calidad de la justicia, Observatorios de audiencias y resoluciones judiciales, <file:///C:/Users/Asus/Downloads/20220524-observatoriocalidadvf.pdf>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

96 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de marzo de 2019.

97 Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 12 de abril de 2019.

98 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de prensa No. 037/2022, Ciudad de México, a 09 de febrero de 2022, "Las personas juzgadas pueden revisar la prisión preventiva cuando su duración ha rebasado el plazo de dos años establecido

En ese orden de ideas, la seguridad pública y la procuración y administración de justicia son deberes de ineludible e impostergable cumplimiento a cargo del Estado por lo que su labor o desempeño tienen una particular relevancia para la protección y respeto a los derechos humanos de las personas.

En ese sentido, es como se puede explicar y justificar la conformación y características del Estado, bien, desde un punto de vista orgánico, a partir de la estructura jurídico-política del Estado, o bien, desde un punto de vista funcional, en razón de sus funciones y atribuciones; ambos tendientes a la prosecución de los fines encomendados: salud, bienestar social, seguridad, educación, paz, abasto, justicia, orden, protección a las víctimas, y protección y respeto a los derechos humanos. Visto de esta manera, la prevención, la contención e inhibición del fenómeno delincencial y de la violencia dentro de la sociedad, así como el acceso a la justicia y la protección y respeto los derechos humanos, legitiman tanto el quehacer del Estado como su conformación.

III. La violencia y su repercusión en los derechos humanos

Según un estudio realizado en el 2004⁹⁹, en México se cometieron 11,246 delitos por cada 100,000 habitantes y el 70% de los delitos no fueron denunciados porque la población consideró que era una pérdida de tiempo y por la falta de confianza en las autoridades de procuración de justicia. Igualmente, se encontró que, a nivel nacional, de las denuncias recibidas en el ámbito del fuero local, sólo se iniciaron dos averiguaciones previas por cada 10 delitos. Este mismo informe también nos permite ver que hubo un incremento en el índice delincencial al 2004, ya que en el año 2000 era de 10,792 delitos por cada 100,000 habitantes.

El incremento del fenómeno de la violencia delictiva puede interpretarse al final como una consecuencia de la falta o deficiencia del aparato de justicia del Estado.

De ahí hasta la fecha, el panorama no ha mejorado, esta misma problemática se corrobora con los informes del 2017, en donde observamos que, según la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, **ENVIPE (2017)** y el informe elaborado por Consulta Mitofsky, en México durante el año 2016, sólo fueron denunciados el 9.7% de los delitos que se tuvo conocimiento y sólo el 6.4% de esos delitos, dio paso al inicio de una averiguación previa o carpeta de investigación.

En la Consulta Mitofsky, por ejemplo, se refiere que en el último año bajó de 19% a

en la Constitución federal y, en su caso, determinar si cesa o se prolonga su aplicación: Primera Sala", disponible en <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6757>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

99 Ver Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. (ICESI), Tercera Encuesta Nacional sobre Inseguridad, 2005, p. 45, URL: http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/7_violencia/14.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

15% el porcentaje de mexicanos satisfechos con la seguridad de su país; el valor más bajo en los diez años medidos.¹⁰⁰

Igualmente, en este mismo informe se concluyó que era necesario, y de atención urgente, conformar una fiscalía que sirviera, es decir, que fuera eficaz para la persecución de los delitos y eficiente mediante el empleo de sus recursos humanos, materiales y financieros para el combate a la impunidad y el acceso a la justicia, principalmente de las víctimas, misma que al final se tradujera en una mayor seguridad y paz social, por lo que se recomendó que el Estado brindara una seguridad sin guerra, es decir, sin tener al ejército en las calles, y con cuerpos policiales competentes y capacitados que cumplieran con su función. En ese mismo sentido, se pugnó por llevar a cabo otra reforma del sistema de justicia penal y una adecuada regulación del consumo de drogas.

Por otra parte, en el informe que presenta el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, relativo a las *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2017*, encontramos que sólo en el año 2016 se cometieron un total de 1,823 delitos dolosos. En el año 2017 se cometieron 2,257 delitos dolosos y en 2018 fueron 2330.¹⁰¹

En marzo de 2019, en el informe de la percepción de la inseguridad¹⁰² se contabilizó un total del 81.7% de la población que manifestó sentirse insegura, y durante los tres primeros meses del año (enero-marzo) 2019, se han contabilizado un total de 486,681 delitos dolosos¹⁰³, y sólo en el mes de marzo del presente año se contaron 169,917 delitos.¹⁰⁴

Asimismo, de enero a mayo 2022, se registraron 169,299 presuntos delitos, y sólo en mayo de 2022 hubo 194,202 presuntos delitos registrados, siendo la Ciudad de México la que registró el número más alto de delitos, 36,582 en ese mes.¹⁰⁵

100 Fuente: Consulta Mitofsky y México Unido contra la Delincuencia, mismo que se apoyan en la XVII Encuesta Nacional sobre Percepción de Inseguridad Ciudadana en México, octubre 2017. URL: <https://www.mucd.org.mx/2017/10/decimo-septima-encuesta-nacional-sobre-percepcion-de-inseguridad-ciudadana-en-mexico/>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

101 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2017*, URL: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/cifras%20de%20homicidio%20doloso%20secuestro%20etc/HDSECEXTRV_122017.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

102 INEGI, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana ENSU 2019-1, Percepción de inseguridad, Primer trimestre 2019, Principales resultados, México, abril 2019, URL: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ensu/doc/ensu2019_marzo_presentacion_ejecutiva.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

103 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Mapa de la incidencia delictiva nacional, Enero-marzo 2019, URL: https://drive.google.com/file/d/1FEcRPC8owiPOhatQ26t_Xn_ePspBe4Rb/view, [Consultado: 5 de julio de 2022]

104 Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Mapa de la incidencia delictiva nacional, marzo 2019, URL: https://drive.google.com/file/d/1EzmQdyvyIY3u9UABFDqX5c_ztNPno3tg/view, [Consultado: 5 de julio de 2022]

105 Ver cita 12.

Por lo que respecta a los delitos de alto impacto que constituyen graves violaciones a los derechos humanos tenemos que, en el caso de las desapariciones forzadas, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, manifestó en un informe de 2017 un incremento en el número de víctimas y de registro de fosas clandestinas.¹⁰⁶

Por otra parte, con la importante labor que ha ido desarrollando la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas en la conformación del Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, encontramos lo siguiente:

Del 1º de diciembre de 2018 al 31 de diciembre de 2019 había 61,637 desaparecidas o no localizadas; al 13 de julio de 2020, había 73,201 personas desaparecidas o no localizadas (*una diferencia con el informe anterior de 11,564 personas registradas como desaparecidas en un lapso de 7 meses*); al 11 de abril de 2021, se tenían más de 87,700 personas reportadas como desaparecidas y al 26 de noviembre de 2021, día en que concluyó la visita a México del Comité de Desapariciones forzadas/ONU, se tenían registro de 95 mil 121 casos personas desaparecidas. La presidenta del Comité de la ONU también advirtió que de acuerdo con un estudio que realizó el organismo, en los últimos 5 años, de 2016 a 2021, se registraron un promedio de 8 mil desapariciones al año.

Al mes de abril de 2022, en México se tenía 98.944 personas desaparecidas, según el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, y al 16 de mayo de 2022, según el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas (RNPD-NO), se alcanzó la cifra de 100 mil personas registradas en dicho registro y reportadas desde el 15 de marzo de 1964.

Con independencia de que podamos afirmar que el número de víctimas registradas se incrementó por el importante trabajo que se está haciendo por las comisiones de búsqueda de personas para complementar el Registro de Personas desaparecidas y no localizadas, es de señalar que en lo que va del presente sexenio, es decir, de 1º de septiembre de 2019 al 5 de julio de 2022, que corresponde a los años que lleva esta administración el fenómeno delincencial no disminuyó, tenemos un reporte de 19,785 personas desaparecidas, de un total de 100,810 personas registradas como desaparecidas desde el 15 de marzo de 1965 al 5 de julio de 2022.¹⁰⁷

106 Según la CNDH: "las cifras oficiales contenidas en el Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas a octubre de 2016 suman un total de 29,903 de las cuales 28,937 corresponden al fuero común y 966 al fuero federal. De acuerdo con los datos de dicho registro, en los últimos 10 años ha habido un incremento de personas desaparecidas, de conformidad con lo siguiente: en 2007, 662 casos; en 2008, 822 casos; en 2009, 1,401 casos; en 2010, 3,227 casos; en 2011, 4,094 casos; en 2012, 3,343 casos; en 2013, 3,878 casos; en 2014, 4,196 casos; en 2015, 3,768 casos, y hasta octubre de 2016, 3,805 casos. Fuente: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Anexo Informe Especial sobre desaparición de personas y fosas clandestinas en México. (Resumen Ejecutivo), 2017, México, pp. 19-20, URL: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/InformeEspecial_20170406_Resumen.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

107 Según datos de la Comisión Nacional de Búsqueda. Gráficas sobre personas desaparecidas y no localizadas, disponibles en: <https://versionpublicarmpdno.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

De todo lo anterior podemos inferir que la violencia y las violaciones graves a derechos humanos han seguido al alza y que ni las acciones legislativas ni las políticas públicas y demás medidas adoptadas en materia de seguridad pública por parte del Estado han dado resultados.

IV. La transformación de la estructura del Estado y su derecho, ¿Eficaces, efectivas y eficientes?

Las recientes reformas constitucionales: en materia de justicia penal (junio del 2008)¹⁰⁸, de derechos humanos y de amparo (ambas de 2011), así como otras tantas en materia de anticorrupción (2015), y en temas específicos de derechos humanos, que se llevaron a cabo a fin de implementar un nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio más garantista ha dado paso a una gran transformación en la estructura jurídico-política del Estado.

Como ejemplos podemos citar la creación de nuevas autoridades competentes en el ámbito de la procuración y administración de justicia penal¹⁰⁹ y nuevos procedimientos y recursos, con los que el Estado buscó para hacer posible la prestación de los servicios de seguridad pública, de procuración y de administración de justicia, en armonía también con las demandas y compromisos internacionales que tenía pendientes particularmente en materia de derechos humanos.

Por lo que hace a la transformación del sistema jurídico, cabe destacar la emisión de muchas reformas constitucionales y leyes, sobre todo en los últimos 10 años que han sido de gran relevancia, entre éstas podemos citar a la Ley General de Víctimas (2013), el Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), la Ley Nacional de Ejecución Penal (2016), la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (2016), la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (2016), Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (2016), Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2017); Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (2017), y la reforma constitucional para la creación de la Guardia Nacional (2019) como autoridad civil, entre otras.

Asimismo, con el fin de cumplir con un compromiso internacional pendiente, nues-

108 Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf [Consultado: 5 de julio de 2022]

109 Por citar a las más relevantes están la creación de nuevos tribunales, jueces de control, la transformación de la PGR en una Fiscalía General autónoma e independiente y la transformación de las procuradurías locales en fiscalías autónomas, así como la figura del amparo para proteger por violaciones a derechos humanos, y los mecanismos con sus autoridades en materia de solución de controversias; la figura del primer respondiente, etcétera.

tro país emitió la Declaratoria de Reconocimiento de Competencia del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU, el pasado 2 de octubre de 2020, misma que depositó en la ONU y publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de septiembre de 2020; igualmente, se expidieron el Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y No Localizadas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de octubre de 2020 y el Protocolo Adicional para la Búsqueda de Niñas, Niños y Adolescentes, publicado en el mismo diario el 15 de julio de 2021.

Por cuanto hace al Poder Judicial, el pasado 19 de noviembre de 2021, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó 4 tesis de jurisprudencia bajo el rubro “Desaparición Forzada de Personas. Las Acciones Urgentes emitidas por el Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas son obligatorias para las autoridades encargadas de la búsqueda de las personas desaparecidas”, con el fin de que las autoridades mexicanas reconozcan las medidas dictadas por esta instancia internacional de obligatorio y pronto cumplimiento.¹¹⁰

No obstante, todos los cambios realizados en la estructura del Estado y en el sistema jurídico, desafortunadamente, ni la población ni el Estado han percibido ninguna mejoría en el tema de la seguridad pública¹¹¹, la justicia penal,¹¹² y mucho menos, ha habido una reducción de los niveles de violencia y los índices de violaciones a derechos humanos.

Esta falta de resultados de parte de las instituciones de gobierno encargadas de la seguridad pública y la procuración de justicia para contener la violencia y los índices delictivos está generando un desgaste importante para el Estado y sus instituciones, ya que ha propiciado la desconfianza de la población en el Estado y en sus autoridades.

Dicha situación puede motivar a que la población busque resolver sus demandas de justicia y seguridad, por vías no convencionales ni dentro del marco del derecho como lo son el hacer justicia por propia mano, fenómeno social que se ha manifestado de manera más frecuente en los últimos 5 años, ante la creciente situación de impunidad y el incremento de la inseguridad y la violencia en el país. Creemos que la justicia por propia mano tampoco contribuye a garantizar la protección y el respeto a los derechos humanos, sino por el contrario los pone más en riesgo.

110 SCJN, Semanario Judicial de la Federación, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=30229&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

111 Aguilar Morales, Luis María (2016), “Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores”, en *El Sistema Penal Acusatorio en México, Reforma penal 2008-2016*, Coordinadora Arely Gómez González, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, pp. 27 a 47, URL: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf> [Consultado: 5 de julio de 2022]

112 Procuraduría General de la República, *Hacia un nuevo modelo de Procuración de Justicia, Diagnóstico y Plan de trabajo*, México, 2017, URL: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239861/INFORME_PGR.pdf [Consultado: 5 de julio de 2022]

Asimismo, la inconformidad del pueblo hacia las acciones del Estado y de sus instituciones, sin importar si están o no fundadas en la ley, puede dar motivo a mayores manifestaciones sociales violentas que sin duda puede tener un mayor impacto negativo en la violencia y en la justicia penal en México, al orillar al Estado a tomar acciones más radicales y de represión para contener dichas manifestaciones violentas, con independencia de si sus demandas o peticiones están fundadas en la ley.

Si bien, como se señala en un documento de la extinta Procuraduría General de la República, el tema de la procuración de justicia *“impone el reto para todas las autoridades encargadas de la aplicación del Sistema de Justicia Penal (primeros respondientes, ministerios públicos y jueces) de evitar que el culpable quede impune, o que un auténtico inocente sea tenido por culpable, lo que constituye un presupuesto fundamental para que el Estado pueda garantizar a todos sus habitantes, el pleno respeto a los derechos humanos, así como una vida digna y libre de violencia que sea el cimiento de una auténtica paz social”*¹¹³, ese reto parece bastante difícil de alcanzar, en un mediano y quizá largo plazo.

V. Conclusiones y propuestas

Es imprescindible que se busque atender la problemática de la violencia y la impunidad, no sólo a través de acciones que impacten en el ámbito jurídico, como es el acceso a la justicia y la protección y reparación integral del daño a las víctimas.

Ante la falta de resultados por la ineficiencia del Estado y sus órganos y la ineficacia de sistema jurídico actual, también se hace necesario apostarle a otro tipo de medidas no jurídicas, sino también de carácter social, como la implementación de mayores y más contundentes políticas públicas y mediante el involucramiento directo no sólo del Estado y de sus instituciones, sino también de la sociedad civil, así como la implementación de programas de acciones de colaboración y coordinación entre todos los actores sociales en todos los niveles y ámbitos de la vida de las personas, incluso a nacional e internacional.

Asimismo, el combate a la corrupción también tiene que llevarse a cabo de manera frontal y decidida. Muchas violaciones a derechos humanos son resultado de la corrupción, y a mayor corrupción hay más violaciones a derechos humanos.

Por otra parte, con independencia de la adopción de las medidas reactivas el Estado, se hace necesario trabajar en la prevención a través de la construcción de un tejido social, conformado por una sociedad con valores y principios, educada en derechos humanos, con conocimiento de lo que es la dignidad humana y el deber de respeto y protección a la persona humana.

113 Procuraduría General de la República (2017), Hacia un nuevo modelo de Procuración de Justicia, Diagnóstico y Plan de trabajo, México, URL: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239861/INFORME_PGR.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Sin una sociedad educada en derechos humanos, difícilmente podremos erradicar el fenómeno de la violencia. Pareciera algo muy simple de hacer, pero en realidad es un trabajo a largo plazo y quizá fenomenal, que, sin embargo, es imperante que el Estado empiece ya por educarse y educar a las personas en valores, y, sobre todo, difundir y promover el conocimiento, ejercicio y disfrute de los derechos humanos, no sólo desde la administración pública, sino también desde la familia, desde las escuelas y desde los medios de comunicación.

Sin duda, hace falta un programa educativo que contemple el conocimiento y estudio de los derechos humanos desde los niveles más básicos de la educación hasta los estudios universitarios. Si llegáramos a tener una sociedad educada en valores es quizá como podríamos reducir también los niveles de violencia y de violaciones a los derechos humanos, y la tarea del Estado sería menor y con mejores resultados.

Finalmente, cabe resaltar que es necesario entender que el Estado ha sido rebasado y que requiere de la ayuda de la sociedad. Si ambos no atienden de manera conjunta e integral el fenómeno creciente de la violencia en el país, corremos el riesgo de avanzar a la conformación de un Estado menos eficaz y dictatorial, con un sistema jurídico más restrictivo en el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, cuyo argumento será su pertinencia, para erradicar la violencia y las violaciones a los derechos humanos.

Una sociedad ignorante de los derechos humanos, igualmente, corre el riesgo de adoptar la falsa y errónea idea de que, limitándolos, suspendiéndolos o prohibiéndolos es como podremos erradicar la violencia. Nada más peligroso y falaz.

VI. Bibliografía

AGUILAR MORALES, Luis María (2016), "Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores" (en línea) en El Sistema Penal Acusatorio en México, Reforma penal 2008-2016, Coordinadora Arely Gómez González, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, URL: <http://www.inacipe.gob.mx/stories/publicaciones/novedades/ReformaPenal2008-2016.pdf>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Carpizo, Jorge, "Diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia", (en línea) en Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia, número 12, Números 29-30, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, Enero-diciembre de 2017, URL: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8727/10761> [Consultado: 5 de julio de 2022].

CIDE, IJ-UNAM e INACIPE, Informe General 2017, Consulta Nacional sobre el Modelo de Procuración de Justicia, México, 2017, (en línea), URL: http://construyamosjusticia.mx/wp/assets/uploads/2018/01/Informe_General_2017.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022].

CNDH, Informe especial de la Comisión Nacional de Los Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad pública en nuestro país, (en línea), URL: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2006_segpublica.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022].

____, Anexo Informe Especial sobre desaparición de personas y fosas clandestinas en México. (Resumen Ejecutivo), México, 2017, (en línea), URL: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/InformeEspecial_20170406_Resumen.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2021, disponible en <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Seguridad/seguridadii.sp.htm>, [Consultado: 05 de julio de 2022]

Comisión Nacional de Búsqueda, Gráficas de personas desaparecidas y no localizadas, disponibles en: <https://versionpublicar-ndpo.segob.gob.mx/Dashboard/ContextoGeneral>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A.C. (ICESI), Tercera Encuesta Nacional sobre Inseguridad, 2005, (en línea), URL: http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/7_violencia/14.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022].

INEGI, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana ENSU 2019-1, Percepción de inseguridad, Primer trimestre 2019, Principales resultados, México, abril 2019, (en línea), URL: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ensu/doc/ensu2019_marzo_presentacion_ejecutiva.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

____, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana. ENSU (junio 2018), (en línea), URL: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/ensu/ensu2018_07.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

____, Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana. ENSU (primer trimestre de 2022) <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=7272>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Instituto para la Economía y la Paz, Índice de Paz de México 2019: Identificar y medir los factores que impulsan la paz, Sidney, abril de 2019, (en línea), URL: [indexdepazmexico.org](http://www.indexdepazmexico.org), [Consultado: 5 de julio de 2022]

México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, Hallazgos 2017, Seguimiento y Evaluación del Sistema de Justicia Penal en México, México, 2018, (en línea), URL: file:///C:/Users/PC/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b-bwe/TempState/Downloads/Hallazgos2017.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

_____, Hallazgos 2020, Calidad de la justicia, Observatorios de audiencias y resoluciones judiciales, <file:///C:/Users/Asus/Downloads/20220524-observatoriorocalidadvf.pdf>, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Mitofsky, Consulta Mitofsky y México Unido contra la Delincuencia, mismo que se apoyan en la XVII Encuesta Nacional sobre Percepción de Inseguridad Ciudadana en México, octubre 2017. (en línea), URL: <https://www.mucd.org.mx/2017/10/decimo-septima-encuesta-nacional-sobre-percepcion-de-inseguridad-ciudadana-en-mexico/>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

NOVOA, María y Karen Silva Mora, Léase si quiere transformar la procuración de justicia para reducir la impunidad, Programa de Justicia de México evalúa, (en línea), URL: https://www.mexicoevalua.org/wp-content/uploads/2018/04/Libro_Lease_SiQuiere_Gobernarenserio_capitulo03.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), 20 Claves para Conocer y Comprender mejor los Derechos Humanos (2016), México, (en línea), URL: file:///C:/Users/PC/Desktop/FCPSYSOCS/20claves_2016_WEB.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

OJEDA PAULLADA, Pedro (1998), "Concepto de Procuraduría", en Revista de Administración Pública, número 97, Instituto Nacional de Administración Pública, A. C., México, (en línea), URL: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion-publica/article/viewFile/18991/17100>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Procuraduría General de la República, Hacia un nuevo modelo de Procuración de Justicia, Diagnóstico y Plan de trabajo, (2017), México, (en línea), URL: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/239861/INFORME_PGR.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo enero-marzo 2019, (en línea), URL: https://drive.google.com/file/d/1FEcRPC8owiPOhatQ26t_Xn_ePSPBe4Rb/view, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Cifras de homicidio doloso, secuestro, extorsión y robo de vehículos 1997-2017, (en línea), URL: http://secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/cifras%20de%20homicidio%20doloso%20secuestro%20etc/HDSECEXTRV_122017.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Mapa de la incidencia delictiva nacional, marzo 2019, (en línea), URL: https://drive.google.com/file/d/1EzmQdyvyIY3u9UABFDqX5c_ztNPno3tg/view, [Consultado: 5 de julio de 2022]

_____, Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo enero-marzo 2020, URL: <https://drive.google.com/file/d/18FSRKO9GnHaYKfCCMOJeKeFKT7WBozkQ/view>,

_____, Mapa acumulado anual de Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo de enero-mayo 2022, disponible en <https://drive.google.com/file/d/1VXSF-FqbwnYEgWTS6UqDwNmaGJ-3l0H5/view>, [Consultado: 5 de julio de 2022] y https://drive.google.com/file/d/10FBNqsdh_8rStH-ECEqUB834NE_lqvfw/view, [Consultado: 5 de julio de 2022].

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de prensa No. 037/2022, Ciudad de México, a 09 de febrero de 2022, "Las personas juzgadas pueden revisar la prisión preventiva cuando su duración ha rebasado el plazo de dos años establecido en la Constitución federal y, en su caso, determinar si cesa o se prolonga su aplicación: Primera Sala", disponible en <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6757>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

_____, Semanario Judicial de la Federación, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?i-d=30229&Clase=DetalleTesisEjecutorias>, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 26 de marzo de 2019.

Decreto por el que se declara reformado el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 12 de abril de 2019.

Decreto de Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, (en línea), URL: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08.pdf, [Consultado: 5 de julio de 2022]

Jurisprudencia

Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Registro No. 2 006 224, Localización: [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.).

Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Época: Décima Época, Registro: 2006225, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.)

Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2008935, Primera Sala, Libro 17, Abril de 2015, Tipo de Tesis: Jurisprudencia constitucional, pág. 240, Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)

Principio de interpretación más favorable a la persona. Su cumplimiento no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales, al ejercer su función, dejen de observar los diversos principios y restricciones que prevé la norma fundamental. Décima Época, Registro: 2006485, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario, Judicial de la Federación, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.), Página: 772.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y DESAPARICIÓN COMETIDA POR PARTICULARES: ANÁLISIS JURÍDICO PENAL Y CRIMINOLÓGICO.

Autores//

*Sara Pérez Kasparian*¹¹⁴

Resumen

Se aborda el delito de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, de acuerdo con la Ley General en dicha materia, desde el punto de vista de la dogmática jurídico penal. Dicha ley es de naturaleza jurídica administrativa, lo que no se contradice con su contenido penal, ya que en varios capítulos tipifica delitos, que son de aplicación única en todo el territorio nacional, siempre que se respeten las reglas de competencia expresamente establecidas para los jueces federales en su artículo 24 y en el caso de los jueces locales serán competentes para todo supuesto que no esté comprendido en dichas reglas, (facultades residuales que se establecen en su artículo 25) lo anterior siguiendo los cánones del sistema federal previsto en la constitución mexicana, artículo 124. El principio de especialidad del tipo penal nos lleva a entender que, en el momento actual la ley específica a aplicar para este delito es la publicada en 2017 cuyas últimas reformas datan del año 2022, por tal motivo, quienes procuran y administran justicia, así como los abogados defensores y resto de los que intervienen en el proceso penal deben, preferentemente, aplicar esta ley. Ante la repetición de este tipo penal en distintos códigos y ahora esta ley, lo ideal sería que se aprobara el Código Penal Nacional que reúna, codifique, los tipos penales de leyes generales, especiales, locales y federales incluso los delitos previstos en tratados internacionales en materia penal, (siempre y cuando aún no hayan sido tipificados en códigos penales mexicanos), a fin de unificar sabiamente todos los delitos que en este momento se encuentran dispersos en distintas leyes. La exacta aplicación de la ley y el principio de especialidad del tipo penal son algunas de las claves en la correcta aplicación de la justicia. Se añade en este artículo un breve análisis criminológico de quienes cometen el delito, dada la importancia de entender su comportamiento y trazar políticas de prevención especial y general.

Palabras clave: desaparición forzada, personas, delito, penas.

Sumario: I. Introducción. II. Marco jurídico. III. Distinción entre ley general y ley federal. IV. Análisis jurídico penal del delito. V. El perfil criminológico del sujeto activo de este delito.

114 Doctora en Derecho. Catedrática de la Facultad de Derecho. Universidad Anáhuac México.

I. Introducción:

La triste historia de las desapariciones forzadas cometidas por integrantes del poder e incluso por particulares, probablemente empezó en épocas muy remotas, en períodos de monarquías de las más puras de siglos atrás, con total impunidad y transitando por diversas etapas de la historia de la humanidad, mayoritariamente se corresponde precisamente con la existencia del Estado en sus diversas formas, citando algunos casos tan relevantes como los del zar y su familia, a principios del siglo XX en el contexto de la revolución rusa, desaparecidos, confinados por un período de tiempo finalmente fueron ejecutados extrajudicialmente por quienes tomaron el poder; avanzando más en ese propio siglo se conocen los miles de desaparecidos por parte de funcionarios/servidores públicos de las dictaduras militares de Argentina, Paraguay, Uruguay, Chile, Guatemala, El Salvador y por supuesto México, incluso se incluye en la actualidad como delito, incluso ocurría y quedaba impune la modalidad consistente en desaparecer niños y niñas nacidos en cautiverio, de madres que fueron desaparecidas estando embarazadas, ejemplo de búsqueda incansable por parte del movimiento Madres de la Plaza de Mayo en Argentina. Otros casos conocidos son las desapariciones forzadas y genocidio producto del Holocausto, los desaparecidos ruandeses y de otros países africanos, armenios¹¹⁵ en Turquía o en su propia tierra, y tantos otros como en los territorios de lo que un día fue Yugoslavia, con razón en la actualidad este delito esta previsto en el Estatuto de Roma como una modalidad de crímenes de lesa humanidad, y va de la mano o en concurso material con otros como genocidio (que ha sido muy usual), tortura, trata de personas, tráfico de personas, delincuencia organizada, feminicidio, homicidio calificado, lesiones, violación etc.

En México, se han denunciado muchos casos¹¹⁶, pero también se nota con tristeza la cantidad de desaparecidos que nutren constantemente la cifra negra de este tipo de delito porque no son denunciados por diversas razones, entre otras la desconfianza de la ciudadanía ante los sistemas de procuración de justicia e investigación del delito, el miedo de los familiares que sufren amenazas y extorsión por parte de los victimarios. Se afirma con razón por parte de Carolina Robledo Silvestre (Flaxo), que 1968 marca un momento en México, seguido por otros sucesos como el dramático caso de los 43 de Iguala y tantos otros conocidos a nivel mundial¹¹⁷.

115 Granovsky, S. (2014). El Genocidio Silenciado. Holocausto del pueblo armenio. Editor Digital Titivillus.

116 Vazquez, Andrei, "El origen y las causas de la actual crisis de desapariciones forzadas que vive México" el autor del artículo cita 99,167 casos desde 1964 a la fecha 20 de abril 2022 <https://cuestionone.com/nacional/origen-causas-actual-crisis-desapariciones-forzadas-mexico/#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20la%20desaparici%C3%B3n%20forzada%20se%20establece,federal%20%9D%2C%20dijo%20la%20experta>. Fecha de consulta 17 de junio 2022

117 Robledo Silvestre, C. Genealogía e Historia no Resuelta de la Desaparición Forzada en México. 2016.México.<https://www.redalyc.org/journal/509/50945652005/html/#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20la%20desaparici%C3%B3n%20forzada,Comit%C3%A9%20de%20Solidaridad%20y%20Derechos>. Fecha de consulta 15 junio 2022.

Afortunadamente en 2017 se publica la Ley General para castigar penal y administrativamente este tipo de conducta, y se establecen entre otras, estrategias para localización de sujetos desaparecidos como el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. Como precedente, antes del 2017 ya se contaba con la tipificación del delito, pero, la ley actual ha sido un parteaguas para el perfeccionamiento de la legislación en esta materia. El presente trabajo analiza el delito, así como quien debe aplicar la ley y como acreditar el delito, para evitar la impunidad; por qué es esta y no otra, la ley aplicable preferentemente, la necesidad de codificar este y el resto de los delitos en un Código Penal Nacional para evitar repetición de artículos y confusión por parte de quienes aplican la justicia. Asimismo, se aborda brevemente el perfil criminológico del sujeto activo que interviene en este tipo penal.

II. Marco Jurídico.

En el marco internacional en el que México está inmerso, existen diversas convenciones internacionales aprobadas por el Senado mexicano, y que forman parte del sistema de leyes, protegen el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad personal, a la indemnidad, al respeto que se le debe a cualquier detenido cuando se trate de una detención legal, la protección de los bienes jurídicos que tutela este delito, presentes en:

- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas¹¹⁸. (ONU, 2010) El concepto de este delito se tipifica en el artículo 2 (verbos rectores son el arresto, la detención, secuestro, privación de la libertad de una persona; y lo que sigue: la negativa a reconocer la privación de la libertad, ocultamiento, suerte o paradero de la víctima, sustrayéndolo así de la protección de la ley, todo esto con la aquiescencia del Estado. Igualmente, la convención contiene estrategias para la prevención del delito, protección de las víctimas, investigación y juzgamiento entre otras cuestiones relevantes.
- Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. (ONU, Resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992)¹¹⁹
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. (OEA, 1994). Reconoce el delito de desaparición forzada como una modalidad de terrorismo de Estado.
- Estatuto de Roma o Corte Penal Internacional con sede en La Haya. (ONU) Tipifica el delito de desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad. Artículo 7-1-i-2-i "...se entenderá la aprehensión, la detención o secuestro de personas por un Estado, una organización política, o con su autori-

118 https://hchr.org.mx/cajas_herramientas/comite-contra-la-desaparicionforzada/#:~:text=las%20desapariciones%20forzadas-,La%20Convenci%C3%B3n%20Internacional%20para%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20todas%20las%20personas,la%20verdad%20y%20una%20reparaci%C3%B3n. fecha de consulta 14 de junio 2022

119 <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/INST%2022.pdf> fecha de consulta 18 de junio 2022

*zación, apoyo o aquiescencia seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*¹²⁰
Para que se tipifique el delito en virtud de este Estatuto se requiere que el acto en sí, se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, (como otro de los elementos típicos y necesarios, a diferencia del tipo penal mexicano, que no requiere este requerimiento)

Otras convenciones vigentes en México que protegen Derechos Humanos, y por ende están en consonancia con la protección de los bienes jurídicos que tutela el delito de Desaparición Forzada de Personas son la Carta de la ONU, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José),

Respecto al marco jurídico nacional, en primer orden la Constitución mexicana en sus artículos 1, 16, 17, 19, 20, entre otros respaldan la protección de bienes jurídicos y garantías procesales que se corresponden con el derecho de toda persona a su libertad personal, a que ninguna autoridad puede detenerlo, arrestarlo, secuestrarlo, ni negarse a reconocer la privación de la libertad, ni ocultar su suerte o paradero.

- Código Penal Federal en su artículo 215, códigos locales en diferentes entidades federativas, tipifican este delito mucho antes de que se aprobara la Ley General para esta materia, por tanto, dado el principio de especialidad del tipo penal¹²¹, se aplicará preferentemente dicha ley, que se cita a continuación:
- Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas. El proyecto de ley fue aprobado el 4 de oct 2017, turnado al Ejecutivo el 12 de octubre del propio año y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre de 2017¹²².

Por tratarse de una ley General es de aplicación única en todo el territorio nacional, con reglas de competencia para el juez federal (ver artículo 24 con las reglas de competencia de las autoridades federales, y el artículo 25, mismo que establece lo que le compete a autoridades locales), y por tanto, todo asunto que expresamente no

120 <http://www.un.org> fecha de consulta 17 junio 2022

121 Artículo 6, segundo párrafo del Código Penal Federal: "cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general", igualmente debe tenerse en cuenta que en uno de los artículos transitorios de la ley en esta materia, se establece que la presente legislación (2017) deroga a todo lo anterior, entendiéndose que el tipo penal del Código Penal Federal queda relegado, al igual que los tipos penales locales que se establecen en cada uno de los Códigos Penales de los Estados de la Federación.

122 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP.pdf> fecha de consulta 14 de junio 2022

esté contemplado en dichas reglas será de competencia de local, en base al mismo sistema de distribución de competencias en materia penal que establece el artículo 51 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (anteriormente en el artículo 50 de la ley anterior a la mencionada). Como se recordará, este sistema de competencias se deriva del federalismo que caracteriza a México, entre otros artículos constitucionales, consulte el 124 (las facultades que no estén expresamente concedidas a las autoridades federales están reservadas a las autoridades locales)

Algunos aspectos relevantes de la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas y Desaparición cometida por Particulares:

- Establece tipos penales que se subdividen en tres capítulos (Tercero, Cuarto y Quinto, notándose lo extenso de la descripción típica (en total son diez delitos).
- Establece una gran protección para las Víctimas: no solo el desaparecido como tal sino en caso de mujeres que en esa situación den a luz a niños y niñas que a su vez también sean desaparecidos.
- Reparación material moral, restitución en el prestigio y la dignidad de la persona desaparecida,
- Familiares de la víctima pueden solicitar al Juez: Declaración Especial de Ausencia- esto es para proteger la personalidad jurídica del desaparecido y sus familiares.
- Protección de personas que trabajan en la búsqueda de los desaparecidos.
- Especial protección a los hijos e hijas de desaparecidos, a los niños y niñas que han sido desaparecidos y a los niños y niñas que han nacido de una mujer que en ese momento estaba en situación de desaparición.
- Cada delito previsto en esta ley tiene carácter autónomo, se castiga con pena independiente de otros delitos que puedan resultar, por ejemplo, la falsificación de documentos o la destrucción de los del desaparecido. Incluidos los documentos de los niños víctimas, las adopciones ilícitas etc.
- Los delitos se persiguen de oficio, (artículo 13, no hay que esperar que algún familiar o conocido denuncie el hecho)
- Son imprescriptibles, (artículo 14).
- Son de carácter continuo o permanente (artículo 13).
- Sujetos activos cualquiera de los que intervenga en el delito, (autores o partícipes, ver artículo 19 de esta ley y ver artículo 13 y 14 del Código Penal Federal) ya sean servidores públicos o particulares, que ejecuten o que ordenen (ver las teorías acerca del dominio del hecho¹²³ y respecto a los instigadores, autores inmediatos o mediatos, cómplices o encubridores), o los que por omisión permitan o los particulares o grupos que con la aquiescencia de los servidores públicos o en los casos que se omita entregar a un niño nacido de una madre en situación de desaparición
- Para estos casos no va a proceder el archivo temporal de la investigación. (artículo 13) así que la investigación siempre pueda ser reactivada en cualquier momento.

123 Jiménez, Javier (2006). Elementos de Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa. Pág. 370.

- No se permitirá aplicar vías o mecanismos alternos para solución de conflictos, ni ejercicio de los criterios de oportunidad (artículo 14)
- Se prohíbe la amnistía y el indulto o cualquier otra forma de quedar libre e impune. (artículo 15)
- Se establecen Fiscalías Especializadas, lo que resulta una gran ventaja pues se supone que los servidores públicos que las integran cuentan con alta preparación, capacitación y alto perfil en la investigación del delito.
- Se crea el Registro Nacional de Personas Desaparecidas (artículo 2-VI de esta ley) así como el Sistema Nacional de Búsqueda (artículo 2-III de esta ley),
- Para los delitos de los artículos 27, 28, 31, 34, 35,37 y 41 se establece prisión preventiva oficiosa. (artículo 14 de esta ley).
- No son delitos de carácter político, por lo que los sujetos activos pueden ser extraditados (artículo 16 de esta ley)

III. Distinción entre Ley General y Ley Federal.

Las denominaciones que han tenido y siguen teniendo las leyes mexicanas parecen obvias, sin embargo, vale la pena comentar brevemente que, cuando una ley se de nomina “Federal”¹²⁴, significa que su aplicación solo compete a autoridades federales, sin que las autoridades locales tengan intervención, por ejemplo, se cita la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, la Ley Federal de Zonas y Monumentos Arqueológicos, Históricos y Artísticos entre otras, sin embargo algunas leyes de carácter general¹²⁵ como la que hoy se analiza, o citando ejemplos: la Ley General en materia de Trata de Personas, o la Ley General en materia de Secuestro, son claro ejemplo de que pueden intervenir tanto autoridades locales como federales pero todo depende de las reglas de competencia que establecen, mismas que siempre están especificadas en algún artículo de cada ley, como en el caso que nos ocupa, en el artículo 24. La base para las reglas de competencia para los jueces penales federales se deriva del sistema de distribución de competencias previsto en el artículo 51 de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y este nos lleva 124 de la Constitución mexicana. En conclusión, las leyes federales son únicamente de competencia federal, pero las leyes denominadas generales contienen delitos de aplicación única para ambos fueros: para los casos locales (facultades residuales) y para casos federales cuando sus reglas específicas lo estipulan. Esto evitará la confusión de las autoridades ante un hecho delictivo, evitando así la “invasión” de competencias. La excepción puede ocurrir cuando un hecho de naturaleza local sea atraído al fuero federal, (facultad de atracción).

IV. Análisis jurídico penal.

124 Artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, D.O.F. 7 de junio 2021. establece expresamente las reglas de competencia de los jueces federales en materia penal. <https://www.diputados.gob.mx>

125 El Congreso de la Unión tiene, en su artículo 73-XXI-a facultades para expedir leyes generales, un claro ejemplo que se cita expresamente en su redacción es la ley en materia de desaparición forzada de personas. <https://www.diputados.gob.mx> fecha de consulta 27 de junio 2022

La ley contiene un amplio y necesario catálogo de delitos que se subdividen en tres capítulos, el tercero, en materia de desaparición forzada de personas, el cuarto en desaparición cometida por particulares y el quinto capítulo con los delitos vinculados con la desaparición forzada de personas. La intención del legislador en cuanto a esta amplia gama de tipos penales es lograr que ninguna conducta delictiva en esta materia quede impune y por otra parte estar a tono con las convenciones internacionales suscritas por México, que recomiendan la tipificación de todas estas conductas.

A continuación, un listado de los delitos:

En el capítulo tercero (Desaparición forzada de personas):

- **Artículo 27:** Desaparición forzada de personas. En la modalidad básica de privar de la libertad y luego abstenerse o negarse a reconocer esta privación, negarse a dar informes sobre su suerte, destino, paradero (Puede ocurrir con sujeto activo determinado, sujeto activo indeterminado o ambos)
- **Artículo 28:** Desaparición forzada de personas, en la modalidad de ocultar o negarse a proporcionar información sobre la privación de la libertad, paradero del detenido u oculte al detenido. (Puede darse con sujeto activo determinado o indeterminado o ambos.
- **Artículo 29:** no es en sí un tipo penal, pero establece responsabilidad penal para los superiores jerárquicos, como autores de este delito, siguiendo así las teorías penales en cuanto a la intervención del delito de los autores mediatos como instigadores que dan ordenes e incluso los casos en que el propio superior es quien directamente lo ejecute.
- **Artículo 30:** Punibilidad.
- **Artículo 31:** Establece dos conductas delictivas, la primera consiste en el delito para quien omita entregar a familiares o a la autoridad al nacido de una víctima del delito de desaparición forzada, en ese período de ocultamiento. Y la segunda es para quien no habiendo participado directamente en la desaparición, retenga o mantenga oculto al niño o niña que haya nacido en ese período a sabiendas de la desaparición de la madre. En ambos supuestos el sujeto activo es indeterminado.
- **Artículos 32 y 33:** establecen circunstancias que aumentan y que atenúan respectivamente.

En el capítulo cuarto (Desaparición cometida por particulares).

La distinción esencial con el capítulo anterior es que el o los sujetos activos no tienen calidad específica de servidores públicos:

- **Artículo 34:** Cuando la finalidad del sujeto activo es ocultar a la víctima o su suerte o paradero. En este caso hay que analizar su distinción con el delito de secuestro porque los fines (dolo específico en cada caso) difieren totalmente.
- **Artículo 35:** Delito que comete quien omite entregar a la autoridad o familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición cometida por particulares durante el período de ocultamiento, a sabiendas de esa circunstancia.

- **Artículo 36:** En casos que apliquen aumentos y disminuciones de la punibilidad de acuerdo con las establecidas en los artículos 32 y 33, las penas de los artículos 34 y 35 serán modificadas en su caso.

En el capítulo quinto (delitos vinculados con la desaparición de personas)

Se trata de diversas conductas que no son propiamente de autoría por desaparición forzada de personas ni tampoco desaparición cometida por particulares pero se nota en los diversos verbos rectores (artículos 37 al 41, ambos inclusive) el dolo de los autores, estos son: oculte, deseche, incinere, sepulte, desintegre, destruya, impida el acceso a las autoridades de búsqueda, obstaculice las acciones para la búsqueda, conociendo el paradero de niño o niña no lo informe, oculte o destruya documentos de niño o niña para evitar que los identifiquen, utilice documentos falsos de niño o niña. Evidentemente el legislador ha previsto con mucho tino, el castigo no solo de quien desaparezca a alguien de manera forzada sino también del resto de la cadena de delincuencia que se pretenda actuar dolosa e impunemente.

Dado el amplio catálogo de delitos, será tomado como ejemplo para el estudio dogmático el artículo 27, la metodología a seguir es válida para analizar cada uno de los delitos de esta ley o cualquier otro.

- **Análisis dogmático penal del Artículo 27:** No podríamos afirmar que este sea el tipo básico en el amplio catálogo de la ley, pues cada tipo tiene una descripción diferente e independiente, el caso comentado tiene un punto de partida esencial y elemento principal, que consiste en la desaparición forzada ya sea cometida por servidor público o por particulares, con un fin específico, que se explicará en párrafos siguientes, lo que lo diferencia del secuestro, o de la privación ilegal de la libertad, por citar dos casos que no deben ser confundidos con el que nos ocupa.

Elementos objetivos: (Descripción típica).

- **Conducta:** Este delito contiene dos momentos o actos¹²⁶ siendo el primero de acción porque el verbo rector "*prive de la libertad*", así lo indica, la segunda parte es de omisión, el propio tipo penal redactado con la palabra "*seguido*" o sea, a continuación del primero, consiste en *"la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero"*. Por tanto, el fin o dolo específico es negar o reconocer tal privación de libertad (sea arbitraria o legal), o negarse a proporcionar información del paradero, suerte o destino de la víctima.

La privación de la libertad puede ser en inicio legal, derivada de una orden de aprehensión dictada por un juez o en los casos de delitos en flagrancia, para citar dos

126 <https://www.mrclickmx.com/abogado/revista/posiciones/item/como-tipificar-la-desaparicion-forzada-de-personas> autor Miguel Ontiveros fecha de consulta 24 de septiembre 2018

supuestos, para tipificar el delito se requiere de la primera parte o acto y además lo que sigue: cuando ocurre la omisión en cuanto a reconocer esta situación y peor aún cuando se niega dar información sobre la víctima, su suerte, destino o paradero. En caso de que la privación de libertad fuere arbitraria, con mucha más razón sería delito, pero no debe confundirse con el secuestro, mismo que persigue fines distintos¹²⁷ al que hoy nos ocupa, y que va encaminado a no reconocer que lo tiene privado de la libertad, dejar de informar su suerte, su paradero o destino. Incluso el hecho de dar informes falsos sobre la víctima también se corresponde con el delito.

Los verbos rectores o principales son: privar de la libertad (conducta activa), no reconocer la privación de la libertad (omisión o más bien comisión por omisión) y no dar informes de su suerte, destino, paradero. La comisión por omisión como modalidad de la conducta significa que el sujeto activo, estando obligado en este caso por su cargo, posición, función y debiendo hacerlo, lo deja de hacer (omite) y por tal motivo comete (comisión). La comisión por omisión esta relacionada con el sujeto activo con calidad de garante¹²⁸.

- **Sujeto activo:** Para el delito del artículo 27, puede ser determinado e indeterminado, por tanto, la dualidad en la calidad de sujeto (s) activo (s) es evidente porque puede ser cometido tanto por servidor público como por particular con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público. Puede ocurrir que intervenga una sola persona, (unisubjetivo) pero en ese caso tendría que ser un servidor público como ejecutor directo o puede ser un servidor público que ordene a otro u otros que también tengan calidad de servidores públicos, o que exista una mezcla de ambas calidades servidores y particulares (plurisubjetivo). Para los casos de intervención colectiva habrá que acreditar lo que hizo cada intervector, la calidad de servidor o no de cada quien. Se recomienda el estudio de las teorías acerca del dominio en el hecho que tan magistralmente ha expuesto Claus Roxin¹²⁹ en especial para los instigadores que dan órdenes, por que órdenes ilícitas no tienen ninguna causa de justificación.

La calidad de servidor público se debe acreditar mínimo con la constancia del nombramiento, así como cualquier prueba testimonial sería e inequívoca. Las testimoniales tienen un valor considerable cuando se cuenta con testigos que no se contradicen y que sean confiables, creíbles al juez, por ejemplo, en la Corte Interamericana han

127 El artículo 9 de la Ley General en materia de Secuestro, estipula fines específicos, uno para pedir rescate, otro para mantener a la víctima en situación de rehén, otro para ocasionarle cualquier daño, otro para cometer en su contra robo o extorsión (estos fines no son los que persigue quien desaparece forzosamente a una persona)

128 Garante del bien jurídico tutelado puede ser por ley, por contrato o por haber provocado un peligro precedente. (artículo 16 del Código Penal de la CDMX y artículo 7, segundo párrafo del Código Penal Federal.

129 Prof. Claus Roxin. Conferencia "El autor detrás del autor". 5 de octubre 2010. Youtube.com

servido de mucho¹³⁰ este tipo de pruebas.

- **Sujeto Pasivo:** Indeterminado. Porque cualquier persona puede ser víctima del delito y en dependencia de sus características propias podría tratarse de un sujeto vulnerable por ejemplo por su edad, por ser migrante, afrodescendiente, perteneciente a pueblos indígenas, por su identidad de género entre otros, todo lo que esta establecido en el artículo 32 como circunstancia agravante. Igualmente puede ser unisubjetivo cuando es una sola víctima o plurisubjetivo cuando ocurre contra grupos de personas.

- **Bien jurídico que se tutela:** Son varios los bienes o valores jurídicos, realmente es un tema de protección necesaria de Derechos Humanos, entre otros, el derecho a la libertad personal, al pleno respeto de las garantías individuales en materia penal, la integridad, la vida¹³¹, la salud, la dignidad, el derecho a no recibir tratos crueles inhumanos, degradantes, el libre desarrollo de la personalidad, porque este tipo de delinquentes equiparan y reducen a la víctima a una condición de “cosa”, el Derecho a la Seguridad Jurídica y a que el asunto por el cual haya sido detenido sea presentado ante la autoridad jurisdiccional competente, el libre ejercicio de la vida social, el derecho a la indemnidad. Realmente este delito anula la personalidad del ser humano, y por tales motivos la comunidad internacional de nacionales entendió que debe estar tipificado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

- **Objeto Material del delito:** Este delito recae contra las víctimas ya sean directas, familiares y sociedad.

- **Por la ofensa al bien jurídico:** Se trata de un delito de lesión a los diversos bienes jurídicos que se ven objetivamente afectados.

- **Forma de Resultado:** Material o de Daño, porque la o las víctimas sufre un menoscabo en sus derechos, que realmente es ostensible e implica un cambio sustancial en el mundo de ésta.

- **De acuerdo con su duración:** Se trata de un delito continuo o permanente porque ocurre en o durante un transcurso de tiempo, la víctima esta desaparecida durante un tiempo¹³² en el que dura el delito.

130 <https://www.idheas.org.mx/wp-content/uploads/2019/05/guia-desaparicion-personas.pdf>

131 Porque una persona desaparecida con el paso de los años y sin saberse nada de él, es una violación al derecho a la vida, sobre todo cuando hay ausencia de una prueba de vida se presumirá que está muerto. Se va a descartar ese argumento de que si no hay cuerpo no hubo homicidio “bastaría que lo autores de una desaparición ocultasen o destruyesen el cadáver de la víctima (lo que así ocurre casi siempre) para que se produjera impunidad del sujeto activo, con esto se borra cualquier huella de desaparición”

132 Delito permanente o continuo es aquel cuya consumación se prolonga en el tiempo. Artículo 7-II Código Penal Federal.

- **De acuerdo con el grado de Realización:** Admite la tentativa punible¹³³. Así queda expresado terminantemente en el artículo 20, que remite al 63 del Código Penal Federal, para aplicar la punibilidad. La tentativa punible consiste en que el sujeto activo ha empezado los actos de ejecución y no puede concluirlos por causas ajenas a su voluntad, por cualquier motivo, uno podría estar dado porque lo detuvieron en flagrancia, o porque la víctima logró huir, pero la conducta reprochable conlleva punición (inferior al caso del delito consumado) dado que la intención sigue en pie, los fines siguen estando presentes, y sobre todo, porque los actos de ejecución tuvieron un comienzo que no pudo concluir, aunque quería lograrlo.

- **Concurso real de delitos:** (ejemplo, entre otros cuando ocurre la desaparición forzada y además otros como genocidio, trata de personas, tráfico de personas, violación, homicidio, con lesiones, con tortura feminicidio o cualquier otro) Concurso real o material significa que el sujeto activo comete varias conductas que generan varios resultados delictivos, todos estos serán sancionados penalmente. (Artículo 18 Código Penal Federal, "pluralidad de conductas con pluralidad de resultados")

- **Circunstancias de Tiempo, modo, lugar, ocasión:** Para analizar y acreditar cualquier delito, hay que ir cotejando los elementos típicos que lo describen para lograr que todos encuadren, hecho delictivo y tipo penal deben coincidir totalmente, y en caso de que, alguna característica típica no esté presente en el hecho, no podría considerarse delito. Encuadramiento perfecto, como anillo al dedo en cuanto a hecho-delito, y se debe analizar si el tipo penal exige, porque lo tiene en su descripción alguna de las cuatro circunstancias de tiempo-modo-lugar-ocasión, no siempre las cuatro están en la descripción, y para el caso que se analiza es la de ocasión de ser detenida la víctima y se niega información sobre su paradero, suerte etc., igualmente en ocasión del ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas (si es por parte de un servidor público) Respecto a las circunstancias de tiempo, lugar y modo no aplican ya que el tipo penal no las exige en su descripción.

- **Circunstancias que lo califican y atenúan:** Ambas circunstancias están presentes cuando el artículo 32 enumera las que lo "aumentan" y el artículo 33 las que lo "disminuyen" (el entrecorillado corresponde con la redacción exacta del tipo). Y ambos artículos aplican para cualquiera de estos delitos.

- **Elementos normativos:** son todos aquellos conceptos que están presentes

133 Además de la doctrina, es el Código Penal Federal el que define legalmente esta figura penal en su artículo 12 "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que debería evitarlo, si aquel no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente".

en la descripción y de carácter valorativo del juez, parecen obvios pero deben ser acreditados así que por mencionar los del artículo 27 son: el significado de desaparición forzada de personas, mismo que comprende el concepto de privar de la libertad a otro con fines específicos; el significado tiene el hecho de negar o abstenerse a reconocer tal privación de libertad; que significa no proporcionar informes sobre la víctima, su destino, su suerte, su paradero. Además, es esencial acreditar al juez el concepto de servidor público, los requisitos que conlleva en cuanto a nombramiento, la constancia que existe de tal calidad e igualmente el significado de “un particular” que comete este delito con la autorización, el apoyo, la aquiescencia del servidor público, saber el significado de apoyo-aquiescencia-autorización; el acusador tendrá que lograr convencer al juez con las pruebas pertinentes en cuanto a que tales conceptos se han puesto de manifiesto en los hechos delictivos que dieron lugar a su acusación.

- **Elemento subjetivo:** No necesariamente tiene que estar redactada la intención en los tipos penales, por ejemplo en homicidio “el que priva de la vida a otro”, es una redacción muy general, sin embargo se conoce que existen delitos que se cometen dolosamente y otros culposamente (no intención), existe un sistema de catálogo o “numerus clausus” en el Código Penal Federal que consiste en un listado que nos guía para saber los delitos que además del la modalidad de dolo, admiten forma culposa o no intencional. Si estudiamos ese catálogo comprobaremos que ninguno de los delitos de esta ley admite forma culposa, quiere decir que todos son de modalidad intencional, y para este caso se trata de delitos de dolo específico, cuando el propio tipo penal requiere la intención manifiesta de privar de la libertad con el fin abstenerse o negarse a reconocer que tiene privada a la víctima de su libertad y negarse a dar informes sobre la misma, su suerte, destino, paradero. No se trata de una simple privación ilegal de la libertad, o quizá el primer acto fue una privación legal, pero posteriormente se persigue algo, (negar que está preso) no se trata de buscar pedir un rescate, ni mantenerlo como rehén o infligir cualquier tipo de daño, el delito conlleva algo más concreto y específico, negarse a reconocer que está preso, negarse a dar razón sobre el paradero o situación de la víctima, dejándola desamparada, fuera del alcance de su familia y resto de su círculo de amigos, compañeros de trabajo, o sea, sin posibilidad de contar con recursos legales para hacer valer sus derechos.

- **Causas de exclusión:** la ley de manera expresa prohíbe alegar causas de justificación, para ello consulte el artículo 17 en sus tres supuestos, porque siguiendo la doctrina y las convenciones internacionales, se establece que las órdenes (obediencia debida) siendo ilícitas no se justifican, tampoco es justificable alegar emergencias políticas o del Estado ni situaciones de guerra o urgencia; incluso es muy importante que se considere que se apoya legalmente a quien

se rehúsa a cumplir alguna orden que implique el y los delitos de esta ley.

- **Excusas absolutorias:** La ley no señala ninguna de manera expresa, ni en este tipo penal que analizamos ni en el resto, en todo caso se excusará de encubrimiento a alguna persona ligada por vínculos de parentesco, (los que expresamente se señalan en el Código Penal Federal¹³⁴ o para delitos locales en los códigos penales de los Estados) siempre que no haya intervenido para nada en el delito de desaparición. Caso muy representativo de la vida real, ocurre cuando una madre o un padre encubren al hijo o hija, ayudándolo a esconderse o a huir, pero se ha demostrado que sus progenitores no tuvieron ningún tipo de intervención en el delito. O casos donde el padre o madre no está obligado a declarar en contra del hijo o hija.

- **Punibilidad:** Aunque se trata de penas severas, que pueden ser hasta de sesenta años de cárcel, (en caso de que no se apliquen las agravantes), además de las penas pecuniarias y las sanciones administrativas, éstas, desafortunadamente no tienen el efecto intimidante para quien comete el delito. El control social formal, que consiste básicamente en la aplicación de la ley, no ha sido suficiente, porque faltan políticas públicas disímiles para frenar este y otros tantos delitos. Una primordial: que las Fiscalías Especializadas en este delito hagan lo que deben, cuenten con equipos de trabajo de alto perfil, ética y valores comprobados y que no se dejen llevar por la corrupción. Aunque la ley establece un capítulo dedicado a la prevención, programación y capacitación, en la práctica no ha resultado suficiente.

Reparación del daño como derecho humano.

El derecho constitucional de las víctimas a la reparación del daño material y moral previsto en el artículo 20-C esta ampliado con creces en el texto de la ley analizada, siendo que puede ampararse en caso de que no se le respete, además de acudir a las instancias de Derechos Humanos mexicanas e incluso a instancias internacionales como la Corte Interamericana De Derechos Humanos.

V. Perfil del criminal.

Innumerable bibliografía en Psicología, Victimología, Sociología y otras exponen desde diferentes puntos de vista la necesidad de la atención y tratamiento a las víctimas del delito de desaparición forzada de personas, sin embargo, poca bibliografía se ha centrado en estudiar el perfil criminológico del sujeto activo de este delito.

134 Hay que recordar que el Código Penal Federal o los códigos locales (para delitos locales) aplican supletoriamente para los supuestos que no estén expresamente establecidos en esta ley. El delito de encubrimiento plantea la excusa absolutoria que se comenta, por ejemplo, en el artículo 400-a,b,c.

Como ya se ha expuesto, existen diferentes tipos de desapariciones de personas, unas se excluyen de este tema por haber ocurrido de manera voluntaria cuando personas cambian de ciudad porque no quieren volver a encontrarse con sus familiares y conocidos, otras ocurren producto del delito de secuestro cuyos fines están tipificados en la ley relativa a esa materia, otra manera de desaparecer a alguien ocurre para sometimiento de la víctima al delito de trata de personas en cualquiera de sus modalidades como la esclavitud, el servilismo, la explotación laboral, sexual, tráfico de órganos, reclutamiento de jóvenes o cualquier otra persona para nutrir los grupos de delincuencia organizada, o también puede ser con el fin de para privarlos de la vida. Desaparecen migrantes que son ultimados por el propio traficante de personas o por dejarlos abandonados en condiciones donde es imposible ser localizados, porque los vendieron a tratantes.

Sin embargo, el delito de desaparición forzada de personas cuando lo comete un servidor público o un particular que intervenga en este delito, y se inicia a partir de la detención de la víctima, sea una detención legal o arbitraria y a posteriori deja de tener contacto con sus familiares y resto del círculo social, laboral, estudiantil que lo rodea. Puede ser torturado¹³⁵ o no, luego de su detención, a continuación, el perfil del criminal¹³⁶ que se dedica a este tipo de delito:

- **Inintimidabilidad.** Porque no temen a nadie ni a nada, la ley no les importa, se sienten protegidos por las instituciones a las que pertenecen, sienten el apoyo de sus superiores, esto se relaciona con el concepto de impunidad. Tanto quien da la orden para detener a la víctima como quien obedece se siente protegido. Nada ni nadie les infunde miedo.
- **Agresividad.** Por la temibilidad que destilan ante la ciudadanía, toda la sociedad les teme y ellos lo saben, cuando se saben invencibles e invulnerables al realizar estas acciones de detener y enclaustrar a alguien estando seguros de que no hay autoridad a la que tengan que rendir cuenta. Estos hechos pueden ocurrir con más violencia o menos.
- **Distorsión de los estándares de valores humanos.** Están convencidos que hacen lo correcto, no tienen sentido de culpabilidad, al contrario, sienten que están justificados porque creen que están haciendo lo correcto, alegando razones de "seguridad nacional", venganza o cualquier otra como querer ascender, colgarse méritos y medallas, en muchos casos sus propios superiores se han encargado de que así lo asimilen. Superiores jerárquicos que manipulan a sus inferiores e incluso superiores jerárquicos que, con extrema frialdad afectiva, que no se han sensibilizado con la situación de vulnerabilidad de alguien en ca-

135 <http://menteactivaandresbello.blogspot.com/2008/08/aspectos-psicologicos-de-la-conducta-del.html>

136 Panchy V, G. Antonio. (2022). Pautas Criminológicas para hacer un diagnóstico de la Maldad. Editorial Sello BKS. México. Pág. 102

lidad de detenido. Carencia de ética, honradez y humanismo, porque los que así se conducen tienen inversión en cuanto a la escala de valores, creen que lo que hacen es lo correcto, para salvar a la sociedad de personas “no convenientes”.

- Indiferencia afectiva, carencia de piedad, el desprecio total hacia la condición humana, no les importa que alguien sufra en esta detención y enclaustramiento en una celda u otro lugar de detención sin tener el más mínimo derecho humano a comunicarse con el mundo exterior, para ellos es divertido (mucha adrenalina) detener y privar de la libertad a cualquier víctima, sensación de ser super héroes y salvadores del orden.

- Egocéntricos e inmaduros, se creen el centro del universo usando y abusando del poder que les da su cargo y funciones (ya sea el que da la orden como el que la ejecuta) lo ejercen desmedidamente, sin plantearse que hay derechos inalienables de cualquier persona detenida a saber mínimo por qué se le detiene, contar de inmediato con abogado defensor, avisar a sus familiares o personas de confianza, recibir un buen trato.

- Dogmáticos, pues para ellos la orden es un dogma “sagrado”, que se cumple sin cuestionársela. Baja capacidad de conciliación, diálogo, ni concesiones al que consideran su enemigo (la víctima del delito), pues por encima de todo esta su errado rol de “salvadores” de la sociedad y defensores del orden. Ser “esclavo de sus superiores y de sí mismo”¹³⁷ (algunas características del perfil criminológico del torturador son comunes al perfil del que desaparece forzosamente a personas, consulte el informe de la O.M.S. de 1986 sobre violencia organizada)

La peligrosidad, o la mayor o menor proclividad o inclinación a cometer delitos, es un concepto muy polémico porque ha sido criticado unas veces y otras aceptado, data del siglo XIX, expuesto en ese entonces por Rafael Garófalo¹³⁸, se compone de dos elementos expuestos por el Doctor Rodríguez Manzanera¹³⁹, uno de los más destacados criminólogos mexicanos:

1. Capacidad criminal: “...los rasgos claros de antisocialidad en la personalidad, así, por ejemplo: a) egocentrismo, por la precocidad, el egoísmo, el rechazo al re-proche; b) labilidad, por la reincidencia, la falta de temor a la pena; c) agresividad,

137 <http://menteactivaandresbello.blogspot.com/2008/08/aspectos-psicologicos-de-la-conducta-del.html> Ver: características comunes entre el perfil del torturador y el perfil de quien desaparece forzosamente a la víctima, así como la existencia de tantos casos que comenzaron por la detención, luego la desaparición forzada y luego el delito de tortura.

138 Garófalo, R. (1998). Criminología. Traducción por Pedro Dorado Montero. México. Angel Editor. Pág. 94

139 Rodríguez Manzanera, L. (2009) Criminología Clínica. Tercera Edición. México. Porrúa. Pág. 241

por la facilidad de vencer obstáculos, el tomar riesgos; d) indiferencia afectiva, por la falta de remordimientos, la insensibilidad, crueldad, desprecio a la víctima”

2. Adaptabilidad al medio social, (más bien la inadaptabilidad) el sujeto, se toman en cuenta los aspectos dinámicos de la personalidad, así como la situación del sujeto, su status, el lugar que ocupa en la sociedad, el medio ambiente, así como sus aptitudes físicas, sensitivas, emocionales, intelectuales”

En el caso del tipo de delincuente que nos ocupa, se podría afirmar que su capacidad criminal es alta al igual que su adaptabilidad, por tanto, son personas de alta peligrosidad, de acuerdo con las características del perfil expuesto, sin embargo, será necesario que en cada caso se logre contar con el estudio clínico criminológico¹⁴⁰ pues arrojaría un resultado más objetivo e individual para valorar el pronóstico y probable tratamiento de reinserción.

Téngase en cuenta que hay variadas teorías sobre el comportamiento criminal y que ninguna es absoluta para explicar cada uno de los comportamientos delictivos, además de que cada comportamiento desviado se debe contextualizar en lugar y época determinada, verlo en la dinámica del sistema social donde ocurre, el contexto local, social e histórico no puede ser soslayado, y la realidad actual mexicana es la ausencia de políticas públicas adecuadas para perseguir los delitos en general, notándose mucha impunidad¹⁴¹ esto es aprovechado por los delincuentes cuando se les tolera intencionalmente por todas las instancias del gobierno.

Conclusiones

- La ley vigente y más específica para aplicar los delitos en materia de desaparición forzada de personas es la actual Ley General en esta materia, quedando relegados los tipos penales previstos en los códigos federal y de los Estados de la federación, siguiendo así el principio de especialidad del tipo penal.
- Las instancias de procuración y de administración de justicia tienen que aplicar las reglas de competencia establecidas en esta ley general, de manera preferente a las establecidas en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cumpliendo con el principio de especialidad y mencionado.
- No existe contradicción al afirmar que la naturaleza jurídica de la ley en estudio es administrativa, porque, aunque la gran mayoría de sus normas son de tal carácter, esto sin impedimento de que los jueces en materia penal ya sean

140 Muñoz Conde, F/ Hassemer, W. (2001). Introducción a la Criminología. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 45

141 <https://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-impunidad-en-el-contexto-de-la-desaparicion-forzada.pdf> fecha de consulta 15 de junio 2022

federales o locales en cada caso, impartan justicia aplicando los tipos penales y sus respectivas penas que aquí se encuentran establecidas.

- Las Fiscalías Especializadas resultan de gran ventaja, pues la ley exige que sus integrantes se acojan a los sistemas de selección, preparación, altos estándares éticos y técnicos; los programas de prevención incluyen metas e indicadores para la evaluación, la capacitación y los procesos de sensibilización de dicho personal, ante la gravedad de este delito y la situación vulnerable de las víctimas.
- Los fiscales y resto de los que intervienen en el proceso penal deben contar con el dominio de la dogmática penal, la metodología de análisis del delito y las estrategias y protocolos para la correcta acreditación y probanza del mismo ante el Tribunal o juzgado correspondiente.
- Que se promulgue de una vez el Código Penal Nacional, que tantos años lleva pendiente, para codificar este delito y el resto de los que están aún dispersos en disímiles leyes federales, generales, códigos locales y código penal federal. La unificación de todos los delitos en un mismo cuerpo penal sustantivo conlleva eficacia en la justicia y por ende disminución de la impunidad.
- El conocimiento del perfil del criminal, puede coadyuvar a lograr un mejor estudio clínico criminológico del sujeto criminal y por tanto la reinserción social del mismo.

Bibliografía

Obras impresas

Garófalo, R. (1998). Criminología. México. Angel Editor.

Gravinsky, A. (2014). El genocidio silenciado. Holocausto del pueblo armenio. Editorial Titivillus.

Jiménez, J. (2006). Elementos de Derecho Penal Mexicano. México. Porrúa.

Muñoz Conde, F/ Hassemer, W. (2001). Introducción a la Criminología. Valencia. Tirant Lo Blanch.

Panchy V. G, Antonio (2022). Pautas Criminológicas para hacer un diagnóstico de la maldad. México. Editorial Sello BKS.

Rodríguez Manzanera, L. (2009). Clínica Criminológica. Tercera Edición. Porrúa. México.

Fuentes electrónicas.

<https://www.redalyc.org/journal/509/50945652005/html/#:~:text=En%20M%C3%A9xico%2C%20la%20desaparici%C3%B3n%20forzada,Comit%C3%A9%20de%20Solidaridad%20y%20Derechos.> Robledo Silvestre, C. "Genealogía e Historia no Resuelta de la Desaparición Forzada en México", 2016. Fecha de consulta 15 junio 2022.

<http://menteactivaandresbello.blogspot.com/2008/08/aspectos-psicologicos-de-la-conducta-del.html> "Aspectos Psicológicos de la conducta del torturador". Autor Profesor Miguel Moreno Naranjo. fecha de consulta 16 de junio 2022

<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12028.pdf> "La desaparición forzada de personas en América Latina". Ana Lucrecia Molina. Fecha de consulta 17 de junio 2022

<https://cmdpdh.org/2012/08/efectos-psicosociales-de-la-desaparicion-forzada/> "Efectos Psicosociales de la Desaparición Forzada". Valeria Moscoso. Fecha de consulta 17 de junio 2022

http://revista.cleu.edu.mx/new/descargas/1604/articulos/Articulo07_Desaparicion_forzada_de_personas_en_mexico.pdf "La desaparición forzada de personas en México". Dalia Nonatzin Miranda Díaz. Fecha de consulta 17 de junio 2022

http://www.cuadernosdecrisis.com/docs/2018/numero17vol2_2018_2_Papel_del_psicologo_ana_isabel.pdf "El papel del psicólogo en los casos de desapariciones de personas. Ana Isabel Alvarez Aparicio. Fecha de consulta 17 de junio 2022

<https://www.cmdpdh.org/publicaciones-pdf/cmdpdh-la-impunidad-en-el-contexto-de-la-desaparicion-forzada.pdf> "La impunidad en el contexto de la desaparición forzada en México". Autores: José Antonio Guevara Bermúdez y Lucía Guadalupe Chávez Vargas.

<http://www.youtube.com> Prof. Claus Roxin. Conferencia "El autor detrás del autor"

<http://www.un.org>

<http://www.diputados.gob.mx>

EL *OUTSOURCING* Y LA COMODITIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN: DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO AL MIGRANTE MERCANCÍA

Autores//

Javier Ramírez Escamilla^{142*}

Francisco José Casahonda Rodríguez^{143**}

Resumen

Este artículo de investigación se divide en dos partes: La primera de ellas, tiene como propósito analizar la motivación por la que se implementó el régimen de subcontratación en México (*outsourcing*) en 2012, los artículos de la reforma y los efectos no deseados de la misma. Y la segunda de ellas, analizar la exposición de motivos de la reforma laboral de 2021 que prohíbe el *outsourcing* en México, el proceso de aprobación por el Congreso, y sus primeros efectos.

Abstract

This research article is divided into two parts: The first of them has the purpose of analyzing the motivation for which *outsourcing* was implemented in Mexico in 2012, the articles of the reform and the unwanted effects of the same. And the second one, to analyze the explanatory of reasons of the 2021 labor reform that prohibits *outsourcing* in Mexico, the approval process by Congress, and its first effects.

Palabras clave: Subcontratación, Comoditización, Trabajador, Migrante, Ley Federal del Trabajo.

Key Words: *Outsourcing*, Commodification, Worker, Migrant, Federal Labour Law.

I. Aproximación

Como ya se señaló en el título y resumen de este documento, este artículo de investigación tiene como propósito, por un lado, analizar la motivación, el contenido y los efectos de la reforma laboral de 2012 por la que se implementó el régimen de subcontratación laboral en México (*outsourcing*). Y el por otro, analizar la contrarreforma laboral de 2021 por la que se prohíbe el *o* en México, en particular: a) su motivación, b) su proceso de aprobación, y c) el análisis de sus primeros resultados.

142* Doctorando en Derecho por la Universidad La Salle (México). Correo electrónico: javierscamilla@hotmail.com

143** Licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública por la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: fjasahonda@politicas.una.mx

II. Metodología y marco teórico

Este artículo de investigación está cimentado en un enfoque *metodológico cualitativo* en cuanto trata de entender en su globalidad un *fenómeno social* de la vida cotidiana de grupos vulnerables como son los trabajadores mexicanos que, ante la precarización de los salarios, las condiciones de trabajo y falta de oportunidades en México deciden migrar a los Estados Unidos en busca del “Sueño Americano”.

Y, por otro lado, se complementa con el *método cuantitativo*, mediante un estudio de gabinete, a fin de verificar empíricamente, la veracidad de las afirmaciones hechas en la introducción de este artículo, a fin de construir una teoría explicativa susceptible de verificación.

Destacan para esta investigación los estudios realizados por Lelio Mármora¹⁴⁴ respecto de la desgovernabilidad migratoria y los efectos del grado de desarrollo en las causas de las migraciones internacionales en su obra *Las Políticas de Migraciones Internacionales*, en la que explica cómo las diferencias de desarrollo entre regiones y países y la demanda de la fuerza de trabajo alimentan los flujos migratorios actuales.

Los estudios realizados por Sassen¹⁴⁵ y Marroni,¹⁴⁶ respecto de la reestructuración mundial del capitalismo, que ha ensanchado la base de empleos precarizados, lo que ha alentado los flujos migratorios en el mundo, de tal modo que las fuerzas de expulsión en economías subdesarrolladas como la mexicana y las fuerzas de atracción en países desarrollados como los Estados Unidos de América, forman parte del mismo proceso económico global y migratorio.

Así como los estudios de Wendy A. Vogt,¹⁴⁷ que apuntan hacia un proceso de comoditización de la mano de obra migrante derivado de la lógica utilitarista del modelo neoliberal (globalización) que reduce a los migrantes a materia prima, insumos o de interés económico para el mercado laboral norteamericano.

144 MÁRMORA, Leilo, *Las Políticas de Migraciones Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002, versión actualizada.

145 SASSEN, Saskia, *Los espectros de la globalización*. Disponible en: <https://fce.com.ar/wp-content/uploads/2020/11/Sassen.pdf> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

SASSEN, Saskia, *Una Sociología De La Globalización*. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300001 Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

Profesora de Sociología en la Universidad de Chicago y en la London School of Economics.

146 GLORIA MARRONI, María da, *Migrantes al acecho en el neoliberalismo del siglo XXI*, en *Migraciones Internacionales en el siglo XXI, Un análisis desde una perspectiva crítica*, Coords. Ada Celsa Cabrera García y otros, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2019, págs. 97 a 118. Disponible en: <http://repositorio.uac.edu.co/bitstream/handle/11619/3940/Migraciones%20Internacionales%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

147 VOGT, Wendy A., *Crossing México: Structural violence and commodification of undocumented Central American migrants*, Indianapolis, *Journal of the American Ethnological Society*. Disponible en: <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/amet.12053> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

III. La reforma laboral de 2012 en materia de outsourcing

Motivación

Como ya se apuntó, el 30 de noviembre de 2012 se introdujo en México el régimen de subcontratación u *outsourcing* como una forma de relación laboral legal y permitida, al efecto, y para alcanzar el propósito de esta investigación, es indispensable revisar la Exposición de Motivos de la reforma, la que se publicó en la Gaceta Parlamentaria, año XV, número 3595-II, el martes 4 de septiembre de 2021, y que a la letra dice:

[...] después de realizar un exhaustivo análisis de los asuntos pendientes que requieren ser abordados con urgencia, se concluye que la modernización de la Ley Federal del Trabajo justifica con creces que este tema pueda ser puesto a consideración del Congreso de la Unión, a través de la Iniciativa Presidencial de Trámite Preferente.

En efecto, la necesidad de una reforma laboral ha estado en el debate público, por lo menos en los últimos 15 años, en los que se han realizado un sinnúmero de foros, coloquios, seminarios, mesas de diálogo y consultas populares, en los que se han discutido los principales temas en los que es indispensable avanzar, y se han identificado los beneficios que tendría la actualización del marco laboral. Esto sin contar los cientos de iniciativas que se han presentado, por las diversas fuerzas políticas, para tratar de reformar un ordenamiento que, en su momento, por el contenido de sus disposiciones, fue motivo de orgullo nacional, pues colocó a nuestro país a la vanguardia en el concierto internacional.

[...].

Prácticamente todos los diagnósticos serios coinciden en que es impostergable impulsar una reforma laboral como condición para avanzar hacia mejores niveles de bienestar, y que al mismo tiempo contribuya a favorecer los principios de equidad y no discriminación en las relaciones de trabajo.

Debemos recordar que esta Administración ha enfrentado uno de los entornos económicos más adversos de los que se tenga memoria, originado por la crisis internacional que se gestó a partir de 2008 y cuyo impacto más notorio ha sido el incremento del desempleo mundial.

[...].

Esta situación ha representado un enorme reto para retomar el crecimiento y la generación de empleos a nivel internacional, pero también en nuestro contexto nacional.

En los últimos diez años, nuestra Población Económicamente Activa se ha incrementado prácticamente en diez millones de personas. Si esto lo sumamos al efecto de la crisis internacional; a la contingencia sanitaria de 2009, y al cambio en el flujo migratorio entre México y Estados Unidos, en el que un menor número de mexicanos viajan a ese país y un número creciente están regresando a México, tenemos que no sólo hay más competencia por los puestos de trabajo, sino que además tuvimos que recuperar más de 700 mil empleos que se perdieron durante la parte más dura de la crisis.

[...].

La crisis internacional afectó especialmente a los jóvenes en todo el mundo. De acuerdo con cifras de la OIT, los jóvenes de 15 a 24 años son casi tres veces más propensos a estar desempleados, que los adultos.

En los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), los jóvenes registran tasas de desempleo del doble o hasta del triple que las de la población adulta. El promedio de desempleo juvenil entre los miembros de esa organización es de 17%, frente a 8% de la población adulta.

En México, desafortunadamente, la situación no es distinta. Una de cada tres personas en la Población Económicamente Activa tiene entre 14 y 29 años. Sin embargo, más de la mitad de los 2.4 millones de desocupados son jóvenes. Mientras que, al primer trimestre de este año, la Tasa de Desocupación Nacional en general fue de 4.9 por ciento, la de jóvenes era casi del doble, 8.4%.

Otro grupo poblacional que tiene dificultad para acceder al empleo en nuestro país es el de las mujeres. A pesar de que más de la mitad de la población en México son mujeres, solamente representan el 38% de la Población Económicamente Activa.

El tema del desempleo fue objeto de análisis y discusión en el marco de las reuniones de los ministros de Trabajo de los países que integran el G20, que es un foro de cooperación y de consulta principalmente en temas relacionados con el sistema financiero internacional, cuya presidencia correspondió a nuestro País este año.

[...].

Una conclusión fundamental de este foro se refiere a la urgente necesidad de ofrecer a la población y, en especial a los jóvenes, empleos de calidad, lo cual implica impulsar reformas estructurales, en total apego a los principios y dere-

chos laborales fundamentales, ya que éstas tienen un papel principal en el objetivo de elevar el crecimiento económico para generar oportunidades laborales, movilidad y empleos.

El acceso al mercado de trabajo no es el único reto para la política laboral. Tenemos también el reto de que los empleos que se generen sean formales; es decir, con prestaciones y plenos derechos para los trabajadores.

[...].

Ante este escenario se necesita construir el andamiaje jurídico para que la modernización de la Ley Federal del Trabajo logre dos objetivos fundamentales: primero, promover la generación de más empleos y segundo, lograr que aquellas relaciones laborales que se desarrollan en la informalidad se regularicen y transiten al mercado formal.

Otra de las grandes prioridades para mejorar el desempeño de nuestro mercado laboral, consiste en brindar mayor certeza jurídica a los sectores productivos, a través de mejorar la impartición de justicia y la conciliación, pues ello contribuye a mantener un adecuado equilibrio entre los factores de la producción.

[...].

La política laboral que proteja los derechos de los trabajadores también debe traducirse en mayor productividad, que es sin duda la mejor vía para elevar los ingresos y el bienestar de los trabajadores y hacer más rentables y competitivas a las empresas.

El Foro Económico Mundial situó a México en el lugar 58 de 142 países en el Índice de Competitividad Global 2011 – 2012, por debajo de países como Brasil, India y China.

Este Índice se divide en doce pilares, entre los que se encuentra el de la eficiencia del mercado laboral, en el que México sale peor calificado. Específicamente, pasamos del lugar 92 en 2007-2008, al lugar 114 en 2011-2012.

Esto se debe en buena medida, a que la Ley Federal del Trabajo no genera incentivos para asegurar el incremento de la productividad y la competitividad. En otro orden de ideas, se considera que los avances democráticos y de libertades que hemos podido construir en los últimos años, deben formar parte de la vida cotidiana de las organizaciones sindicales. Hoy más que nunca se requiere construir un entorno que favorezca la transparencia, la rendición de cuentas, y

el diálogo social entre los distintos actores del mundo laboral. Debemos encontrar fórmulas que sin violentar los principios de autonomía y libertad sindical otorguen a los trabajadores mayores elementos de juicio para que sean ellos quienes decidan el rumbo que sus propias organizaciones deben seguir.

[...]

Por las anteriores razones, se considera necesario reformar la Ley Federal del Trabajo, pero sin que ello implique abandonar los derechos reconocidos en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁴⁸

Del análisis de la exposición de motivos de la reforma laboral de 2012, se puede arribar a las siguientes afirmaciones:

El marco legal del trabajo en México no responde a la realidad del mercado regional y global, ya que las condiciones en las que fue confeccionado datan del siglo pasado y se encuentra rebasado por la realidad imperante.

La crisis internacional de 2008 y la contingencia sanitaria de 2009 produjeron un cambio del flujo migratorio entre México y los Estados Unidos -en esos años-, reduciendo el número de mexicanos que migran a los Estados Unidos y aumentando el número de paisanos que regresan a México, demandando con ello la creación de nuevos y mejores empleos, y la pronta reacción de todos los actores del mercado laboral nacional y del gobierno federal.

La Tasa de Desocupación Nacional (TDN) que fue en 2012, en general del 4.9% y la de jóvenes de 8.4%, y que también afectó el acceso de las mujeres al empleo en nuestro país, resulta preocupante y debe ser atendida de inmediato. También es urgente ofrecer a la población y en especial a los jóvenes, empleos de calidad, para lo cual es necesario impulsar reformas estructurales, en total apego a los principios y derechos laborales fundamentales.

México ha perdido competitividad de acuerdo con el Foro Económico Mundial que situó a nuestro país en el lugar 58 de 142 países en el Índice de Competitividad Global 2011-2012, por debajo de países como Brasil, India y China

Finalmente, y de acuerdo con el Gobierno Federal, la rigidez del marco jurídico laboral es la causa principal por la cual el mercado laboral no ha tenido la capacidad de generar más empleos y absorber los incrementos en la TDN. Por lo cual, se requieren las presentes reformas, sin transgredir los derechos laborales y sin violentar los principios de autonomía y libertad sindical hasta el día de hoy conquistados.

148 CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, año XV, número 3595-II, martes 4 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2012/sep/20120904-II.html> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

Decreto

A continuación, se reproducen los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo que regulan directamente el *outsourcing*, tercerización o subcontratación de 2012 a 2021, en México ¹⁴⁹:

• **Artículo 15-A.** El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

Este tipo de trabajo deberá cumplir con las siguientes condiciones:

- a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
- b) Deberá justificarse por su carácter especializado.
- c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

• **Artículo 15-B.** El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

• **Artículo 15-C.** La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

• **Artículo 15-D.** No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley. ¹⁵⁰

149 DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley federal del trabajo, DOF, 30 de noviembre de 2021. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5280815&fecha=30/11/2012 Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

150 DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el... Ob. Cit. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codi-

Como podemos observar, de los artículos de la reforma se puede señalar que el legislador reconoce la realidad existente del régimen de subcontratación carente de regulación hasta entonces. Que el objetivo de regular el régimen de subcontratación es evitar la evasión del cumplimiento de obligaciones patronales. Por lo tanto, establece la responsabilidad solidaria entre el patrón y los intermediarios, en las obligaciones contraídas con los trabajadores, y para ello, determina que el contrato que regule esa relación debe revestir la formalidad de constar por escrito. Y finalmente, estipula la obligación de supervisión en la beneficiaria, frente a la contratista, en relación con la capacidad económica, las obligaciones de seguridad social, salud y medio ambiente en el trabajo.

Efectos

Desafortunadamente, durante la vigencia de estos artículos (artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D de la Ley Federal del Trabajo), los efectos de la introducción de la subcontratación en México fueron mayormente perjudiciales y representaron una grave afectación a los derechos de los trabajadores y a la hacienda pública, de entre los que se pueden resaltar¹⁵¹:

• Afectación de los trabajadores

En su registro de Seguridad Social con salarios menores a los que realmente perciben, así como:

- a) Afectación en su pensión.
- b) Afectación al fondo de vivienda.
- c) Menores liquidaciones e indemnizaciones frente a despidos, afectación a las licencias de maternidad, accidentes e incapacidades.

• Simulación en la relación laboral respecto a quién es el verdadero patrón

- a) Estabilidad en el empleo.
- b) Pago de reparto de utilidades (el 10%).
- c) Impide la organización libre de los trabajadores y la negociación colectiva, y, por ende, la mejora salarial.
- d) Antigüedad.

• Afectación a la hacienda pública

- a) Evasión de impuestos y defraudación fiscal, afectando los servicios públicos.
- b) Evasión de cuotas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), afectando la calidad de los servicios de salud.

go=5280815&fecha=30/11/2012 Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

151 LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, Iniciativa para regular subcontratación ilegal. Conferencia presidente AMLO. En YouTube. 12 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DUQj2IRVzW0> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

c) Evasión de cuotas del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) reduciendo los créditos de vivienda.

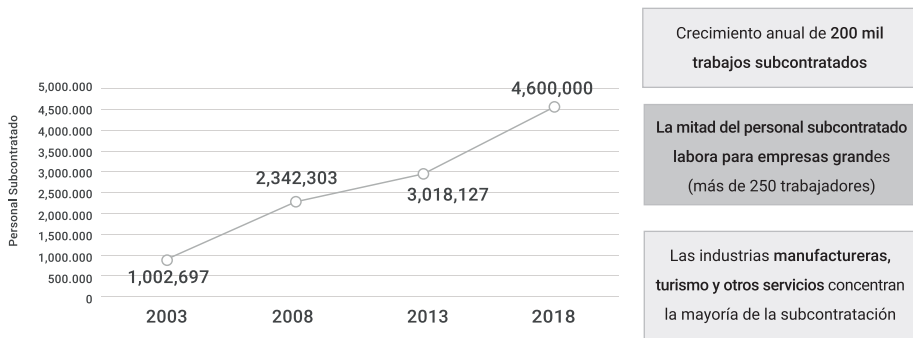
- **Afectación a empresas que sí cumplen**

Competencia desleal al abaratar artificialmente el costo de la mano de obra, tanto por lo que pagan al trabajador como por la evasión de impuestos y cuotas de Seguridad Social.

- **Efectos de la Reforma Laboral de 2012**

Reforma Laboral 2022

En la Reforma Laboral 2012 se introdujo la figura de la subcontratación con restricciones que no funcionaron, por lo que se ha exponenciado el abuso de la figura.



Fuente: Cortesía, diapositiva 2. Efectos de la Reforma Laboral de 2012

IV. La expulsión de la fuerza de trabajo mexicana hacia los Estados Unidos en busca de mejores oportunidades

Como ya se mencionó, la reforma laboral de 2012 por la que se introdujo el régimen de subcontratación (*outsourcing*) provocó los efectos adversos, no solamente abaratando la fuerza de trabajo mexicana, sino también, afectando gravemente los derechos y las condiciones de trabajo. Veamos en qué medida ello contribuyó a la expulsión de la fuerza de trabajo mexicana con rumbo a los Estados Unidos.

De acuerdo con el documento intitulado “Factores, patrones y flujo migratorio de México hacia Estados Unidos” publicado en la página oficial de la Cámara de Diputados:

Los factores que explican el complejo sistema migratorio de México hacia Estados Unidos se pueden agrupar en tres grandes categorías: a) los vinculados con la oferta-expulsión de fuerza de trabajo (por ejemplo, la insuficiente dinámica de la economía nacional para absorber el excedente de la fuerza de trabajo), así como la necesidad de buscar salarios más atractivos; b) los asociados con la demanda–atracción (por ejemplo, la evolución de los sectores agrícola, industrial y de servicios de la Unión Americana y la demanda de fuerza de trabajo migrantes que ejercen, incluidas las leyes que regulan el ingreso y permanencia de los extranjeros en territorio norteamericano); y c) los numerosos factores sociales que ligan a los migrantes con la familia [...].

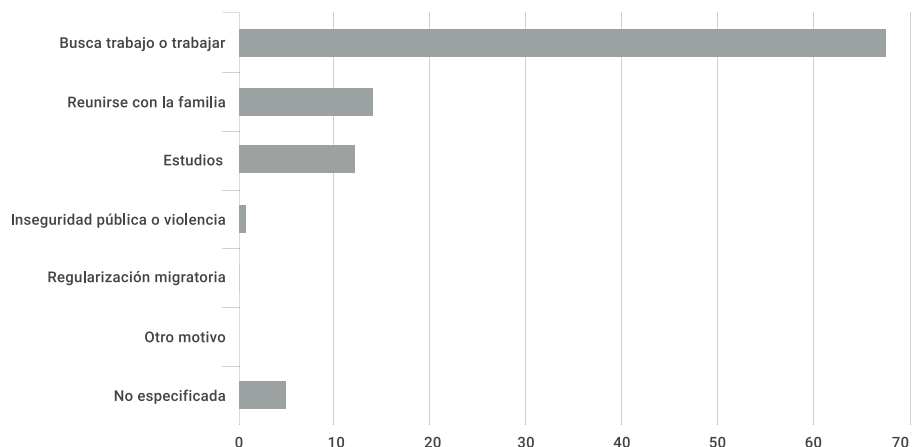
Diversos autores sostienen que los factores vinculados con la oferta-expulsión cada vez son más cruciales, sobre todo a partir de la década pasada, debido a la incidencia de factores tales como el acelerado crecimiento de la fuerza de trabajo mexicana, la profunda reestructuración de la economía mexicana, las crisis recurrentes que ésta ha experimentado en los últimos tres lustros y las devaluaciones constantes del peso, los cuales han influido negativamente sobre el empleo y los salarios de los trabajadores mexicanos, aumentando las ganancias esperadas de la migración e intensificando las presiones migratorias hacia Estados Unidos.

La población mexicana y de origen mexicano en Estados Unidos representa alrededor del 60% de la población hispana. [...].

La población mexicana y de origen mexicano se distribuye a lo largo y ancho del territorio estadounidense, aunque con una desigual participación en las entidades federativas de la Unión Americana. En solo una docena de estados reside casi 90% de ellos: California (41%), Texas (25%), Illinois (6%), Arizona (5%), Colorado (2%), Florida (2%), Nuevo México (2%), Washington (2%), Nevada (1%), Georgia (1%), Nueva York (1%) y Carolina del Norte (1%). [...].¹⁵²

Lo anterior se puede corroborar fácilmente consultando la *Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica de 2018*, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía INEGI, en la que se destaca que la causa más importante para emigrar hacia los Estados Unidos es fundamentalmente **buscar trabajo o trabajar (67.7%)**, seguida por la reunificación familiar (14.1%) y la realización de estudios (12.2%):

152 CÁMARA DE DIPUTADOS, Factores, patrones y flujo migratorio de México hacia Estados Unidos. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/econycom/analpob/factore.htm> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.



Notas y Llamadas: De agosto de 2013 al 5 de octubre de 2018

Fuente: INEGI Encuesta Nacional de la Dinámica Demográfica 2018

*Fuente: Cortesía, tabla 1. Distribución porcentual de emigrantes internacionales por causa de la emigración 2018.*¹⁵³

Así como con la siguiente tabla, en la que se comparan los números de la población emigrante entre 2000, 2010 y 2020, elaborada por el INEGI, tomando como fuentes: el Censo General de Población y Vivienda 2000, el Censo de Población y Vivienda 2010 y, el Censo de Población y Vivienda 2020.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)

Población total inmigrante, emigrante y saldo neto migratorio por entidad federativa, años censales de 2000, 2010 y 2020:

¹⁵³ INEGI, Encuesta Nacional de la dinámica Demográfica de 2018. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/migracion/>
Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

Entidad federativa	2000	2010	2020
	Emigrante	Emigrante	Emigrante
Estados Unidos Mexicanos	17 220 424	19 747 511	21 611 963
Aguascalientes	116 039	136 354	144 612
Baja California	127 074	185 457	211 540
Baja California Sur	29 883	33 074	42 130
Campeche	89 223	109 734	141 018
Coahuila de Zaragoza	425 338	434 617	438 541
Colima	78 375	93 157	114 254
Chiapas	336 140	491 919	678 362
Chihuahua	202 864	243 052	259 407
Ciudad de México	4 457 713	5 207 907	4 955 432
Durango	447 731	461 229	464 734
Guanajuato	669 729	657 513	646 602
Guerrero	655 538	713 735	966 482
Hidalgo	579 937	618 008	654 244
Jalisco	726 021	804 674	841 477
México	654 711	939 141	1 344 291
Michoacán de Ocampo	909 120	939 387	953 793
Morelos	143 964	171 085	220 687
Nayarit	204 431	231 081	244 381
Nuevo León	228 453	250 421	268 647
Oaxaca	843 317	919 145	1 030 645
Puebla	884 670	999 476	1 080 205
Querétaro	174 955	201 307	211 297

Entidad federativa	2000	2010	2020
	Emigrante	Emigrante	Emigrante
Quintana Roo	34 139	55 003	88 963
San Luis Potosí	594 267	635 236	684 423
Sinaloa	468 353	603 265	656 351
Sonora	208 016	256 904	284 860
Tabasco	235 392	311 328	446 038
Tamaulipas	370 722	427 909	526 943
Tlaxcala	179 408	192 026	211 661
Veracruz de Ignacio de la Llave	1 350 282	1 611 089	1 990 971
Yucatán	271 734	300 624	305 166
Zacatecas	522 885	512 654	503 806

Fuente: Cortesía, tabla 2. Población total inmigrante, emigrante y saldo neto migratorio por entidad federativa, años censales de 2000, 2010 y 2020.¹⁵⁴

Si bien es cierto no es posible medir ni cuantificar de manera desagregada los efectos o el daño directo que el régimen de subcontratación laboral o *outsourcing* le asestó a México de 2012 a 2021, se puede afirmar con toda seguridad que, si la reforma de 2012 hubiera sido exitosa, hubiera mitigado la fuga de la fuerza de trabajo mexicana hacia a los Estados Unidos, con: a) buenos empleos, b) mejores condiciones de trabajo, y c) salarios más altos. Lo que sí sucedió, es que **1,864,452 mexicanos decidieron abandonar el país**, al pasar nominalmente la población total emigrante de 19,747,511 en 2010 a 21,611,963 en 2020.

La comoditización de la inmigración mexicana

Antes de hablar de la comoditización de la inmigración mexicana, es importante señalar que, para algunos autores, las teorías migratorias que sostienen el *carácter autónomo de los procesos migratorios*¹⁵⁵ en realidad impiden vislumbrar el papel de

154 INEGI, Población total inmigrante, emigrante y saldo neto migratorio por entidad federativa, años censales de 2000, 2010 y 2020. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Migracion_Migracion_01_426da5e7-766a-42a9-baef-5768cde4fca9&idrt=130&opc=t Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

155 Nota: las teorías migratorias que sostienen el carácter autónomo de los procesos migratorios son: a) desde el individuo: la

otros actores, tal es el caso de Fred Krissman,¹⁵⁶ quien considera que las teorías migratorias no ponen el acento en los verdaderos responsables de los flujos migratorios: los *empleadores*.¹⁵⁷

La historia del migrante ha estado presente a lo largo de los siglos en la figura del extraño o forastero, como *cuerpo extraño* que las sociedades y algunas comunidades de origen cerradas¹⁵⁸ se resisten a asimilar, y lo miran como “el Otro negativo”.

La presencia del migrante, el extraño o forastero tiene un doble significado: por un lado, se traduce en jugosas ganancias para los empleadores codiciosos; y, por el otro, en chivos expiatorios de gobiernos y agendas políticas fallidas destinadas al fracaso con la respectiva frustración de amplios sectores de la población receptora, tal y como está sucediendo actualmente con la administración *Biden-Harris* en los Estados Unidos.

Continuando con la hipótesis de Krissman, en el caso del sistema migratorio México-Estados Unidos, existen razones históricas de peso para afirmar que los responsables de los flujos migratorios y la comoditización de la inmigración mexicana son los empleadores norteamericanos.

En 1909, Porfirio Díaz y William H. Taff firmaron un convenio para exportar un millar de braceros mexicanos a Estados Unidos. La crisis de la mano de obra agraria durante la Primera Guerra Mundial condujo al reclutamiento de más de 70 mil braceros mexicanos entre 1917 y 1921. Más tarde, la carestía de la mano de obra no cualificada en el contexto de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Corea condujo a la creación del programa bracero, que se extendió desde 1942 hasta 1964, y a través del cual se reclutaron 4.6 millones de trabajadores mexicanos. Finalmente, en el marco de la Ley de Reforma y Control de Inmigración de 1986 se crearon los programas de visas H-2A y H-2B para hacer frente a problemas puntuales de carestía de mano de obra no cualificada.

Wendy A. Vogt, en su artículo *Crossing Mexico: Structural violence and the commodification of undocumented Central American migrants*, publicado en la *American Ethnologist*, *Journal of the American Ethnological Society*, de la Universidad de Indiana, nos explica lo que debemos entender por comoditización:

teoría clásica, la teoría neoclásica, la nueva economía de la migración laboral y, b) desde la comunidad: la teoría de redes migratorias, la teoría de la causalidad acumulativa y la teoría transnacional

156 KRISMAN, Fred, Sin Coyote Ni Patrón: Why the “Migrant Network” Fails to Explain International Migration, *International Migration Review*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/227506708_Sin_Coyote_Ni_Patron_Why_the_Migrant_Network_Fails_to_Explain_International_Migration Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

157 IZCARA PALACIOS, Simón Pedro y ANDRADE RUBIO, Karla Lorena, El desplazamiento de Migrantes Centroamericanos: de la migración subrepticia a la migración en masa, CDMX, Fontamara, 2020, pág. 95.

158 Nota: supremacismo blanco.

Para estas dinámicas son cruciales las formas en que los cuerpos de los migrantes, el trabajo, y las vidas se transforman en objetos útiles de intercambio y explotación. Yo sugiero que mientras se encaminan para convertirse en trabajadores productivos en el extranjero, los migrantes se transforman en tipos particulares de mercancías que pueden ganar y perder valor dentro de las condiciones locales. [...]. Como Lesley Sharp señala: “La comoditización consiste en la objetivación de alguna forma, transformando a las personas y sus cuerpos de una categoría humana a objetos de deseo económico” (2000: 293).¹⁵⁹

¿Qué significa lo anterior? Algo muy simple, si alguna vez el trabajador mexicano, en alguna etapa de la bonanza de la posguerra y del desarrollo estabilizador (1954-1970),¹⁶⁰ fue un ciudadano, un sujeto, un trabajador autónomo, tal y como lo describe Kant en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*,¹⁶¹ los gobiernos de las crisis, y en particular, los neoliberales lo despojaron de dicha autonomía, dignidad y felicidad, y lo obligaron a buscar mejores oportunidades fuera de su lugar de nacimiento.

El migrante-autónomo y migrante-mercancía

En este punto surgen dos tipos de migrantes: 1) el migrante-autónomo y, 2) el migrante-mercancía. Simón Pedro Izcara y Karla Lorena Andrade, nos describe con toda claridad su diferencia:

El migrante que cruza la frontera con sus propios recursos no es tan fácil explotable; como contraste, el migrante-mercancía¹⁶² rinde más en el trabajo porque es objeto de un mayor escrutinio: sólo son escogidos los individuos más sanos, robustos y productivos. Muchos polleros señalan que hay un incremento de las exigencias laborales en los últimos cinco años. Los migrantes padecen una situación cada vez más férrea de encarcelamiento y muchos son obligados a trabajar durante jornadas excesivamente largas. Estos niveles de sobreexplotación no serían posibles sin el auspicio del Estado, que favorece los intereses

159 VOGT, Wendy A., *Crossing México: Structural...*, Ob Cit., pág. 765. Disponible en: <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/amet.12053> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

160 Nota: De 1958 a 1970, el crecimiento promedio anual del producto interno bruto real (PIB) fue de 6.8%, mientras que la producción industrial creció 8% cada año. Se trata de un periodo que también fue de crecimiento para las economías desarrolladas, de 4% anual en términos per cápita, con una inflación de solamente 3.3% en promedio. Fue una suerte de época de oro del capitalismo, de la que México pudo participar gracias a sus políticas económicas internas.

161 KANT, M., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisisa-de-las-costumbres-0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

162 Nota: aquél por el cual el empleador paga para que se lo lleven ilegalmente a los Estados Unidos a trabajar.

de los empleadores. [...].¹⁶³

VI. Exposición de motivos de la iniciativa de reforma que prohíbe el régimen outsourcing, tercerización o subcontratación laboral en México y sus primeros resultados

La reforma en materia de trabajo de 2021 que prohíbe el régimen de outsourcing, tercerización o subcontratación laboral en México, pretende devolverle algo de esa dignidad y autonomía perdida a los trabajadores mexicanos, revisemos la exposición de motivos de la reforma.

Exposición de motivos

Históricamente el derecho del trabajo se ha ido adaptando a las nuevas formas de relación entre la persona trabajadora y el patrón. Los cambios en las empresas y en el contexto económico han derivado en una multiplicidad de modalidades de la relación laboral.

En la actualidad, el régimen de contrataciones laborales ha visto surgir una nueva peculiaridad dotada de una naturaleza y características propias, la subcontratación [...].

Sin embargo, la práctica de este régimen laboral no ha estado exenta de prácticas abusivas o simuladas en perjuicio de los derechos de los trabajadores. Esta situación ya ha sido materia de estudio, desde finales del siglo XX, por parte de la Organización Internacional del Trabajo, organismo que, en el año de 2006, emitió la Recomendación 198 Sobre la Relación de Trabajo (R198), mediante la cual propuso a los Estados instrumentar una política nacional de protección efectiva de los derechos de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

Por otra parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024, señala que el objetivo más importante del actual gobierno es que en 2024, la población de México esté viviendo en un entorno de bienestar. [...].

A fin de lograr el objetivo antes mencionado, con la referida iniciativa se reforma, se buscaba fortalecer el empleo, lo que se conseguiría con una política que eliminara aquellas prácticas que dañan los derechos laborales de las personas trabajadoras y que disminuyeran las obligaciones de los patrones para reconocer sus prerrogativas.

Lo anterior, al prohibir la subcontratación de personas y establecer reglas precisas a fin de que las personas físicas o morales contraten únicamente la prestación de servicios de carácter especializado o la ejecución de obras especializadas, erradicando

163 IZCARA PALACIOS, Simón Pedro y ANDRADE RUBIO, Karla Lorena, El desplazamiento de..., Ob. Cit., pág. 98.

de este modo prácticas que operan en la actualidad, a través de diversas formas de simulación en perjuicio de las personas trabajadoras y del erario público.

Ley Federal del Trabajo

Con la finalidad de actualizar el marco que rige el derecho del Trabajo, la figura de la subcontratación se incorporó mediante la reforma a la Ley Federal del Trabajo, publicada el 30 de noviembre de 2012 en el Diario oficial de la Federación al regularse en los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D de la misma.

Sin embargo, la mencionada reforma a la Ley Federal de Trabajo resultó insuficiente para evitar las prácticas indebidas de algunos patrones, con consecuencias en material laboral, de seguridad social, fiscal y penal, implicando a su vez la proliferación y crecimiento de grupos de empresarios que han incrementado esquemas de subcontratación simulada, tales como:

- La traslación de trabajadores de una empresa contratante a otra creada expreso (contratista), con el único fin de que esta última se encargue del manejo y pago de nóminas bajo condiciones distintas y menos favorables que aquellas que rigen para las personas trabajadoras de la contratante.
- La realización de actividades laborales similares en beneficio de la contratante mediante esquemas de simulación, por lo que las personas trabajadoras de la contratista no se encuentran bajo la dependencia de la contratante y por ende de su nómina, misma que es cubierta por la contratista.
- Las actividades laborales preponderantes para el contratante siguen siendo las mismas que las realizadas por las personas trabajadoras del contratista, pero las que las realizan no forman parte del primero.
- Se registra a las personas trabajadoras con un salario menor al que perciben, lo que ocasiona que su jubilación sea calculada conforme al salario registrado ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y no con el salario que realmente perciben.
- Se dan de alta a las personas trabajadoras con un salario inferior al que realmente perciben, con lo que se comete un fraude a la seguridad social.

Dichos mecanismos de simulación de la relación laboral ocasionan, además, un menoscabo al Fisco Federal con la expedición de facturas que surgen de la simulación, así como eludiendo el cumplimiento de las responsabilidades y cargas de seguridad social connaturales a toda relación de trabajo.

Los esquemas de subcontratación que derivan en afectaciones directas a los derechos laborales de las personas trabajadoras también tienen un impacto en el derecho a la vivienda. Estos esquemas inciden en elementos fundamentales que afectan tanto el acceso a financiamiento, como la capacidad de pago de los derechohabientes y merman el ahorro financiero de largo plazo de los mismos.

Recientemente, este modelo de contratación, aunado a la crisis suscitada por la pandemia originada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), provocó que se desatara una serie de despidos masivos de personas trabajadoras por parte de algunos patrones. Esta práctica se facilitó dado que gran parte de las personas trabajadoras en régimen de subcontratación cuentan con contratos laborales por tiempo determinado.

El permitir la proliferación en el uso de la subcontratación, daña los derechos laborales que protegen a las personas trabajadoras y disminuye de manera significativa las obligaciones de los patrones para reconocer dichas prerrogativas. De ahí, la importancia de la propuesta, la cual radica en prohibir la subcontratación de personal y establecer de manera muy precisa las reglas con las cuales las empresas podrán contratar, única y exclusivamente, la prestación de servicios especializados o la ejecución de obras especializadas, erradicando así la operación de las personas físicas o morales mediante diversas formas de simulación en detrimento de los trabajadores y el Fisco Federal.

[...]

En consecuencia, derivado de las modificaciones realizadas a la Ley Federal del Trabajo, se propone reformar la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Código Fiscal de la Federación, la Ley del Impuesto sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado, con la intención de armonizar la legislación con los cambios propuestos, esto con el afán de reconocer y proteger los derechos laborales y seguridad social de los trabajadores, así como a la hacienda pública.¹⁶⁴

Como se puede observar, la causa determinante de la reforma laboral de 2021 que prohíbe el régimen de subcontratación laboral (*outsourcing*), tiene como objetivo terminar con los abusos y simulaciones cometidas por nomineras y factureras, y cuyas prácticas dañaron no solamente el valor real del salario, las condiciones del trabajo, las prestaciones, sino también la hacienda pública.

164 CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, Año XXIII, Número 5651-I, Palacio Legislativo de San Lázaro, 12 de noviembre de 2020. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/nov/20201112-I.pdf> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

Cabe señalar que la reforma no sepulta totalmente el *outsourcing*, sino que lo autoriza únicamente para el caso de que personas físicas o morales contraten únicamente la prestación de servicios de carácter especializado o la ejecución de obras especializadas.

Finalmente, y no se debe dejar pasar por alto, con la firma del T-MEC, en el capítulo laboral (artículo 23.3), los Estados Unidos y Canadá imponen a México, la presencia de inspectores laborales, a fin de elevar las precarias condiciones del trabajo en México y modificar de alguna manera el flujo migratorio de indocumentados mexicanos a sus territorios, cosa que nunca se menciona en la Exposición de Motivos en comentario.¹⁶⁵

Procedimiento de aprobación de la reforma

Tras la presentación de la iniciativa con proyecto de decreto del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley del Seguro Social, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del Impuesto Sobre la Renta y la Ley del Impuesto al Valor Agregado el 12 de noviembre de 2020, otros legisladores a la par presentaron sus iniciativas.

A falta de consenso entre los legisladores de la Cámara de Diputados de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal y de las iniciativas presentadas por otros legisladores,¹⁶⁶ se decidió aplazar su discusión y aprobación, y se abrió un proceso de consulta hasta alcanzar un buen acuerdo entre todas las partes involucradas.¹⁶⁷

Finalmente, y después de varios meses de trabajo, el 5 de abril de 2021, se llegó un acuerdo histórico en Palacio Nacional para llevar a cabo la reforma en materia de subcontratación. En este ejercicio democrático participaron diversas dependencias, sindicatos y las organizaciones empresariales que formaron parte de dicho esfuerzo.

Una vez concluido este ejercicio democrático, las *Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados* aprobaron el proyecto de dictamen el 13 de abril de 2021. Finalmente, la reforma fue promulgada por el presidente de la República la mañana del 23 de abril de

165 ROSALES ÁVALOS, Eliseo, T-MEC e inspectores laborales, *El Economista*, Sección Opinión, 15 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/opinion/T-MEC-e-inspectores-laborales-20191215-0043.html> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

166 CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria Anexo VIII, Año XXIV, Número 5758-VIII, Palacio Legislativo de San Lázaro, 13 de abril de 2021, págs. 2 a 10.

167 MILENIO, Conferencia matutina de AMLO, en YouTube, 23 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=OcA4PutQGIQ&t=4789s> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

2021 y publicada en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación.¹⁶⁸

Primeros efectos

De acuerdo con el artículo *Primero Transitorio* de la publicación antes señalada, la reforma entró en vigor al siguiente día de su publicación en el Diario Oficial de la Federación con excepción de lo previsto en los artículos Cuarto, Quinto y Sexto del presente Decreto, que entrarían en vigor el 1 de agosto de 2021, y lo previsto en los artículos Séptimo y Octavo del presente Decreto en el ejercicio fiscal 2022.¹⁶⁹

El 30 de julio de 2021, las *Comisiones del Trabajo y Hacienda* en la Cámara de Diputados, con 45 votos a favor y 10 en contra, aprobaron aplazar al 1 de septiembre, la entrada en vigor de los nuevos lineamientos de subcontratación.¹⁷⁰

El 1 de septiembre de 2021, entra en vigor la reforma al *outsourcing*, lo que significa que las empresas ya tuvieron que haber incorporado en su nómina a los empleados que tenían subcontratados.

Óscar de la Vega, abogado en Derecho Laboral, con más de 30 años de experiencia, asegura que esta reforma es muy extensa, pues abarca aspectos laborales, sindicales, fiscales, de prestaciones, de vivienda y de seguridad social. En lo que refiere al trabajador, añade, es benéfica. Por un lado, les da certeza legal y garantiza su derecho a la seguridad social. También asegura el reparto de utilidades, las prestaciones de ley, el reconocimiento a la antigüedad laboral y, sobre todo, la oportunidad de cotizar al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) con su salario real. “Esto los ayuda para que puedan acceder a un crédito de vivienda y también para obtener una cuenta Afore mayor, al momento de su retiro”.¹⁷¹

168 DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, CDMX, 23 de abril de 2021. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=04&day=23 Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

169 DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, DECRETO por el..., Ob. Cit. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=04&day=23 Fecha de consulta: Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

170 DE LA ROSA, Yared, Diputados aprueban en comisiones prórroga de un mes a reforma de *outsourcing*, Forbes Política, 30 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/aprueban-en-comisiones-prorroga-de-un-mes-a-reforma-de-outsourcing/> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

171 MALACARA, Nancy, ¿Listo para la reforma al *outsourcing*? Se acabaron las prórrogas, EXPANSIÓN, Expansión, 1 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://expansion.mx/carrera/2021/09/01/reforma-ley-outsourcing-fin-prorroga> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

El 6 de septiembre de 2021:

La Maestra Norma Gabriela López Castañeda, directora de Incorporación y Recaudación del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), informó que la entrada en vigor de la reforma en materia de subcontratación ya ha generado resultados positivos.

En el IMSS se preveía que, una vez finalizada la prórroga para la entrada en vigor de la reforma -el 1o de septiembre-, la migración de los trabajadores se iba a situar en un rango de 2.5 a 3 millones.

Hasta el momento, se ha registrado una migración de 2 millones 745 mil trabajadores, los cuales pasaron de los esquemas de subcontratación al patrón real, con un incremento salarial promedio del 12 por ciento; así, estos trabajadores pasaron de un salario base de cotización de 475.8 pesos a 532.7 pesos, y esto se logró sin prácticamente tener un impacto en la prima del seguro de riesgos de trabajo de las empresas. Esto es importante ya que esta reforma nunca se planeó para que tuviera un efecto recaudatorio.¹⁷²

El 20 de septiembre los empresarios se duelen sobre las reformas del *outsourcing*:

Mientras la clase trabajadora celebra las reformas que se realizaron a la Ley para regular el *outsourcing* o subcontratación, empresarios plantearon que las modificaciones no son equitativas y varios sectores se verán ahorcados por la sobre regulación. Y es que, con la entrada en vigor, las empresas tuvieron que haber incorporado en su nómina a los empleados que tenían subcontratados.

Para el trabajador le da certeza legal y garantiza su derecho a la seguridad social. También asegura el reparto de utilidades, las prestaciones de ley, el reconocimiento a la antigüedad laboral y, sobre todo, la oportunidad de cotizar al *Instituto Mexicano de Seguridad Social (IMSS)* con su salario real, esto le ayudará para que pueda acceder a un crédito de vivienda y también para obtener una cuenta Afore mayor, al momento de su retiro.

Lo negativo es que no todas las compañías tienen los recursos y la infraestructura para cumplir con la reforma, y contratar directamente a los empleados que tenía subcontratados.¹⁷³

172 COMUNICACIÓN SOCIAL, Migran 2.7 millones de trabajadores del outsourcing a empresas reales, IMSS, 6 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/389> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

173 FLORES, Danytza, Empresarios consideran inoportuna reforma que regula outsourcing, El Sol de Orizaba, 20 de septiembre 2021. Disponible en: <https://www.elsoldeorizaba.com.mx/local/empresarios-consideran-inoportuna-reforma-que-regula-outsourcing-secretaria-del-trabajo-y-prevision-y-social-7234054.html> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

El 29 de septiembre de 2021, el INFONAVIT informa:

Del 30 de abril al 7 de septiembre de este año, un total de 354 mil 503 trabajadores fueron registrados ante el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), como resultado de la reforma en materia de subcontratación laboral.¹⁷⁴

El 4 de octubre de 2021 trasciende que:

En el marco de las reformas contra el *outsourcing*, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) suscribió más de 12 mil convenios de pago a plazos que **permite a patrones la dispensa de la obligación de garantizar el interés fiscal**. Ello benefició a miles de trabajadores, familias y empresas pequeñas, medianas y grandes, informó Norma Gabriela López Castañeda, titular de la Dirección de Incorporación y Recaudación de la institución.

La funcionaria del IMSS indicó que así se promueve simultáneamente el cumplimiento voluntario en materia de seguridad social del pago puntual de las contribuciones obrero-patronales. Esta estrategia rectora del IMSS facilita la gestión de cargas patronales según la autorización del Consejo Técnico, aseguró la titular.¹⁷⁵

El 13 de octubre, El País, publica la investigación de Jon Martín Cullell, *Los claros-curos del primer mes sin subcontratación en México*:

Este ha sido el mejor mes de septiembre de la historia del IMSS con 174,000 nuevos empleos, de los cuales un 87% es permanente, ha revelado este martes el Gobierno. Faltan algo menos de 19,000 puestos de trabajo formales para recuperar los niveles anteriores a la pandemia. Aunque no todos los nuevos contratos tienen por qué ser de antiguos subcontratados, el economista jefe de BBVA, Carlos Serrano, apunta al impacto de la reforma. “Entre abril y mayo, hubo una caída en contrataciones, luego vino una recuperación que parecía ser lineal, y finalmente una discontinuidad muy importante cuando entra en vigor la ley”. El IMSS afirma, además, que hay un incremento promedio del 12% en los salarios.¹⁷⁶

174 LAURELES, Jared, Registran en Infonavit a más de 354 mil trabajadores tras reforma de subcontratación, La Jornada, 29 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/09/29/sociedad/registran-en-infonavit-a-mas-de-354-mil-trabajadores-tras-reforma-de-subcontratacion/> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

175 REDACCIÓN, IMSS logra más de 12 mil convenios contra outsourcing, CONTRALÍNEA, 4 de octubre de 2021. Disponible en: <https://contralinea.com.mx/imss-logra-mas-de-12-mil-convenios-contra-outsourcingnm> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

176 CULLELL, Jon Martín, Los claros-curos del primer mes sin subcontratación en México: “Suena bonito, pero cobro menos”, El País, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/mexico/2021-10-13/los-claroscuros-del-primer-mes-sin-subcon->

El 19 de octubre de 2021, la titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, Luisa María Alcalde, informó:

La migración de trabajadores del esquema de outsourcing a la nómina de las empresas sigue avanzando y hoy ya son más de 2 millones 900,000 trabajadores los que han formado parte de este proceso en México.¹⁷⁷

VII. A modo de conclusión

Como se ha podido demostrar, la reforma laboral de 2012 impulsada por el presidente Felipe Calderón Hinojosa en materia de subcontratación laboral en México (*outsourcing*), originalmente buscó: a) actualizar el marco legal de trabajo en México, b) responder al cambio del flujo migratorio entre México y los Estados Unidos generado por la crisis internacional de 2008 y la contingencia sanitaria de 2009, c) atender la Tasa de Desocupación Nacional (TDN) que fue en 2012, en general del 4.9% y la de jóvenes de 8.4%, y que también afectó el acceso de las mujeres al empleo, d) recuperar la competitividad de México en la región y a nivel mundial, y e) incorporar el régimen de subcontratación laboral a la marco nacional del trabajo sin violentar los principios de autonomía y libertad sindical hasta el día de hoy conquistados.

Desafortunadamente, la reforma laboral de 2012 en materia de *outsourcing* no solo no logró los resultados esperados, sino también implicó graves afectaciones a los trabajadores mexicanos, la hacienda pública y los empleadores que sí cumplían.

Frente a la grave erosión del salario en México y la precarización de las condiciones de trabajo, el flujo migratorio entre México y los Estados Unidos retomó su cauce normal, provocando que 1,864,452 mexicanos decidieron abandonar el país, al pasar nominalmente la población total emigrante de 19,747,511 en 2010 a 21,611,963 en 2020.

Que, con la reforma laboral de 2021, que prohíbe al *outsourcing*, se busca terminar con los abusos y simulaciones cometidas por *nomíneras* y *factureras*, y cuyas prácticas dañaron no solamente el valor real del salario, las condiciones del trabajo, las prestaciones, sino también la hacienda pública, así como también, cumplir con los compromisos contraídos en el T-MEC con los Estados Unidos de América y Canadá.

Intuitivamente, podemos afirmar que van a tener que pasar por lo menos un lustro para poder medir empíricamente los efectos reales de la reforma de 2021, también hay que reconocer que a esta medición habrá de impactar el SARS-CoV-2, la guerra entre Ucrania y Rusia y la recesión en los Estados Unidos en 2022.

tratacion-en-mexico-suena-bonito-pero-cobro-menos.html Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

177 GARZA, Brenda, Bye, bye: salen casi 3 millones de empleados del outsourcing, El Horizonte, 19 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.elhorizonte.mx/finanzas/bye-bye-salen-casi-3-millones-empleados-del-outsourcing/4049257> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

Finalmente, coincidimos con el presidente de la República, en el sentido de que las causas de la migración deben ser atendidas por los países de origen, para que quien migre, lo haga porque así lo quiere, y no por necesidad.

Bibliografía

Libros

CASTLES, Stephen y MILLER, Mark J., La era de la migración, México, D.F., Miguel Ángel Porrúa Editores, 2004.

IZCARA PALACIOS, Simón Pedro y ANDRADE RUBIO, Karla Lorena, El desplazamiento de Migrantes Centroamericanos: de la migración subrepticia a la migración en masa, CDMX, Fontamara, 2020.

KANT, M., Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Madrid, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres-0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2021.

MÁRMORA, Leilo, Las Políticas de Migraciones Internacionales, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2002, versión actualizada.

ROMERO ARANDA, Carlos, El outsourcing, tercerización o subcontratación laboral, CDMX, Thompson Reuters, 2021.

Artículos de investigación

CÁMARA DE DIPUTADOS, Factores, patrones y flujo migratorio de México hacia Estados Unidos. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/bibliot/publica/inveyana/econycom/analpob/factore.htm> Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021.

GLORIA MARRONI, María da, Migrantes al acecho en el neoliberalismo del siglo XXI, en Migraciones Internacionales en el siglo XXI, Un análisis desde una perspectiva crítica, Coords. Ada Celsa Cabrera García y otros, Puebla, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2019, págs. 97 a 118. Disponible en: <http://repositorio.uac.edu.co/bitstream/handle/11619/3940/Migraciones%20Internacionales%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2021.

KRISSMAN, Fred, Sin Coyote Ni Patrón: Why the "Migrant Network" Fails to Explain International Migration, International Migration Review. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/227506708_Sin_Coyote_Ni_Patron_Why_the_Migrant_Network_Fails_to_Expain_International_Migration Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021.

SASSEN, Saskia, Los espectros de la globalización. Disponible en: <https://fce.com.ar/wp-content/uploads/2020/11/Sassen.pdf> Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2021.

SASSEN, Saskia, Una Sociología de La Globalización. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300001 Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2021.

VOGT, Wendy A., Crossing México: Structural violence and commodification of undocumented Central American migrants, Indianapolis, Journal of the American Ethnological Society. Disponible en: <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/amet.12053> Fecha de consulta: 30 de noviembre de 2021.

Estadísticas

INEGI, Encuesta Nacional de la dinámica Demográfica de 2018. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/migracion/> Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021.

INEGI, Población total inmigrante, emigrante y saldo neto migratorio por entidad federativa, años censales de 2000, 2010 y 2020. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/interactivos/?pxq=Migracion_Migracion_01_426da5e7-766a-42a9-baef-5768cde4fca9&idrt=130&opc=t Fecha de consulta: 2 de diciembre de 2021.

DOF

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la ley federal del trabajo, DOF, 30 de noviembre de 2021. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5280815&fecha=30/11/2012 Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral, CDMX, 23 de abril de 2021. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/index_111.php?year=2021&month=04&day=23 Fecha de consulta: Fecha de Consulta: 8 de diciembre de 2021.

Gaceta Parlamentaria

CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria Anexo VIII, Año XXIV, Número 5758-VIII, Palacio Legislativo de San Lázaro, 13 de abril de 2021, págs. 2 a 10.

CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, Año XXIII, Número 5651-I, Palacio Legislativo de San Lázaro, 12 de noviembre de 2020. Disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2020/nov/20201112-I.pdf> Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2021

Internet

ARELLANO, Silvia, Banxico: ley de outsourcing puso freno al crecimiento, Milenio, 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.milenio.com/negocios/banxico-ley-outsourcing-puso-freno-crecimiento> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

COMUNICACIÓN SOCIAL, Migran 2.7 millones de trabajadores del outsourcing a empresas reales, IMSS, 6 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202109/389> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

CULLELL, Jon Martín, Los claroscuros del primer mes sin subcontratación en México: "Suena bonito, pero cobro menos", El País, 13 de octubre de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/mexico/2021-10-13/los-claroscuros-del-primer-mes-sin-subcontratacion-en-mexico-suena-bonito-pero-cobro-menos.html> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

DE LA ROSA, Yared, Diputados aprueban en comisiones prórroga de un mes a reforma de outsourcing, Forbes Política, 30 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/aprueban-en-comisiones-prorroga-de-un-mes-a-reforma-de-outsourcing/> Fecha de consulta: Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

FLORES, Danytza, Empresarios consideran inoportuna reforma que regula outsourcing, El Sol de Orizaba, 20 de septiembre 2021. Disponible en: <https://www.elsoldeorizaba.com.mx/local/empresarios-consideran-inoportuna-reforma-que-regula-outsourcing-secretaria-del-trabajo-y-prevision-y-social-7234054.html> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

GARZA, Brenda, Bye, bye: salen casi 3 millones de empleados del outsourcing, El Horizonte, 19 de octubre de 2021. Disponible en: <https://www.elhorizonte.mx/finanzas/bye-bye-salen-casi-3-millones-empleados-del-outsourcing/4049257> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

LAURELES, Jared, Registran en Infonavit a más de 354 mil trabajadores tras reforma de subcontratación, La Jornada, 29 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.jornada.com.mx/notas/2021/09/29/sociedad/registran-en-infonavit-a-mas-de-354-mil-trabajadores-tras-reforma-de-subcontratacion/> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

MALACARA, Nancy, ¿Listo para la reforma al outsourcing? Se acabaron las prórrogas, EXPANSIÓN, Expansión, 1 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://expansion.mx/carrera/2021/09/01/reforma-ley-outsourcing-fin-prorroga> Fecha de consulta: Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

MARTÍNEZ, Ana, Se reduce 27.5% el outsourcing en el sector bancario, La Razón, 4 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.razon.com.mx/negocios/reduce-27-5-outsourcing-sector-bancario-458253> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

REDACCIÓN BBC, Las imágenes de agentes fronterizos a caballo persiguiendo a migrantes en Estados Unidos que generaron polémica, 21 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-58633716> Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2021.

REDACCIÓN IMSS logra más de 12 mil convenios contra outsourcing, CONTRALÍNEA, 4 de octubre de 2021. Disponible en: <https://contralinea.com.mx/imss-logra-mas-de-12-mil-convenios-contra-outsourcingnm> Fecha de Consulta: 10 de diciembre de 2021.

ROSALES ÁVALOS, Eliseo, T-MEC e inspectores laborales, El Economista, Sección Opinión, 15 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/opinion/T-MEC-e-inspectores-laborales-20191215-0043.html> Fecha de consulta: 23 de junio de 2022.

YouTube

LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, Iniciativa para regular subcontratación ilegal. Conferencia presidente AMLO. En YouTube. 12 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=DUQj2IRVzW0> Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2021.

MILENIO, Conferencia matutina de AMLO, en YouTube, 23 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=O-cA4PutQGIQ&t=4789s> Fecha de Consulta: 8 de diciembre de 2021.

COMPRAS PÚBLICAS Y PARTICIPACIÓN SOCIAL

Autores//

*Miriam M. Ivanega*¹⁷⁸

I- La participación ciudadana

1. La gobernanza

Aunque existen diferentes definiciones de gobernanza, la incluida en el Diccionario de la Lengua Española es lo suficientemente ilustrativa para avanzar sobre su alcance. Allí se la define como el “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía” (Real Academia Española, edición del Tricentenario, 2020).

La OCDE con un sentido prescriptivo, promueve dentro de esta noción un nuevo paradigma de gestión pública caracterizada por:

- Mayor cercanía a los resultados en términos de eficiencia, eficacia y calidad del servicio;
- Reemplazo de estructuras altamente centralizadas y jerarquizadas, por ambientes administrativos descentralizados;
- Flexibilidad para explorar alternativas a la provisión pública directa y regulación que pueda generar mejores resultados en términos de costos y efectividad;
- Mayor enfoque en la eficiencia en los servicios provistos directamente por el sector público, con metas de productividad y la creación de ambientes competitivos en y entre las organizaciones del sector público;
- Fortalecimiento de capacidades estratégicas en el centro para guiar la evolución del Estado y permitirle responder a los cambios externos y a los diversos intereses de manera flexible y al menor costo¹⁷⁹.

En términos del Fondo Monetario Internacional (FMI), promover la buena gobernanza en todos sus aspectos —incluidas la garantía del Estado de derecho, la mejora de la eficiencia y la rendición de cuentas del sector público, así como la lucha contra la corrupción— constituye “un elemento imprescindible dentro un marco en el que las economías pueden prosperar”.

¹⁷⁸ Doctora en Derecho. Profesora en la Universidad Austral.

¹⁷⁹ 8 OECD, *Governance in Transition, Public Management Reforms in OECD Countries*, Paris, 1995

Para el Banco Mundial buena gobernanza incluye 1) el proceso por el cual se eligen, supervisan y reemplazan los Gobiernos; 2) la capacidad del Gobierno para formular e implementar políticas sólidas de manera efectiva; y 3) el respeto de los ciudadanos y del Estado por las instituciones que gobiernan las interacciones económicas y sociales entre ellos.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos la pregunta clave para evaluar la buena gobernanza es: ¿Las instituciones de gobernanza garantizan el derecho a la salud, a una vivienda adecuada, a una alimentación suficiente, a la educación de calidad, a la justicia y a la seguridad personal de manera efectiva?¹⁸⁰

En general, se la caracteriza con los sistemas políticos que:

- son participativos;
- coherentes con el Estado de derecho;
- transparentes;
- tienen capacidad de respuesta;
- están orientados al consenso;
- son equitativos e inclusivos;
- eficaces y eficientes; y rinden cuentas

En consecuencia, cuando los sistemas políticos no se adhieren a estos principios, es factible que sus instituciones no resulten capaces de prestar servicios públicos y de satisfacer las necesidades sociales¹⁸¹.

Esta brevísima referencia nos muestra que a pesar de los debates y las visiones que comprende (políticos, económicos, sociales, etc.) se coincide en que ella implica la transformación de la gestión pública cuyo eje es la transparencia pública, sustentada en la participación ciudadana, el acceso a la información y el control social.

2. La participación ciudadana

En el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos del año 2015 se señala: “La participación es el sello distintivo de la democracia. Entraña la celebración oportuna de consultas para legitimar el ejercicio del poder público. Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸², el derecho a la participación comprende el derecho

180 <https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-2/key-issues/what-is-good-governance.html#:~:text=Por%20consecuente%2C%20la%20buena%20gobernanza,econ%C3%B3micos%2C%20sociales%20y%20culturales>

181 Ibidem

182 Otros instrumentos internacionales de derechos humanos contienen disposiciones similares, entre ellos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8º), la Conven-

de todo individuo a votar y ser elegido; a participar en la dirección de los asuntos públicos y a tener acceso a las funciones públicas”.

En esa línea, encontramos una interesante interpretación en una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, en la que se señala que la naturaleza esencial de este derecho no solo determina la condición democrática del Estado, sino que además tiene estrecha conexidad con el libre desarrollo de la personalidad. “Es por ello que la participación ciudadana solo puede entenderse como un ejercicio público cuyo origen es la libertad individual, que estimula a ciertos asociados” a intervenir en la construcción de políticas que orienten la conducta de los demás”¹⁸³.

Reafirmando el sentido democrático, el Tribunal analizó este derecho a partir de tres deberes estatales genéricos y cinco específicos¹⁸⁴.

Calificó como deberes generales del Estado:

- 1) Abstenerse de adoptar medidas de cualquier naturaleza que impidan el libre ejercicio de la participación por parte de ciudadanos y organizaciones sociales.
- 2) Adoptar medidas de todo tipo que eviten que las autoridades públicas o los particulares interfieran o afecten el libre ejercicio de las facultades en cuyo ejercicio se manifiesta la participación.
- 3) Implementar medidas que tiendan a optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que también eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados.

Los deberes específicos en los que se concretan los anteriores, se identificaron como:

- 1) Abstenerse de estatizar la democracia y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo.
- 2) Promover formas de participación democrática que comprendan tanto la

ción Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5c), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 7º y 8º), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 4.3, 29 y 33.3), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 41 y 42), la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de las Naciones Unidas (arts. 5º y 18), la Declaración y el Programa de Acción de Durban (art. 22), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (arts. 1.1, 2 y 8.2) y la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (art. 8º). Por su parte, en el ámbito regional, la igualdad de derechos políticos también está protegida por varios instrumentos, entre otros el Primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 13).

183 [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-983a-04.htm#:~:text=T-983A-04%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia. Sentencia T-983 A de 2004 D \(último acceso 05/03/2021\).](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-983a-04.htm#:~:text=T-983A-04%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia. Sentencia T-983 A de 2004 D (último acceso 05/03/2021).)

184 [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm#:~:text=La%20Corte%20entiende%20que%20la,organizaciones%20sociales%20\(ii\)%20el \(último acceso 05/03/2021\).](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-150-15.htm#:~:text=La%20Corte%20entiende%20que%20la,organizaciones%20sociales%20(ii)%20el (último acceso 05/03/2021).)

intervención de partidos o movimientos políticos como la de organizaciones sociales de diferente naturaleza.

3) Promover estructuras democráticas en las diferentes formas de organización social.

4) Prohibición, para todos los órganos públicos, funcionarios y particulares, de eliminar alguna de las dimensiones de la democracia.

5) Mandato de no sustituir a las autoridades estatales competentes en el desarrollo de actividades de control.

En otras palabras, nos encontramos frente a las bases de la buena gobernanza, que nos muestra que uno de los avances sustanciales ha sido reconocer la necesidad de fomentar la participación activa del ciudadano en el proceso de toma de decisiones relacionadas con todas las cuestiones de interés, aspecto que presupone que información pública sea difundida de manera apropiada y oportuna para que todas las personas interesadas puedan expresar su opinión sin restricciones.

Recuérdese que, en cuanto a la lucha contra la corrupción, el artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige a todos los Estados parte “fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción”.

También el Instituto Interamericano de Derechos Humanos reconoció como principios generales de la participación ciudadana a la transparencia; la comunicación; la responsabilidad; el respeto a la diversidad; el respeto a disenter; la integración de todas y todos a los procesos de participación ciudadana, sin exclusiones¹⁸⁵.

La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos, a nivel local, nacional e internacional, constituye la forma más propicia para lograr la plena efectividad del derecho a participar en los asuntos políticos y públicos. Debe evitarse que se convierta en una mera formalidad y para ello ha de garantizarse que el ciudadano pueda participar en cada etapa de la redacción de leyes y de la formulación de políticas, expresar opiniones y crítica y también que pueda presentar propuestas para mejorar el funcionamiento y la inclusión de todas las instituciones del Estado¹⁸⁶.

El acceso a la información y las vías de participación ciudadana están presentes en la mayoría de las Cartas Iberoamericanas dictadas en el marco del CLAD¹⁸⁷, lo que

185 Del Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2002) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24353.pdf>

186 Del Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 23 de julio de 2015 - A/HRC/30/26; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/163/98/PDF/G1516398.pdf?OpenElement>

187 Además de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, 2009, están reconocidas en: Código

demuestra el rol protagónico que asumen como exigencias que los Estados tienen que reconocer y facilitar, a través de instrumentos normativos y de gestión efectivos.

Específicamente en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009) se incluyen las diversas formas de participación, reconociendo el derecho a toda la población de influir en la producción de las políticas públicas, objetivo que se logra a través de la creación de formas institucionalizadas de participación ciudadana. Es deber de los Estados crear las condiciones que faciliten a los sectores más vulnerables el acceso a esa participación para la defensa y exigencia de sus derechos.

Los principios que sustentan este derecho son: constitucionalización; igualdad; autonomía; gratuidad; institucionalización; corresponsabilidad social; respeto a la diversidad y no discriminación; adecuación tecnológica.

La participación tanto individual como colectiva debe ser garantizada a través de:

- a)** El acceso a información de interés general, su difusión activa y la posibilidad de consulta a través de medios físicos, audiovisuales y electrónicos;
- b)** La difusión pública de los canales de comunicación abierta y permanente con cada área de la Administración;
- c)** La invitación pública a la ciudadanía a vincularse con la Administración, sin más requisito que su condición de ciudadano y ciudadana;
- d)** La respuesta en tiempo y forma a toda petición;
- e)** La provisión de mecanismos participativos especiales para incluir a todo ciudadano y ciudadana que, por su lengua, condición social y cultural, discapacidad, ubicación geográfica u otras causas tenga dificultades para comunicarse con la Administración, o limitaciones para acceder a los medios de participación ordinarios;
- f)** La instrumentación de mecanismos de colaboración adecuados para que los pueblos indígenas, las comunidades o colectivos de ciudadanos, se estructuren y definan sus propias fórmulas de representación interna, con el objeto de hacer viable el diálogo con las administraciones públicas;
- g)** La gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos para manifestar reclamos, propuestas o consultas en el marco de las políticas y normas vigentes.

En definitiva, al igual que otros instrumentos internacionales allí se reconocen los principios, derechos y garantías que ensamban el acceso a la información con la participación ciudadana y el control social.

Iberoamericano De Buen Gobierno, 2006; Carta Iberoamericana Del Gobierno Electrónico, 2007; Carta Iberoamericana De Calidad En La Gestión Pública, 2008; Carta Iberoamericana De Derechos Y Deberes Del Ciudadano En Relación Con La Administración, 2013; Carta Iberoamericana De Gobierno Abierto, 2016; Carta Iberoamericana De Ética E Integridad En La Función Pública, 2018

El conocido caso “Claude Reyes” de la Corte IDH resultó sumamente esclarecedor en tal sentido, porque en esa ocasión recordó que a fin de que las personas puedan ejercer el control democrático resultaba esencial que el Estado garantizara el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control se estaba fomentando una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. Remitiéndose a pronunciamientos anteriores vinculados a la libertad de pensamiento y de expresión, recalcó la necesidad de que las restricciones a tal derecho deban estar incluidas en una ley, responder a un objetivo permitido por la Convención Americana de Derechos Humanos y orientadas a proteger el interés general¹⁸⁸.

De más está decir que la Administración Pública tiene un rol principal en el logro de una fluida comunicación con el ciudadano, cuya participación se impone para el logro de una gestión más eficiente.

Sin embargo, reiteramos que a pesar del amplio reconocimiento y aceptación de la participación ciudadana en la actualidad se trata de un derecho humano que no es ejercido plenamente por los ciudadanos, situación que obedece a múltiples factores y que no está exenta de ideologías e influencias políticas¹⁸⁹.

Se mantienen todavía las condiciones de desigualdad de ciertos grupos sociales como mujeres, pueblos indígenas, personas con discapacidad y otros grupos y personas desfavorecidos, quienes en la práctica -a pesar del reconocimiento normativo- por diversos motivos (estructurales, culturales, etc.) no pueden ejercer el derecho a participar en los asuntos públicos. Los conflictos armados, la violencia prolongada, la inseguridad, las condiciones de marginación y de pobreza son factores contextuales que también aumentan las dificultades para ejercer ese derecho¹⁹⁰.

A eso agregamos que la deficiencia en su ejercicio también se origina en el propio ciudadano, quien no siempre despliega un comportamiento participativo a través de canales formales, ya sea porque carece de falta de información o porque desconfía de su transparencia; sumado a la tendencia de acudir a mecanismos más espontáneos y no formales (v gr. manifestaciones a través de las redes sociales) cuya efectividad depende de factores ajenos a la gestión (la viralización de los reclamos, la cantidad de personas que la apoyan, el lugar o modo en que se concretan).

188 En sentido similar caso *Gomes Lund*, https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf. De los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, consultar Fallos 339:827

189 Ivanega Miriam M., *Transparencia en las contrataciones públicas*, Editorial: La Ley, Buenos Aires, 2022 Cap. IV.

190 Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Resumen de los debates celebrados durante el seminario de expertos sobre el derecho a participar en la vida pública del 15/07/2016 - A/HRC/33/25 <https://undocs.org/es/A/HRC/33/25>

II- La participación en las contrataciones públicas

La participación ciudadana puede manifestarse a través de diversas modalidades.

En el procedimiento administrativo (que por lo tanto comprende a las contrataciones públicas) se reconoce a la audiencia pública como un mecanismo habitual que se dirige a formar el consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad del obrar estatal, además de ser un elemento de democratización del poder.

En el derecho administrativo argentino, se interpreta que la audiencia pública es un principio -implícito o explícito- de raigambre constitucional, ámbito en el cual se escuchan las voces de la comunidad en una sesión pública.

En esas audiencias el ciudadano se limita a defender sus derechos, pero no tiene voto en la decisión administrativa que se adopte con posterioridad; "la importancia de la audiencia pública es material pues en ella quedará demostrado el sustento fáctico, o carencia de él, de la decisión a adoptarse"¹⁹¹.

Si bien no es exclusiva de las contrataciones públicas, la audiencia pública cobra una especial importancia en ese ámbito ya que ella permite una participación activa transparentándose la gestión contractual con la interacción de todos los sectores.

Un precedente de la jurisprudencia argentina que reiteradamente se invoca para evaluar el impacto de estas audiencias y la participación ciudadana en las contrataciones públicas y en los derechos de los ciudadanos, es la dictada en el caso "Cepis"¹⁹².

En esa ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) anuló las resoluciones del Ministerio de Minería y Energía de la Nación que habían dispuesto la suba de la tarifa de gas natural, por no haber celebrado audiencias públicas previas. *Se trataba de un contrato de concesión de servicios públicos en cuya fase de ejecución una de las principales obligaciones a cargo del usuario (el pago de la tarifa) estaba su-peditada a una etapa sustancial del procedimiento administrativo: su participación en los incrementos que ella tuviera.*

Además de enfatizar su raigambre republicana y la importancia de que el usuario del servicio público participe en la determinación de la tarifa y la operatividad del derecho a participar, la Corte Suprema aclaró que las audiencias públicas constituyen una de las

191 Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, T. 2, 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014, pp. XI 5-7 – También Gelli Maria Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Quinta edición ampliada y actualizada, T. I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, pp.762-764

192 CSJN Fallos 339:1077 - Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo (2016)

varias maneras de participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, sustentadas en los principios de la democracia participativa que deben realizarse para todos los tramos que componen la tarifa final.

Lo relevante es que, en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. Debe ser garantizada en instancias públicas de discusión y debate, susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio.

“Desde el punto de vista gnoseológico la audiencia pública es el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes, pero no contradictorias”¹⁹³.

Ahora bien, en las contrataciones públicas, el control social insito en la participación y el acceso a la información se ha visto reflejado no solo en las audiencias públicas sino también en mecanismos que se identifican como veedurías ciudadanas o testigo social. Incluso la rendición de cuentas que constituye una herramienta fundamental en la noción de contratación estratégica se enmarca en el universo del control como un elemento esencial que debe ponerse a disposición del ciudadano¹⁹⁴.

La veeduría se caracteriza por ser un sistema que faculta a los ciudadanos u organizaciones sociales a desempeñar funciones de control, sean a través de juntas, comités, o comisiones especiales. Son vigías u observadores externos en las fases públicas de la contratación.

El Testigo Social también tiene como función observar el proceso y proponer estrategias para mejorar la transparencia, imparcialidad y el cumplimiento del marco legal. En su caso, los testigos sociales pueden emitir una alerta si detecta cualquier irregularidad en el curso de la contratación.

Las similitudes o diferencias entre veedores y testigos dependerán de los regímenes legales de cada país, aun cuando coinciden en los objetivos de control.

III- A modo de conclusión: la importancia de participar en los contratos públicos

En esa línea de interpretación, caben traer a colación las propuestas

193 Considerando 17 voto del juez Horario Rosatti

194 Ampliar en Ivanega Miriam M. Control Público, Astrea, Buenos Aires, 2016, Cap. I y II.

vinculadas a diversas áreas de la gestión pública preparadas por los capítulos de Transparencia Internacional de América Latina y el Caribe, con motivo de la VIII Cumbre de las Américas “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción” de abril de 2018. En dicho documento respecto de las compras y contrataciones públicas, se abordaron los aspectos del control del Estado; la rendición de cuentas; el acceso a la información; la participación ciudadana; las sanciones a aplicar.

Respecto al acceso a la información establece la necesidad de:

- a)** garantizar la publicidad y acceso a toda la información de las fases de los procesos de compras y contrataciones en formatos inteligibles;
- b)** prohibir cláusulas de confidencialidad en los contratos, salvo excepciones normativas, justificadas, limitadas y públicas;
- c)** instaurar o fortalecer los sistemas electrónicos de compras y contrataciones públicas y garantizar su uso en todos los niveles del Estado;
- d)** garantizar la publicación de las declaraciones de intereses y patrimonio de los funcionarios involucrados en todas las fases de los procesos de compras y contrataciones;
- e)** establecer la obligación de que las personas jurídicas que compitan en los procesos de compras y contrataciones brinden información a las autoridades y al público en general sobre las personas naturales que las controlan y reciben beneficios de ellas.

En cuanto a la participación se propone: “a) instituir mecanismos de consulta y monitoreo ciudadano eficientes, formales y obligatorios previa, durante y posteriormente a la celebración de los contratos; y b) establecer la obligación de las autoridades públicas de responder a las conclusiones y recomendaciones derivadas de las consultas y el monitoreo ciudadano”¹⁹⁵.

Ahora bien, ¿Para qué participar? ¿Cuáles son las ventajas de esa participación?

Algunas de las respuestas que se pueden formular nos llevan a considerar que la progresiva desconfianza de la sociedad en la gestión pública y en el comportamiento de los funcionarios públicos genera una especie de “incentivo” para participar, ya sea de manera formal o espontánea (por ejemplo, manifestaciones a través de las redes sociales).

Esto último, impacta en los asuntos públicos en la medida que la efectividad de las protestas sociales no depende de instrumentos normativos que los reconozcan, sino de otros factores como la viralización de los reclamos, la cantidad de personas que la apoyan, el lugar o modo en que se concretan.

¹⁹⁵ https://www.transparency.org/files/content/event/Posicio%CC%81n_de_TI_-_Cumbre_de_Jas_Americas_Cumbre.pdf

La preocupación por el tema que nos convoca llevó a una interesante investigación¹⁹⁶ de las experiencias en siete países: México, Perú, Argentina, Brasil, República Dominicana, Paraguay y Ecuador, concluyéndose que en esos países la incorporación de estrategias de participación ciudadana en las compras públicas se operó en tres vías:

- a)** desde el propio proceso de compras públicas, buscando incorporar diseños institucionales participativos a sistemas preexistentes;
- b)** como parte de un diseño de política pública y
- c)** desde las iniciativas de control social provenientes de ciudadanía y Organizaciones de la Sociedad Civil.

Los mecanismos de participación relevados fueron: Testigo Social (México); Comisiones de Compra. Programa Alimentación Escolar Qali Warma (Perú); Gasto público Bahiense (Bahía Blanca, Argentina); Cuidando do Meu Bairro (Sao Paulo, Brasil); BA Obras (Ciudad de Buenos Aires, Argentina); Tianguis Digital – Experiencia Ecobici (Ciudad de México, México); Audiencias Públicas (Paraguay); Comisiones de Veeduría Ciudadana (República Dominicana); Ferias Metropolitanas Inclusivas (Quito, Ecuador)

Del análisis de su implementación surgieron ciertas conclusiones:

- El avance en la incorporación de estrategias de participación ciudadana en las compras públicas en América Latina continuaba siendo limitado.
- Salvo en aquellos supuestos en los que las iniciativas habían sido conferidas o habilitadas mediante cambios legales, se detectó que el nivel de institucionalización de las iniciativas y herramientas era frágil.
- Los factores de éxito del equipo gestor por orden de importancia fueron: el respaldo político y la atención al más alto nivel, un fuerte equipo de trabajo con destrezas talento, una distribución clara de cargas y beneficios, y con ello, de gestión de expectativas, planificación realista y una efectiva gestión del cambio.
- Se detectó que una interacción continuada y comprometida entre gobierno y de las Organizaciones de la Sociedad Civil formaba parte del éxito de gran parte de estas iniciativas.

En síntesis, estamos ante la buena administración -consecuencia de la buena gobernanza- que en los últimos tiempos influyó en la vida de las empresas contratistas y de las instituciones públicas de forma creciente en un intento de mejorar el contenido de la actividad de conducción o manejo de estas instituciones, de estas corporaciones. Por ende, se trata de la recuperación de la perspectiva ética, del servicio a la ciu-

196 Un informe de investigación de ILDA. Comisionado por el programa Open Up Contracting de Hivos. Junio 2020 en <https://openupcontracting.org/assets/2020/10/Participacion-ciudadana-y-compras-publicas-en-America-Latina.pdf>

dadanía por parte de las administraciones públicas¹⁹⁷.

Ese es el marco dentro del cual ha de analizarse la gestión de la contratación pública y los derechos fundamentales que ella involucra, máxime que se trata de una de las manifestaciones más relevantes de la actividad estatal rodeada de un complejo sistema de elementos jurídicos, económicos, políticos, sociales, culturales.

La OCDE y la OMC coinciden en que el gran volumen de gasto que representan las contrataciones, correctamente gestionadas, pueden y deben desempeñar un papel importante para fomentar la eficiencia del sector público. Los sistemas de contratación pública repercuten de forma significativa no solo respecto del uso eficiente de los fondos públicos sino también, en términos más generales, en la confianza pública en los gobiernos y en la gobernanza. En ese contexto, debe lograrse una buena relación entre calidad y precio, permitir el acceso público a la información de los contratos públicos, y dar oportunidad equitativa para que los proveedores compitan¹⁹⁸.

En suma, con base en el actual Estado Constitucional de derecho existe la obligación a cargo de todos los órganos estatales, según sus competencias, de facilitar el acceso a la información y la participación de los ciudadanos en toda la gestión de las contrataciones públicas; ellos tienen el derecho de conocer los objetivos que se persiguen al contratar, las necesidades que se van a satisfacer, el procedimiento aplicable, las formas de ejecución; en otras palabras, saber cómo se usan los recursos públicos.

197 Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, prólogo a Matilla Correa, Andry, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 15.

198 <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recommendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> (último acceso 05/03/2021).
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm (último acceso 07/01/2021).

Bibliografía

Gelli María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, Quinta edición ampliada y actualizada, T. I, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018

Gordillo Agustín, Tratado de derecho administrativo, T. 2, 10ª ed., ahora como 1ª ed. del Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, F.D.A., 2014

Ivanega Miriam M. Transparencia en las contrataciones públicas, La Ley, Buenos Aires, 2022

Ivanega Miriam M. Control Público, Astrea, Buenos Aires, 2016.

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, prólogo a Matilla Correa, Andry, La buena administración como noción jurídico-administrativa, Dykinson, Madrid, 2020, p. 15.

Otras fuentes consultadas

UNDOC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito:

<https://www.unodc.org/e4j/es/anti-corruption/module-2/key-issues/what-is-good-governance.html#:~:text=Por%20consiguien-te%2C%20la%20buena%20gobernanza,econ%C3%B3micos%2C%20sociales%20y%20culturales>

Informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2002) <https://www.corteidh.or.cr/tablas/24353.pdf>

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 23 de julio de 2015 - A/HRC/30/26; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/163/98/PDF/G1516398.pdf?OpenElement>

Transparencia Internacional: https://www.transparency.org/files/content/event/Posicio%CC%81n_de_TL_-Cumbre_de_las_Americas_Cumbre.pdf (ultimo acceso 30/03/2021)

Comisionado por el programa Open Up Contracting de Hivos. Junio 2020 en <https://openupcontracting.org/assets/2020/10/Participacion-ciudadana-y-compras-publicas-en-America-Latina.pdf> (30/03/2021)

OCDE: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>

WTO: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm

Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Resumen de los debates celebrados durante el seminario de expertos sobre el derecho a participar en la vida pública del 15/07/2016 - A/HRC/33/25 <https://undocs.org/es/A/HRC/33/25>

FORMACIÓN EN INTEGRIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS LOCALES PARA GARANTIZAR SU DESEMPEÑO CON EFICIENCIA, HONESTIDAD Y TRANSPARENCIA, COADYUVADOS POR LAS TIC ¹⁹⁹

Autores//

*Adria Velia González Beltrones*²⁰⁰,

Sumario: I. Introducción II. Marco jurídico teórico conceptual. III: Aspecto metodológico IV, Hallazgos V. Conclusiones

Resumen

Al utilizar las Administraciones Públicas Locales, recursos públicos para su desempeño, no son escasas las discordancias fácticas al transparentar el destino de los recursos; ya que difieren a lo autorizado por la legislación; generando con ello un serio problema de pérdida de confianza entre la administración pública y los ciudadanos. Ello permite visualizar la oportunidad de enmienda, es decir, encontrar los vacíos legales y/o de procedimientos administrativos que obstaculizan el quehacer de los servidores públicos, para cumplir cabalmente con las leyes de Transparencia y Responsabilidades administrativas aplicables. Se plantea y se confirma la *hipótesis*: el desempeño eficiente esperado del servidor público local debe ser formado y acreditado por alguna entidad. Metodología Se revisan leyes, portales institucionales y programas que sostengan esta investigación que pretende conocer las instancias gubernamentales que trabajan diferentes aspectos en la formación de los servidores públicos estatales y municipales presentes y futuros, para garantizar su desempeño con eficiencia, honestidad y transparencia, coadyuvadas por las TIC

Palabras clave: servidores públicos, formación en integridad, TICS TRAINING IN INTEGRITY OF LOCAL PUBLIC EMPLOYEES TO GUARANTEE THEIR PERFORMANCE WITH EFFICIENCY, HONESTY, AND TRANSPARENCY, SUPPORTED BY ICT

Abstract

When Public Administration uses public resources for its performance, there are not few factual discrepancies making transparent the destination of the resources; since they differ from what is authorized by the legislation; thereby generating a serious problem of loss of trust between the public administration and citizens. This allows

¹⁹⁹ Este documento deriva de la realización del Proyecto Desafíos del Derecho Administrativo ante situaciones de Emergencia. Clave del proyecto: US0317007613

²⁰⁰ Docente Investigadora del Departamento de Derecho, Universidad de Sonora, correos: adria.gonzalez@unison.mx; adriavelia-gonzalez@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-6158-4458>

visualizing the opportunity for amendment, that is, finding the legal gaps and/or administrative procedures that hinder the work of public employees, to fully comply with the applicable Transparency and Administrative Responsibilities laws.

The hypothesis is raised and confirmed: the expected efficient performance of the local public employees must be trained and accredited by some entity. *Methodology:* Laws, institutional portals and programs that support this research are reviewed, which aims to know the government agencies that work on different aspects in the training of present and future public employees, to guarantee their performance with efficiency, honesty, and transparency, aided by ICT.

Keywords: public employees, training in integrity, ICT

1. Introducción

En el marco de coyuntura histórica por la que atraviesa la comunidad internacional desde finales de 2019 y nuestro país México, desde marzo de 2020 definida por la pandemia provocada por el virus SarsCov- 2 causante de la hipercontagiosa enfermedad COVID-19, obliga con mayor exigencia a las administraciones públicas (federal, locales y municipales)²⁰¹ a conducirse con certidumbre respecto del uso eficiente y ordenado de los recursos públicos, e igualmente con eficacia en el desempeño gubernamental. Las leyes anuales de ingresos y de egresos como fuentes de recursos y orientadoras del gasto respectivamente, para el cumplimiento de los objetivos de la administración pública federal, estatal y municipal, son instrumentos sustantivos para el buen funcionamiento de las haciendas públicas federal, locales y municipales en el ejercicio del gasto público y la posterior rendición de cuentas al órgano fiscalizador respectivo externo, con transparencia y participación ciudadana.

Si bien el sistema hacendario de los municipios está constituido por un conjunto de disposiciones jurídicas y administrativas, que regulan la recaudación y/o la obtención de los diversos tipos de ingresos públicos municipales, así como las normas que rigen el destino de estos recursos, a partir de 1980, forma, dicho sistema, parte integral del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y legislación aplicable federal, estatal y municipal,

Acorde al Maestro Emilio Margain Manautou²⁰² *es de suma importancia la obten-*

201 Artículo 40 CPEUM Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:...

202 Margain Manautou Emilio La Hacienda Pública Municipal, en Tomo II Colección Estudios Municipales, Biolex Vol. 12 Núm. 22, 2020, pp. 76 [en línea] Disponible en: https://biolex.unison.mx/index.php/biolex_unison_mx/issue/view/23 Revista Jurídica

ción de suficientes recursos para que la administración pública cumpla con satisfacer las necesidades sociales a su cargo, y en contrapartida, de suma importancia también, garantizar a los contribuyentes ---quienes aportan una porción de sus ingresos para el sostenimiento de la federación, del estado o municipio en los que residen--- que sus contribuciones se destinan a los objetivos autorizados por la legislación.

En la misma línea, en palabras del doctor Jorge Fernández Ruiz²⁰³, *uno de los peligros permanentes en todo Estado es la posible corrupción de sus agentes; el propósito de prevenirla y evitarla contribuye a considerar y reconocer a la fiscalización o control patrimonial del Estado como una función pública cuyo ejercicio requiere el desempeño de una actividad técnica y esencial del ente estatal dirigida a vigilar, verificar, comprobar y evaluar las actividades de los órganos, dependencias y servidores públicos a cuyo cargo está el manejo de los fondos, valores, recursos, bienes y derechos del propio Estado...* En este sentido, dado que el control es parte inherente de toda administración,²⁰⁴ no queda a discusión la necesidad para toda organización pública o privada, de contar con órganos de control y vigilancia para conocer, en su caso, las desviaciones de su ejercicio respecto de las disposiciones establecidas en las ordenamientos jurídicos que las regulan y, por consiguiente, corregir en cada etapa todo lo que impida alcanzar los fines, objetivos y metas previstos.

Ahora bien, según señalan los expertos, el control y vigilancia de la administración pública se da: 1) desde fuera y desde dentro de la propia administración y 2) de arriba hacia abajo y de abajo hacia arriba. En el primer caso, el control externo se da, a nivel federal, por medio de los órganos del Poder Judicial, del Poder Legislativo, del órgano superior de fiscalización la Auditoría Superior de la Federación adscrito técnicamente al Poder Legislativo, y del ombudsman. Desde dentro, la administración pública federal ejerce la función de fiscalización interna, por medio de la Secretaría de la Función Pública, y sus contralorías internas en cada una de sus dependencias y entidades; de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; así como por medio del recurso administrativo. En relación a la administración pública de las entidades federativas y homólogas, y la de sus municipios se observa situación muy parecida, concretamente en el Estado de Sonora en cuanto al control interno²⁰⁵ de dependencias y entidades paraestatales,

DD, Universidad de Sonora pp.75-76. Las no itálicas o no cursivas son de la autora.

203 Fernández Ruiz J., Aragón Salcido M. I., (2014) Derecho Administrativo del Estado de Sonora, Ed. Porrúa, México, 2014, p.429

204 Según cita el maestro Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa 1994, pp.73 y 74 la Administración privada y la Administración pública--por medio de sus órganos directivos y de sus funcionarios y empleados--realizan operaciones que tienen por objeto alcanzar las metas que se han propuesto, utilizando estos medios: a) La planificación que comprende la previsión es decir qué puede hacerse; b) Capacidad, o medios económicos disponibles o previsible; c) Organización como va a hacerse; d) Dirección...; e) Ejecución...; y f) Control o examen de lo realizado para corregir deficiencias, errores e insuficiencias y para demandar responsabilidad a los --presuntos-- infractores.

205 Acorde a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Sonora (Artículos 2,26,43,45,45 Bis A,47 Bis B,47 Bis D,53,57 a 62)

por parte de la Secretaría de la Contraloría General, y sus órganos internos de control OIC y los órganos de control y desarrollo administrativo OCDA,²⁰⁶ de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como por medio del recurso administrativo; y en el orden municipal por parte de los órganos homólogos y los órganos de control y evaluación gubernamental.²⁰⁷

En cuanto a la segunda clasificación líneas arriba citada, acorde a Morales Z.M.A., Banda C.A.L., González B.A.V., et.al.,²⁰⁸

“con los sistemas de control gubernamental se trata de lograr ... , satisfacción efectiva o efectividad en la credibilidad y confianza de los contribuyentes y de la sociedad en general, pues, suele creerse que el control es un proceso en cascada, esto es, de arriba abajo, de los jerárquicos superiores o de quienes tienen atribuciones de autoridad, hacia los subordinados ...el control ..., también corresponde realizarlo a la ciudadanía misma, hacia arriba...”

porque son los más interesados en verificar que los entes de la administración pública cumplan primeramente, con la satisfacción de necesidades sociales a su cargo, y a la vez, con las responsabilidades legales adquiridas al utilizar recursos públicos para su desempeño, ya que, lamentablemente con frecuencia se observan, discrepancias

206 como órganos desconcentrados de la Secretaría de la Contraloría General SCG, les corresponde ejercer las funciones de control, inspección, evaluación y vigilancia de las operaciones realizadas por dependencias y entidades paraestatales. Asimismo los OIC y los OCDA son autoridades investigadoras, substanciadoras y resolutoras en su caso, de las faltas administrativas graves y no graves cometidas por los servidores públicos en las dependencias y entidades de la Administración Pública Estatal a las que estén asignados, y son responsables, en dichas dependencias y entidades, de las funciones de control interno, desarrollo administrativo, control gubernamental, participación social, vinculación, transparencia y combate a la corrupción. Se ubican físicamente en las instalaciones de las dependencias y entidades a las que se encuentren asignados, y son dirigidos por la Coordinación General de Órganos Internos de Control. Al efecto adquiere particular importancia la facultad de investigar, substanciar y sancionar las infracciones no graves e investigar y substanciar las graves cuando los servidores públicos estatales transgredan los principios de legalidad, imparcialidad, honradez, lealtad y eficiencia con los que deben de conducirse en el servicio público.

Vease: Acuerdo por el que se expiden las normas generales que establecen el marco de actuación de los órganos de control y desarrollo administrativo OCDA adscritos a las entidades de la administración pública estatal. [en línea] Disponible en: <https://contraloria.sonora.gob.mx/acerca-de/direcciones/coordinacion-general-de-organos-internos-de-control.html>

207 la Ley de gobierno y administración municipal del Estado de Sonora en sus artículos 94 y 95 dispone que : ARTÍCULO 94.- El Ayuntamiento deberá contar con un Sistema Administrativo Interno de Control y Evaluación Gubernamental, cuya finalidad consiste en controlar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el servicio público.

ARTÍCULO 95.- El Sistema estará a cargo de un Órgano de Control y Evaluación Gubernamental, cuyo titular será propuesto por el Presidente Municipal, debiendo reunir los requisitos establecidos para ser Tesorero Municipal. Asimismo: Vease: Manual de Organización, Órgano de Control y Evaluación Gubernamental, julio de 2018 [en línea] Disponible en:

<https://transparencia.hermosillo.gob.mx/Descargas/7-1-2020-09-18%2003-26-20-MP-%C3%93rgano%20de%20Control%20y%20Evaluaci%C3%B3n%20Gubernamental%202018.pdf>

Lineamientos para la Integración y Funcionamiento de los Comités de Ética e Integridad de la Administración Pública Municipal [en línea] Disponible en:

<https://transparencia.hermosillo.gob.mx/Descargas/7-1-2022-07-08%2008-37-16-Lineamientos%20para%20la%20Integraci%C3%B3n%20y%20Funcionamiento%20de%20los%20Comit%C3%A9s%20de%20%C3%89tica%20e%20Integridad%20.pdf>

208 Morales Z.M.A., Banda C.A.L., González B.A.V., et.al. (2010) Sistemas de Control, México, Ed. UNISON, 2010, p.19

fácticas al transparentar el destino de los recursos; puesto que difieren de lo autorizado por la legislación; generando con ello un serio problema de pérdida de confianza entre la administración pública y los ciudadanos. Y es en este punto donde se puede visualizar la oportunidad de enmienda, es decir, encontrar los vacíos legales y/o de procedimientos administrativos que obstaculizan el quehacer de los servidores públicos, para cumplir cabalmente con las leyes de Transparencia y Responsabilidades administrativas aplicables.

Se plantea la hipótesis: el desempeño eficiente esperado del servidor público estatal y/o municipal²⁰⁹ es formado y respaldado por alguna entidad que garantice su eficiencia y honestidad, coadyuvados por las TIC (plataformas digitales, portales, programas, trámites administrativos, pago de impuestos, cursos de actualización en línea, licitaciones, ejecución de obras públicas, sesiones públicas de órganos colegiados, seguimiento de cumplimiento de obligaciones, de ejecución de obras públicas, por mencionar solo algunas de las posibilidades que ofrecen estas herramientas). Para ello nos referiremos brevemente al marco teórico jurídico conceptual para enseguida documentar, acorde al aspecto metodológico abordado y cerrar con los hallazgos encontrados y propuestas sugeridas como conclusión.

II. Marco jurídico teórico conceptual

Fiscalización, transparencia y rendición de cuentas

La *fiscalización, la transparencia y la rendición de cuentas*, son de importancia total para el combate a la corrupción, con lo cual, las administraciones públicas de los países con alto grado o en vías de desarrollo justifican su quehacer ante la sociedad, con el fin de generar dos factores esenciales para la estabilidad y el crecimiento, a saber: la *credibilidad* y la gobernabilidad. Los expertos en el tema de la democracia consideran que debe ser adoptada no solo como un régimen jurídico-político sino como una forma de vida de las naciones y para ello, se debe cimentar en los hechos en sus tres pilares fundamentales que son: el sufragio universal libre y secreto, el estado de derecho²¹⁰ y la rendición de cuentas. Nos concentraremos a continuación en este último pilar.

209 Se revisa en el ámbito municipal la página Web del H Ayuntamiento de Hermosillo, así como las respectivas del Poder Ejecutivo, e ISAF como órgano Autónomo del Gobierno del Estado de Sonora

210 Concebido como aquel en el que autoridades e individuos se conducen con apego a las normas jurídicas que protegen los derechos y libertades inherentes de las personas y que debe ser aplicado por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre. Vease Gobierno Federal, Secretaría de la Función Pública, Glosario, Programa Nacional de Rendición de Cuentas, Transparencia y Combate a la Corrupción 2008-2012 Programa de carácter especial y de observancia obligatoria para la Administración Pública Federal, para generar una cultura social de rendición de cuentas, combate a la corrupción y apego a la legalidad, a partir de la transformación de procesos del propio gobierno federal y de la redefinición de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Programa que se ha conservado durante las subsecuentes Administraciones 2012-2018 y 2018-2024

En el mismo tenor, la *Comisión Permanente del Senado*²¹¹ considera que la *rendición* de cuentas produce los siguientes efectos: los ciudadanos se involucran en las actividades gubernamentales; produce un clima de inversión más confiable; reduce asimetrías originadas por privilegios informativos; y mejora el proceso de toma de decisiones de los servidores públicos al obligarles a conducirse con mayor responsabilidad. De otra parte, pero en igual línea, en la entrevista realizada por Ugalde a Luis F. Aguilar Villanueva²¹² este último considera que, rendición de cuentas significa *responsabilidad, no en el sentido moral, sino en el social-jurídico de ser responsable de algo ante alguien; implica el sentido de información obligada (no opcional) y de información sobre el cumplimiento o incumplimiento de la responsabilidad. En su opinión, hablar de rendición de cuentas desvinculada de obligatoriedad es un enfoque parcial. Rendir cuentas es estar por obligación, disponible, a ser requerido a informar del cumplimiento de responsabilidades.*

Control y Fiscalización

Como se menciona líneas arriba, el ejercicio de la función de control interno, así como la de fiscalización (control externo) tienen como principal propósito verificar que la administración pública realice sus actividades acordes a los planes, programas y presupuestos previamente aprobados y de conformidad con la normatividad aplicable²¹³.

Por su parte el mismo Luis Carlos Ugalde considera que el control y la fiscalización son términos que también se usan como sinónimos de rendición de cuentas, a pesar de no serlo. Control y fiscalización son mecanismos para supervisar los actos de gobierno, pero no siempre implican la obligación de los gobernantes para informar de manera periódica sobre sus decisiones y acciones.²¹⁴

211 Comisión Permanente del H Congreso de la Unión en GACETA del Senado: LXII/1SPR-29/42937 Dictamen con Punto de Acuerdo de la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión, en el ámbito de colaboración entre poderes, lo remite con el expediente respectivo al Municipio de Solidaridad, Estado de Quintana Roo, para que en atribución de sus facultades resuelva lo conducente. México, Distrito Federal, 2013, p. 16 (13/08/2013)
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/42937

212 Ugalde Luis Carlos, Rendición de Cuentas y Democracia, El Caso de México, en Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 21, INE, Primera edición México 2016, p. 20 [en línea]
Disponible en:
<https://portal.anterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosdeDivulgacion/docs/21.pdf>

213 Marco Normativo : Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Sonora, Ley Estatal de Responsabilidades, Reglamento Interior de la Secretaría de la Contraloría General del Estado de Sonora, Marco de Actuación de los Órganos de Control y Desarrollo Administrativo, Bases Generales para la realización de auditorías, Guía de Investigación de Faltas Administrativas para los Órganos Internos de Control de la Administración Pública Estatal <https://contraloria.sonora.gob.mx/documentos/compendio-legislativo-basico-estatal/leyes-organicas/510-ley-organica-del-poder-ejecutivo-del-estado-de-sonora.html>

214 Ugalde Luis Carlos, ...op.cit., p. 27. En ocasiones, el Poder Legislativo inicia motu proprio el proceso fiscalizador y la única obligación del Poder Ejecutivo es responder a la información solicitada. En este caso se trata de un proceso unidireccional en el cual el Congreso cuenta con las atribuciones para solicitar información y sancionar en caso de que no se proporcione.

En la misma línea, el Doctor Jorge Fernández Ruiz²¹⁵ menciona que el ejercicio de la función pública de fiscalización tiene entre sus objetivos, el *control* de la administración pública, con la pretensión de que sus operaciones se efectúen de conformidad con los planes, programas y presupuestos aprobados previamente, con la normativa en vigor y con las instrucciones impartidas. De igual manera, en opinión de José Trinidad Lanz Cárdenas,²¹⁶ en el campo de la función pública, *por control debe entenderse el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano o un funcionario que tiene atribuida por la ley, la función de examinar la conveniencia o la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos.*

Transparencia

En el mismo tenor, Ugalde²¹⁷ considera al concepto de transparencia, en cuanto que también se usa en ocasiones *como sinónimo de rendición de cuentas. La transparencia es una característica que abre la información de la organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público, mediante sistemas de clasificación y difusión que reducen los costos de acceso a la información del gobierno. Sin embargo, la transparencia 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 en caso de que haya anomalías en su interior.... es un instrumento de un sistema global de rendición de cuentas, mas sería impreciso usarlo como sinónimo de aquél.*

Rendición de cuentas y combate a la corrupción

En la Administración Pública del país existen diversos factores que inciden negativamente en la rendición de cuentas y el combate a la corrupción. Esto incluye deficiencias en materia de documentación y archivos, así como problemáticas relacionadas con la asignación presupuestal y su vinculación con mecanismos de evaluación. En este sentido, la corrupción no es un fenómeno aislado sino la consecuencia de distintas formas de trasgresión al Estado de Derecho, por lo que no puede combatirse de manera eficaz si solo se persigue a los individuos que han cometido faltas, **si no se aborda de manera integral, preventiva** (desarrollando competencias, valores construyendo blindaje que proteja a los funcionarios públicos de transgredir la normatividad y/o confeccionando políticas integrales que permitan disminuir esas conductas).

III. Aspecto metodológico

En este punto en el caso que nos ocupa, siguiendo la ruta metodológica de revisar

215 Fernández Ruiz, Op. cit., p.431

216 Lanz Cárdenas José Trinidad, La contraloría y el control interno en México, México Ed. FCE, 1987, p.32

217 Ugalde Luis Carlos, ...op.cit., p.16

leyes y diversos ordenamientos jurídicos aplicables, portales institucionales y programas que sostengan la hipótesis planteada en la presente investigación, que pretende conocer, si existen, ¿cuales son las instancias gubernamentales? que trabajan diferentes aspectos en la formación de los servidores públicos presentes y futuros, con la aspiración de garantizar eficiencia, honestidad y transparencia en el cumplimiento de las responsabilidades que legalmente les corresponda realizar.

Al respecto, encontramos la siguiente información de la revisión de la Página Web del Gobierno del Estado de Sonora, específicamente en los portales de las dependencias del Poder Ejecutivo: de la Secretaría de la Contraloría General, el de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, como órganos de control interno y en los portales del Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización ISAF como órgano Autónomo de control o fiscalización externo, del gobierno local y de los gobiernos municipales²¹⁸,

En primer lugar tenemos que la página Web del Gobierno del Estado de Sonora alberga los portales de sus diversas dependencias y entidades de la Administración Pública dentro de la cual encontramos el Portal de la Secretaría de Contraloría General SCG, portal que además de cumplir con los mínimos establecidos en la normatividad de Transparencia y acceso a la información es de inicio amigable, con movilidad e ilustración con esquemas, fotografías, GPS en el apartado sigue tu obra pública, videos, adicionado de enlaces con conectividad entre si con la información pertinente y actualizada, por lo que cabe listar los hallazgos relevantes en el tema que nos ocupa obtenidos de su revisión: Esta Secretaría de Contraloría General cuenta con un No Certificado 7940 SCG Certificada en ISO-9001:2015 For American Trust Register S.C. (ATR) Desde Noviembre de 2017; es una de las instancias gubernamentales que trabajan diferentes aspectos en la formación de los servidores públicos presentes y futuros, en aras de garantizar su eficiencia, honestidad y transparencia en la realización de las actividades que conforme a la normatividad aplicable les corresponden, y se muestran a continuación²¹⁹ de los cuales por razón de espacio solo mencionamos los relacionados con Transparencia y Rendición de cuentas

- 1) Portal de Transparencia 2) Obligaciones De Transparencia, Secretaría de la Contraloría General con los respectivos rubros que conforme a la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Artículos 70, 71, 81, 82 y 83 y demás normatividad aplicable deben cubrir como sujetos obligados.
- a) DECLARANET SONORA declarantet.sonora.gob.mx Abis) Declaraciones Pú-

218 El ISAF es el órgano autónomo encargado de revisar y fiscalizar los estados financieros, cuentas públicas estatal y municipales, de fiscalizar los ingresos y egresos, así como el manejo, custodia y aplicación de los recursos públicos, de igual manera la deuda pública contraída con los particulares de los poderes del Estado de Sonora, es decir, vigila el origen y aplicación de los recursos públicos en el Estado.

219 <http://transparencia.esonora.gob.mx/Sonora/Transparencia/Poder+Ejecutivo/Secretar%C3%ADas/Secretar%C3%ADa+de+la+Contraloria+General/Hist%C3%B3rico/Informes>

blicas del Gabinete Legal y Ampliado²²⁰

b) LICITANET SONORA Sistema para el seguimiento de Licitaciones y Contratos; <https://contraloria.sonora.gob.mx/empresas/sistema-para-el-seguimiento-de-licitaciones-y-contratos.html>

c) CODIGO DE ETICA Y CONDUCTA CBis)Evaluación al cumplimiento del Código de Ética y Conducta 2021 La Unidad de ética de la Dirección General de la Contraloría Social como parte de sus actividades para promover la ética y la integridad en el servicio público estatal invita a :

d) (DECIDES) Sistema de denuncia ciudadana del Estado de Sonora²²¹

e) COMPRANET Sistema para las Contrataciones del Gobierno del Estado²²² de Sonora F: SISTEMA DE INTEGRACIÓN Y CONTROL de Documentos Administrativos. Sistema de Información de Acciones del Gobierno del Estado de Sonora G.Registro Estatal de tramites y Servicios del estado de Sonora I.Firma electrónica Avanzada J.Sistema de solicitudes de información con buscadores Temáticos

Dirección General de Contraloría Social

Su objetivo es promover la participación ciudadana en el control, vigilancia y evaluación de obras, apoyos o servicios que presta el Gobierno, a través de distintos programas que comprende la participación desde infantes hasta adultos mayores, que asumen su corresponsabilidad vigilando y evaluando las acciones de Gobierno

Unidad de Ética, Integridad Pública y Prevención de Conflicto de Interés

En el marco de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y de la Ley del Sistema Estatal Anticorrupción de Sonora, todos los entes públicos están obligados a crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada persona servidora pública. Asimismo, acorde al objeto de la Ley Estatal de Responsabilidades, resultaba necesario establecer mecanismos para la prevención de responsabilidades administrativas y actos

²²⁰ <https://contraloria.sonora.gob.mx/servidores-publicos/declaracion-patrimonial-de-servidores-publicos/declaracion-publica.html>

²²¹ <https://contraloria.sonora.gob.mx/ciudadania/sistema-de-denuncia-ciudadana-del-estado-de-sonora.html>
Plataforma en línea, operada por la Secretaría de la Contraloría General del Estado de Sonora, que les permite participar activamente y al instante en las tareas de control, vigilancia y evaluación de la gestión pública del Estado, a fin de que ésta se desarrolle con legalidad, transparencia, rendición de cuentas y uso eficiente de los recursos

²²² <https://contraloria.sonora.gob.mx/empresas/sistema-para-las-contrataciones-del-gobierno-del-estado-de-sonora-compranet.html>

Plataforma web para la captura, seguimiento y publicación de las contrataciones con normatividad estatal, cuyo objetivo principal de establecer una herramienta tecnológica gubernamental que contenga la información precisa y transparente del gasto público a disposición de la ciudadanía, así como para los proveedores y contratistas interesados en participar en algún procedimiento

de corrupción, además de los que garanticen que se cumplan los principios y obligaciones que rigen la actuación de las y los servidores públicos; así como implementar políticas eficaces de ética y responsabilidad en la función pública.²²³

IV. Resultados hallados

Según se observa Cada uno de los programas precitados se evalúa, se les da seguimiento se presentan Informes y se proponen mejoras. El principal Hallazgo es conocer todas las posibilidades de permear en el capital humano de la Administración Pública de Sonora a través de la Unidad de Ética, Integridad Pública y Prevención de Conflicto de Interés. Así como el trabajar en coordinación con los Contralores de las 32 entidades federativas y la del Gobierno Federal, la Firma de Convenios para homologar los terminos contables utilizados en las auditorías a través de la Firmas de convenios con Municipios y gobierno Federal , las auditorias en tiempo real y la formación en valores de los niños(contralorcitos,contralorcitas) y juvenes (concursos por convocatoria regional-nacional Videos cortos sobre lo que significa para ellos los actos de corrupción)

Control Externo de la Administración Pública Estatal y Municipal en Sonora

Toda disposición y/o proceso, (bien sea general o específico), que tiene lugar en los diferentes niveles y áreas administrativas de un Ayuntamiento²²⁴, puede y debe ser objeto de algún tipo de evaluación y control; así, el desempeño del personal, las finanzas municipales, las compras o adquisiciones, el presupuesto, etc., son elementos a controlar. En el control externo de la administración pública municipal participan dos sujetos: el activo o controlador y el sujeto pasivo que se identifica con la administración pública municipal controlada. En el orden jurídico mexicano, son sujetos activos de control externo: los órganos del poder judicial, el poder legislativo, el órgano técnico superior de fiscalización (en algunas entidades federativas orgánicamente en el poder legislativo, en otras como órgano Autónomo como lo es el caso del Estado de Sonora) y el ombudsman. En el presente escrito solo nos hemos referido al control realizado por medio del Órgano de Fiscalización Superior: el Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización ²²⁵

223 En el Plan Estatal de Desarrollo 2016-2021 en su Eje Transversal I, se establece como objetivo el consolidar una Administración Estatal, transparente, honesta, eficaz y eficiente, fortaleciendo los procesos de prevención, vigilancia, auditoría y verificación de programas, proyectos, servicios, rendición de cuentas y desempeño de las y los servidores públicos.

224 En el Estado de Sonora se cuenta con 72 municipios

225 Artículo 67 CPEESON Reformado primer párrafo, B.O. 13 de enero de 2017 .Los poderes del Estado, los ayuntamientos y demás entidades públicas, independientemente de su naturaleza, son sujetos de fiscalización y estarán obligados, en los términos de esta Constitución y la ley, a rendir cuentas del ejercicio presupuestal que les corresponda. El Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización se constituye como un organismo público autónomo, encargado de la revisión y fiscalización de los estados financieros y cuentas públicas estatal y municipales, en los términos establecidos en esta Constitución y la ley de la materia, también implementará acciones de prevención en materia de corrupción. La función de fiscalización será ejercida conforme a los

A continuación, se lista un resumen de los programas, informes de resultados entre otros, visibles en el portal del ISAF . <https://isaf.gob.mx/atr-seguimiento-de-auditorias/>

Programas: Convenios con Municipios: De Contabilidad Gubernamental (Ley general de Contabilidad Gubernamental DOF 31 de Diciembre de 2008); Capacitación y Firma de Convenios de coordinación y colaboración de No Reincidencias en Observaciones con Municipios. Sistema de Denuncia en Contra de Servidores Públicos del ISAF

también se cuenta con 6 Lineamientos que establecen el contenido y formularios para la elaboración de la información trimestral municipal, 7 Manuales de auditorías y 17 Guías para la elaboración e informes de la cuenta pública:

ISAF Instancia técnica de evaluación en el Estado

De otra parte, la evaluación del uso de los recursos públicos bajo los principios de economía, eficiencia y eficacia constituye un cambio de paradigma para la administración pública. Desde la reforma a la Constitución Política del estado de Sonora que nombra al Instituto Superior de Auditoría y Fiscalización (ISAF) como la instancia técnica de evaluación en el Estado, se han buscado esquemas a través de las auditorías de desempeño para el cumplimiento de esta disposición. Sin embargo, la naturaleza dual del mandato constitucional y la necesidad de diferenciar la actividad auditora de la evaluadora hacia el interior del ISAF y a los entes fiscalizados, llevó a la creación de la Unidad de Evaluación de Políticas y Programas Públicos (UEPPP) el 22 de abril de 2021. En palabras del Auditor Mayor:

La Unidad de Evaluación de Políticas y Programas Públicos (UEPPP), se constituye como el área del ISAF encargada de dar cumplimiento al artículo 150 de la Constitución Estatal y tiene como encomienda, no sólo llevar a cabo las evaluaciones a las políticas y programas públicos, sino también capacitar y promover la cultura de la evaluación en el estado de Sonora. Asimismo, a través de los documentos e informes derivados de las evaluaciones permite llevar a cabo el análisis y reflexión de largo plazo acerca de la realidad de las diferentes problemáticas que vive nuestro Estado, las soluciones planteadas por las diferentes administraciones y el impacto en la posible mejora de las condiciones de vida de la sociedad sonorenses. Como primera evaluación, el ISAF se enfocó en la política de educación superior del estado de Sonora en el periodo 2000-2021, debido a su papel en el desarrollo social y económico de la entidad. ... de la globalización y la necesidad de un desarrollo sustentable... ha coadyuvado a la diversificación de la oferta educativa y la especialización profesional. Si bien hay logros ...se generan nuevos retos y oportunidades, que deben ser considerados para la mejora de la

función pública. Este documento, el primero en su tipo para el ISAF, constituye un parteaguas en el análisis y reflexión de la actividad gubernamental en la entidad y deberá servir para la planeación futura de políticas y programas de educación superior en beneficio de la sociedad sonorense.

Según se observa Cada uno de los programas precitados se evalúa, se le da seguimiento, se presentan Informes y se proponen mejoras. Hasta lograr la Instauración de una cultura de la prevención al Interior de la organización a fin de detectar y corregir actos u omisiones que pudieran poner en riesgo la gestión o bien, constituir responsabilidades administrativas de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y el desarrollo de los procesos.

El hallazgo más importante es conocer el primer caso del ejercicio de la nueva facultad conferida a ISAF en el Artículo 150 de la Constitución Política del Estado de Sonora llevar a cabo las evaluaciones a las políticas y programas públicos, y capacitar y promover la cultura de la evaluación en el estado de Sonora:²²⁶

V. Conclusiones

A 7 años de la Reforma Constitucional que dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción y sus homólogos en las 32 Entidades Federativas de manera general, escasos son los casos en los que se determinan responsabilidades administrativas a funcionarios públicos locales o municipales y culminen con la aplicación de una sanción pecuniaria o de inhabilitación temporal en la fase oficiosa.

Lo antes mencionado,obedece seguramente a las numerosas estrategias que durante los últimos seis años se han observado para capacitar a todos los funcionarios en los diversos órdenes jerárquicos Y en la medida que el tiempo pase, los funcionarios por temor o por convicción, podrán lograr un buen desempeño en el ámbito de sus competencias acorde a lo dispuesto en el Artículo 7 de la LRAES, que dicta que las y los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, perspectiva de género, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público.

226 Vide: Evaluación de la Política Pública de educación superior 2000 - 2021 del Estado de Sonora
<https://isaf.gob.mx/wp-content/uploads/2021/09/Evaluacion-de-la-Educacion-Superior-en-Sonora-2000-2021.pdf>

Bibliografía

FERNÁNDEZ RUIZ J., ARAGÓN SALCIDO M. I., Derecho Administrativo del Estado de Sonora, Ed. Porrúa, México 2014

COMISIÓN PERMANENTE DEL H CONGRESO DE LA UNIÓN(2013:1) en GACETA del Senado: LXII/1SPR-29/42937 Dictamen con Punto de Acuerdo de la Comisión Permanente del Honorable Congreso de la Unión
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/42937

INEGI. Cuéntame de México, 2020 [en línea] Disponible en:
<https://cuentame.inegi.org.mx/territorio/division/default.aspx?tema=T>

LANZ CÁRDENAS José Trinidad, La contraloría y el control interno en México, México Ed. FCE, 1987

MARGAIN MANAUTOU Emilio, La Hacienda Pública Municipal, en Tomo II Colección Estudios Municipales, Biolex Vol. 12 Núm. 22, [en línea] Disponible en: https://biolex.unison.mx/index.php/biolex_unison_mx/issue/view/23 Revista Jurídica DD, Universidad de Sonora, 2020

MORALES Z.M.A., BANDA C.A.L., GONZÁLEZ B.A.V., et.al., Sistemas de Control, México, UNISON, 2010

SERRA ROJAS Andrés, Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 1994 UGALDE Luis Carlos, Rendición de Cuentas y Democracia, El Caso de México, en Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 21, INE, Primera edición México 2016 [en línea] Disponible en: <https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosdeDivulgacion/docs/21.pdf>

VALVERDE LOYA Miguel Angel, Transparencia, Acceso a la Información y Rendición De Cuentas: Elementos Conceptuales y el Caso de México, en Cátedra UNESCO de Derechos Humanos-UNAM, México, 2004, [en línea] Disponible en: https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_1_Valverde_Loya.pdf

LEGISLACIÓN

Constitución Política del Estado de Sonora

Ley Estatal de Responsabilidades

Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Sonora

LOS DESAFÍOS ECONÓMICOS Y DEMOCRÁTICOS DEL NUEVO FEDERALISMO MEXICANO

Autores//

Carlos Germán Cabrera Beck²²⁷

Resumen

El presente artículo de opinión procura mostrar un panorama real y general de los desafíos económicos y democráticos en el país, pasando por una reflexión a profundidad de la figura del presidencialismo.

Palabras claves: Federalismo, Presidencialismo, Administración Pública, Economía y Política.

Sumario: I.- Antecedentes; II.- El Federalismo en México a través de sus Constituciones Formales y de sus Estructuras Políticas Reales, III.- Contextos de la Administración Actual, IV.- Reflexiones históricas sobre las posibilidades de extensión del Poder Presidencial, V.- Bibliografía

I.- Antecedentes

El mundo y México se encuentran insertos en una etapa de profundas transformaciones y reacomodos geopolíticos que parecen coincidir con el cambio de milenio.

En América Latina se habían observado interesantes avances democráticos que prometían a nuestros países esperanzadoras expectativas políticas en un futuro cercano y también una mayor y mejor integración económica para beneficio de sus habitantes.

En el caso de nuestro país, una incipiente redistribución de la riqueza permitió la reclasificación de los estratos sociales y económicos, permitiendo que la mayor parte de la población se ubicara en áreas urbanas y suburbanas y dispusiese de un mejor acceso a la capacitación y a las fuentes de trabajo.

Incluso, con optimismo podía suponerse que el país no sólo avanzaba en cuanto a su desarrollo económico formando parte muy consolidada grupo del denominado grupo de los 20 en el contexto internacional, sino que también progresaba aceleradamente en lo que corresponde a su integración étnica, social y cultural.

²²⁷ Doctor en Derecho de la Empresa, autor de varias decenas de capítulos de libros, libros, artículos especializados de carácter científico en la disciplina jurídica.

Sin embargo, de lo anterior pronto surgieron diversos factores alternantes, como la pandemia, que distorsionaron el panorama descrito en el párrafo anterior y bajo el cobijo de la propia democracia, aún imperfecta que con sumo esfuerzo e inversión se había logrado hasta ese momento, aparecieron gobiernos más radicales y enfocados prioritariamente a la atención y promoción de ciertos sectores sociales de la población.

Este tipo de gobiernos instalados ya en no pocos países Latinoamericanos, incluido recientemente el nuestro, han tenido un efecto disruptivo, a guisa de innovador, sobre las tendencias generales y costos de la política y de la economía, que hemos previamente descrito.

La medición precisa de tales efectos en lo político, económico y social, todavía se halla en proceso y sin duda ha generado bastante incertidumbre entre los sectores tradicionales de la población que los observa y también los padece.

De cualquier modo, sabemos que la importancia histórica del continente americano ha sido extraordinaria en el contexto universal y que la inserción de nuestro país en los grandes mercados de Norteamérica ha producido cambios económicos de enorme significación para nuestra población nacional que siguen operando hasta la fecha.

Ejemplo de ello, lo constituye el cuantioso comercio internacional que se verifica con nuestro vecino país del norte. También los grandes beneficios que recibe nuestra población nacional gracias a las remesas enviadas por nuestros connacionales que laboran en Estados Unidos.

Semejante asociación económica ha generado así mismo otra de tipo financiera y monetaria entre ambos países.

En tal virtud, nos ha correspondido vivir y presenciar fenómenos inéditos, diríase que incluso imprevisibles, tanto en el entorno internacional, como en el propio nacional, nos obliga a un repaso y Re-pensamiento a cerca de las estructuras políticas y democráticas del mundo y de México.

II.- El Federalismo en México a través de sus Constituciones Formales y de sus Estructuras Políticas Reales

Además de las revolucionarias ideas del liberalismo político del siglo XVIII, la recepción del constitucionalismo en México, ocurre por una doble vía: La experiencia del parlamentarismo monárquico gaditano de 1812, que fue directa y vívida y la fuerte y en su momento prestigiosa influencia del federalismo norteamericano que resultó indirecta en cuanto no presencial y que terminaría imponiéndose ideológicamente en

nuestro país el año de 1867 después de prolongadas e irreconciliables guerras civiles.

Durante el período de lucha, gestada durante la independencia nacional y continuada a partir de la declaración de independencia, intervenciones, cuartelazos y constituciones fueron y vinieron, protagonizados por los llamados “partidos” conservador y liberal.

Tales “partidos” no lo eran en realidad como hoy los entendemos, sino que configuraban más bien a grupos políticos identificados con una parte de la población nacional y en su caso, con determinadas potencias extranjeras.

América y sus recién independizadas naciones jóvenes, seguían siendo presa de ambiciosos intereses geopolíticos que disputaban su predominio sobre ella: los países europeos que no se conformaban con perderla y la nueva y emergente “América para los americanos”.

Etapas de esas luchas y disputas quedaron representadas en las diversas constituciones del siglo XIX, hasta la afirmación ideológica del constitucionalismo federal ocurrida a partir del triunfo definitivo del grupo político liberal, el cual paradójicamente, gobernaría ejerciendo un centralismo político absoluto.

En la actualidad, se han observado cambios muy importantes en lo que corresponde a las “reglas del juego” político que operan en nuestro país.

El centralismo político que se ejerció durante décadas a pesar de la fórmula federalista previamente adoptada, en nuestra modesta opinión resultó necesario para recuperar la gobernabilidad y combatir los cacicazgos.

La alternancia de partidos en el ejercicio del poder Ejecutivo Federal fue la punta del “iceberg” de un fenómeno de descentralización política no sólo institucional, sino también reales material, el cual coincide con la aparición “empoderamiento” de fuertes grupos de presión no necesariamente proveniente de la sociedad civil regular y que tampoco representan a los que habíamos conocido tradicionalmente.

Estamos pues ante la presencia de un nuevo federalismo por llamarlo así que ha deslizado el ejercicio del poder político a instituciones, grupos y personas diferentes, tanto regularmente constituidas, como irregulares, cuyo reconocimiento y nuevos códigos de actuación no solo no se encuentran bien establecidos, sino que han cambiado e incluso pugnado según la visualización de un régimen a otro.

Podemos entonces concluir en lo referente a este punto, que nos ubicamos, en una etapa de una transición política, aún no consolidada.

III.- El Contexto de la Poderosa Administración Actual resultante de una elección por fin afortunada para ellos.

El triunfo del aglutinante grupo y partido en el poder a partir del 2018, no se debió solamente a los encontrados e insatisfechos sentimientos de un sector significativo del electorado, alentado por percepciones de altanería y corrupción, posibles actitudes antinacionales o ignorancia e incompetencia técnicas, sino también a un atemperamiento de la campaña opositora emergente y a maniobras políticas previas que fueron canalizando el resultado final.

Pero, por otro lado, las representatividades del Estado de máxima jerarquía se enfrentan también a situaciones complejas y difíciles de manejar tanto en lo que atañe a la considerable complicación técnica que involucran, como en lo tocante a los numerosos, polifacéticos y muchas veces encontrados intereses de los grupos integrantes de la sociedad política, entre otros factores.

El diseño hedonista-materialista que han adoptado las sociedades contemporáneas, aunado a una educación masificada de baja calidad y sumado a la disponibilidad de tecnologías de la información y acceso a mecanismos democráticos aún imperfectos, pero antes inexistentes, ha propiciado en poco tiempo dentro de la perspectiva histórica, cambios muy importantes dentro del quehacer político que se derivan de la nueva estructura social.

Hay que reconocer lamentablemente un abatimiento de los parámetros de calidad, incluso para su mero reconocimiento, lo cual representa una constante nacional e internacional.

Así, no es extraño ni lo había sido, que se encuentren legisladores en posesión de sus curules quienes nunca vieron ni por encima la Constitución del Estado o administradores públicos sin adecuados antecedentes formativos, carentes de experiencia respecto a las competencias de los puestos que ocupan y acerca del marco jurídico que les rige y sin suficiente capacidad de previsión acerca de las posibles consecuencias acarreadas por sus propias decisiones.

Todo ello conlleva a un deterioro de las acciones legislativas y administrativas que retarda y hace más difícil el desarrollo perfectible de un Estado nacional que, como hemos indicado y como también se reconoce internacionalmente, posee un enorme potencial de liderazgo y desarrollo infelizmente desaprovechado.

IV.- Reflexiones sobre las posibilidades de extensión del Poder Presidencial en México.

La adicción al ejercicio del poder es un fenómeno bien estudiado en el ámbito de la Ciencia Política.

Para el político puro, el afecto hacia el poder supera a la ambición dineraria, además del hecho ampliamente comprobado de que la riqueza se arrastra frente al poder, excepción hecha de aquellos casos en que el poder económico sea la causa eficiente del político o tenga la capacidad de rivalizar con él, como ha ocurrido en los países altamente mercantilizados o utilizando una expresión bíblica, adoradores ante todo del becerro de oro.

La historia de nuestro país demuestra la dificultad general de conservar y retener el poder durante largos períodos de tiempo.

Sin embargo, el anecdotario político nacional evidencia los esfuerzos sostenidos que han sido realizados en ese sentido desde la consumación de la independencia nacional, tanto en el siglo XIX, como en el siglo XX.

La incógnita subsiste en la ocurrencia del siglo XXI, que ya contabiliza hasta la fecha la titularidad de cuatro presidentes y tres partidos o "corrientes" políticas distintas.

Citaremos decimonómicamente que Antonio de Padua López de Santana, se reeligió once veces para la presidencia de la República, utilizando a lo largo de su historia personal, diferentes designaciones, características y títulos, mismos que fueron evolucionando desde un colaboracionismo colonial, un infructuoso intento de adhesión imperialista, un falso federalismo utilizado como pretexto político, hasta culminar e intentar consolidarse en su "alteza serenísima", que de ella seguramente muy poco poseía.

El Lic. Benito Juárez García, por su parte, falleció en sus discretas habitaciones particulares del ala norte de Palacio Nacional ostentando el cargo de Presidente de la República, el día 18 de julio de 1872, después de haber arribado a la presidencia por disposición constitucional, de haberse mantenido en ella real o simbólicamente durante largos años y de haber manipulado a su favor con toda su habilidad y poder las últimas elecciones. Como burócrata emprendedor y cumplido, todavía el día anterior había despachado desde temprano. Cuando en su lecho de muerte, tal vez él aún no convencido de esto último, alguien le preguntara que, si en caso necesario hubiera que nombrar a un interino a quién sugeriría, Don Benito no contestó, tal vez musitando en su interior para sí mismo "yo, siempre yo".

El Gral. Porfirio Díaz Mori ocupó la presidencia entre 1876 y 1880 y entre 1884 y 1911, cargo que finalmente abandonó con la presentación de su sentida y documentada renuncia de 25 de mayo, después de ejercer el poder durante 31 años, para finalmente abordar en Veracruz el buque de vapor Ipiranga con destino a Europa y domiciliación definitiva en París.

Ya bien entrado el siglo XX, terminada en Teoloyucan la primera etapa de la lucha social revolucionaria, se desatan las pasiones y las guerras intestinas por la detentación del poder.

Al triunfar por su parte Don Venustiano Carranza Garza y después de haber ejercido su período presidencial, quiso imponer como sucesor en la presidencia a un personaje desconocido, enfrentando así al grupo obregonista del que pretendió rauda y violentamente deshacerse, para epilogar su última aventura política en Tlaxcalaltongo.

El Gral. Álvaro Obregón Salido, después de su período cuatrienal de 1921-1924, acordó y logró formalmente reelegirse sin haber asegurado cabalmente la anuencia norteamericana, para inaugurar un nuevo sexenio en 1928, pero fue arteramente asesinado el 17 de julio de ese mismo año durante un banquete que le ofreció la diputación guanajuatense en el sanangelino restaurante campirano "La Bombilla" al son del "Limoncito", por el caricaturista León Toral (posiblemente auxiliado involuntaria y sorprendentemente por otros dos sicarios).

El Gral. Plutarco (de nombre) Elías (apellido paterno) Campuzano (apellido materno), mejor conocido como "Calles" por la adopción voluntaria del apellido de su padrastro, sin ostentar personalmente la titularidad del Poder Ejecutivo y con el apoyo del procónsul Morrow, por cierto suegro del aviador Charles Lindbergh, logró influir decisivamente en las nominaciones presidenciales de Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio, Abelardo Rodríguez Luján e incluso Lázaro Cárdenas del Río, hasta que este último hábil e incruentamente lo expulsó del país aprehendiéndolo sorpresivamente en 1935 mientras en bata y en su cama se ilustraba con el libro *Mein Kampf* de un tal Adolfo.

La consolidación del sistema político priísta en sus tres versiones y purgas históricas (PNR, PRM y PRI), contribuyó a regular, acotar e institucionalizar el ejercicio del poder desde la Presidencia de la República, aunque no impidió del todo algunas otras intentonas continuistas que, como tales hasta la fecha, ya no pudieron prosperar.

Posiblemente una de ellas fue la de Miguel Alemán Valdés, al intentar influir en la designación de un sucesor incondicional, propósito que no tuvo el éxito deseado, sino todo lo contrario.

Otra intentona mencionable pudo ser la de Luis Echeverría Álvarez, quien procuró infructuosamente manipular a su inesperado sucesor, pero acabó en las islas Fidji.

Se piensa que, al término de la administración presidencial de 1994, se realizó coactivamente un esfuerzo similar, que tuvo muy mal fario y culminó en una persecución y reyerta esta última vigente hasta la fecha, que motivó incluso una intervención internacional en su momento para el restablecimiento de la normalidad política y económica.

Así las cosas, la “institucionalización” del poder parecía resultar más fuerte que los esfuerzos unipersonales para continuar ejerciéndolo.

Bajo tales circunstancias, la reelección presidencial se convirtió también en un tabú político y en una expresa prohibición constitucional preservada hasta la fecha. El lema revolucionario “Sufragio efectivo, no reelección” hoy relativamente olvidado, calzó todos los comunicados oficiales durante mucho tiempo, así como el águila mexicana perfilada sobre un nopal y sujetando una serpiente, los presidía en su margen superior izquierdo, práctica documental que más recientemente ha sido primero recordada y luego abandonada.

Hoy vive México una nueva etapa de desordenada e incierta transición política que se ha prolongado bastante a partir de la decadencia del priismo, la relativa descentralización del poder y una “alternancia” iniciada en el año 2000.

La no reelección real o virtual mediante el sufragio relativo, pareciera una meta que ha tenido verificativo ya que ha sido contenida desde 1928, de una u otra maneras.

V. Bibliografía

Agulla, Juan Carlos. SOCIOLOGÍA DE LA EDUCACIÓN, Buenos Aires, Paidós, 1967. P.214

Cabrera Beck, Carlos Germán. EL NUEVO FEDERALISMO INTERNACIONAL, México, Porrúa, 2016. P. 303

Castellanos, Francisco. LAS DEVALUACIONES DEL PESO, México, Jac´s S. A.,1976. P. 59

Friedman, George. THE NEXT DECADE, Estados Unidos, Anchor Books, 1976. P. 246

Galbraith, J. Kenneth. DINERO, México, Diana, 1976. P.336

Henri. ORÍGENES DEL CAPITALISMO MODERNO, México, Fondo de Cultura Económica, 1961. P. 151

Paul, Willi. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, México, S.XXI, 1989. P. 493

Rius. HISTORIA DEL CAPITALISMO, México, Posada, 1991. P. 147

EL ABUSO Y LA BUENA FE PROCESAL***Autor//**

Prof. Aniello Merone**

Resumen

En la jurisprudencia se recurre cada vez más a la noción de “abuso procesal” mediante la cual es posible superar el tenor de la ley procesal y ofrecer al juez una discrecionalidad muy amplia. La consecuencia es ver debilitada la función de garantía, tradicionalmente asegurada por las normas procesales, así como el derecho individual a la justicia. En este ensayo se plantean una serie de críticas con el objetivo de demostrar que es imposible reconocer al concepto de abuso de derecho el valor de una cláusula general.

Palabras clave: abuso procesal – justo juicio – buena fe – escasez del recurso

1. Introducción

La noción de “abuso procesal” es utilizada por la jurisprudencia para sancionar el ejercicio de la acción judicial — aunque conforme con la ley — que se considera excesivo o desviado con respecto a la protección del interés sustancial.

Como en el caso del abuso de derecho, también en el abuso procesal se respeta la ley — en el abuso de derecho, la ley sustantiva y en el abuso procesal, la ley procesal — y por esta razón es necesario identificar un criterio de clasificación prejudicial de abusividad que sea diverso de la ley.

Bien diferente es el marco en el que se sitúa la categoría de abuso cuando se refiere al proceso *contra legem*, fraudulento, especioso, emulado, fiduciario, etc. para el cual los legisladores han identificado desde hace tiempo soluciones con el fin de eliminar el perjuicio al que este está ligado²²⁸.

228* Ponencia al Congreso de Facultades y Escuelas de Derecho de la RIU, organizado en Querétaro el 23 de marzo de 2022

** Profesor Asociado de Derecho Procesal Civil y Coordinador de la Maestría en Derecho de la Università Europea di Roma (UER), donde también desempeña la función de Delegado del Rector y Coordinador de Relaciones Internacionales. Doctor en Derecho de Arbitraje Internacional de la Libera Università Internazionale di Studi Sociali (LUISS) de Roma. Miembro del Consejo de profesores de programas de doctorado internacional en Teoría general de procesos en la Libera Università Mediterranea (LUM) de Casamassima. Director del Consejo editorial de la Revista de Derecho Deportivo del Comité Olímpico Italiano y miembro de los Consejos editoriales de otras revistas científicas.

Véase Piero Calamandrei, *Il processo come giuoco* (1950), *Opere giuridiche*, I, editado por Mauro Cappelletti, Nápoles, 1965, 537 ss. En Italia los remedios se buscan en la revocación extraordinaria ex art. 397, coma 1, n. 2, del código procesal civil y en la oposición del tercero ex art. 404, co. 2 del código procesal civil.

Por el contrario, la noción de abuso procesal que trataré en este ensayo sirve para reprimir conductas que, aunque respetuosas con las reglas técnicas²²⁹ del proceso, son calificadas como “injustas” en base a criterios externos a la ley y diversos de ella, los cuales podrían emerger del “derecho”, como expresión específica de la difícil relación entre “ley” y “derecho”; podrían vincularse a la “moral”, planteando en un sector específico de la normativa jurídica el conflicto entre “ley” y “moral” y podrían implicar una connotación “política”, replanteando el reparto de poderes entre la jurisdicción y el ámbito político-administrativo²³⁰.

Observando las numerosas resoluciones judiciales, vemos que, mediante el uso de esta noción, la jurisprudencia declara su intención de llevar a cabo un proceso “justo”, un proceso que tenga una “duración razonable” y un proceso que tenga como objetivo proteger los intereses “dignos”.

El enfoque jurisprudencial, por tanto, parece obedecer a una preocupación moral ligada a cada proceso específico²³¹.

Al mismo tiempo, sin embargo, la jurisprudencia italiana, al enmarcar el tema en cuestión, pone de manera reiterada y constante el énfasis en la escasez del recurso jurisdiccional (del “servicio de justicia”), proyectando así esta exigencia con referencia a todos los juicios.

De esta manera, la categoría de abuso procesal, por un lado, entrelaza la dimensión individual de la tutela de los derechos y la vocación colectiva de la función judicial. Por otro lado, persigue el interés público de la asignación eficiente de un recurso escaso y, en consecuencia, resulta un instrumento de optimización del beneficio general de la comunidad.

Alcanzar estos objetivos se traduce en una evaluación judicial, que plantea dos exigencias claras: “cómo” deben ejercerse los poderes procesales y “cuándo” deben limitarse para asegurar la realización de esos objetivos.

En esta breve reflexión intentaré evidenciar cómo el abuso procesal no puede fun-

229 Según la definición de Ernesto Tullio Liebman, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale* (1950), *Problemi del processo civile*, Nápoles, 1962, p. 132, ss., pp. 134-135.

230 Sobre las relaciones entre la ley y derecho, moral y política, véase Giovanni Verde, *Il difficile rapporto fra giudice e legge*, Nápoles, 2012.

231 Andrea Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, en *Il Diritto processuale amministrativo*, 2016, pp. 23 ss., p. 36 observa cómo «No es la primera vez que esto sucede. Podría decirse que a lo largo de toda la historia del proceso moderno se han intercalado períodos en los que la moral actúa por el cambio en favor de la garantía del individuo, marcados por la supremacía de la moral individual con períodos proporcionalmente opuestos en los que prevalece el interés colectivo, caracterizado por la superación del interés individual en la ética personificada por el Estado, en la vida social o en el interés de la mayoría» (traducción propia).

darse ni en el principio de “juicio justo”²³², ni en la interpretación “sustantivista” del concepto de interés en ejercitar una acción, así como lo propone el Tribunal Supremo italiano (*Corte di Cassazione*).

2. El abuso procesal y la interpretación “sustantivista” del concepto de interés en ejercitar la acción

Esta interpretación se ha formado desde 2007 en relación con la hipótesis de división y pendencia simultánea de la demanda judicial (por ejemplo, créditos diferentes, pero relacionados con el mismo contrato de duración) en cuanto la Corte Suprema niega “*el ejercicio de la acción de forma excesiva o desviada con respecto a la protección del interés sustancial que marca el límite, así como el motivo de la atribución, a su titular de la potestas agendi*”²³³.

Por supuesto, la confusión entre el derecho sustantivo y la acción concentra la atención únicamente en el ejercicio de la facultad de acción, descuidando su carácter de situación jurídica subjetiva.

Además, la jurisprudencia sostiene que la regla de la equidad y el principio de buena fe, así como los valores de la solidaridad social recogidos en la constitución italiana²³⁴, deben operar en el proceso — en Italia a través del deber de lealtad y probidad de las partes²³⁵ — y ser entendidos como una proyección en el proceso (judicial) de los principios de comportamiento conforme a equidad y de la ejecución conforme a la buena fe, al que debe ajustarse una relación de obligatoriedad. Este principio debe referirse y continuar, no solo en la fase de ejecución de la relación sustantiva, sino también durante el momento de la deducción judicial de la misma relación.

Sin embargo, como bien se ha dicho, de esta forma la abusividad de la conducta procesal se deriva de la violación de los límites considerados en el derecho sustantivo

232 Principio que se puede deducir en general del art. 6 de la Carta Europea de los Derechos Humanos. Para comprender el impacto en el proceso del principio del “juicio justo” y de los principios relacionados, tal como son interpretados por la jurisprudencia, véase Giovanni Verde, *Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata*, en *Rivista di diritto processuale*, 2010, pp. 505, 351 ss., 569 ss.; Las Actas de la XXVIII conferencia de la asociación italiana de estudiosos del proceso civil, *L’abuso del processo*, Bologna, 2012; Giuseppe Tropea, *L’abuso nel processo amministrativo*. Studio critico, Nápoles, 2015.

233 Cass., Sez. Un., 15 noviembre 2007, n. 23726, en *Foro italiano*, 2008, 1519 ss., con una nota crítica de Remo Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*. Con respecto a este tema véase también Cristina Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, 54 ss.

234 Principios reconocidos por el art. 2 de la Constitución y con respecto a los cuales se critica también la interpretación de la jurisprudencia por su elaboración del concepto de “abuso del derecho”. Véase Cesare Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Código civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, pp. 100-102.

235 Principio declarado por el art. 88 del código procesal civil italiano. Con respecto a este tema véanse las Actas de la XXIX conferencia de la asociación italiana de estudiosos del proceso civil: *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015.

y llamados a operar, por su origen y naturaleza, fuera del juicio²³⁶.

Varias son las ambigüedades de la concepción sustantiva propuestas por la jurisprudencia, que parece no poder superar numerosas objeciones. En primer lugar, se puede observar que, también en el plano del derecho sustantivo, entre “abuso” (de derecho) y “buena fe” se produce una superposición de figuras que, sin embargo, deben diferenciarse, dado que el abuso de derecho es una categoría del acto y la buena fe es una categoría de la relación²³⁷.

Además, el enfoque jurisprudencial coincide con la concepción del proceso (tanto anticuada como minoritaria) que considera la acción indisoluble del derecho y la dota, además, de un carácter sustantivo²³⁸ o, de manera similar, con una visión de proceso “contractual” y “casi-contractual”²³⁹. Teorías del siglo pasado que no han encontrado acierto, principalmente por la dificultad de enmarcar el papel del juez, puesto que, al concebir el proceso como un contrato, el papel del juez termina por confundirse con el de un notario.

Para devolver al juez el cargo que le compete, por lo tanto, se hace necesario negar, no solo que la acción pueda resolverse ejerciendo el derecho sustantivo, sino que se debe además reconocer que esta es diferente del derecho sustantivo y, en general, postular la autonomía del fenómeno procesal con respecto al sustantivo²⁴⁰.

Un meta cada vez más justificada, donde recordemos que (i) el proceso, aunque constituye un instrumento del derecho sustantivo, es también instrumentalizado por el derecho público²⁴¹ y que (ii) las posiciones subjetivas en que se declina la relación procesal poseen intereses distintos a los intereses objeto de las relaciones sustanciales y que se relacionan a la sentencia del juez²⁴².

236 Andrea Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d abuso del processo*, cit., 29-30.

237 Véase Carlo Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 108 ss, que observa como en el primer caso se trata de un vicio del poder y en el segundo se trata de una fuente de integración de la relación de obligatoriedad.

238 Enfoque que encuentra su mayor formulación en el pensamiento de Werner Goldschmidt, quien apoyó toda su obra en el concepto de “ley de justicia material” (*materielles Justizrecht*) y para hacer de “la res y el iudicium una y la misma cosa” (traducción propia). Véase Ernesto Tullio Liebman, *L’opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 140.

239 Se trata de una interpretación histórica, adquirida por los estudiosos de la Edad Media y transmitida durante los siglos siguientes, por la que el proceso ha sido considerado durante mucho tiempo un asunto privado de las partes: un fenómeno enteramente dominado por el elemento convencional, es decir, sobre los acuerdos que intervienen inter-partes, regulados por disposiciones de derecho sustantivo. Véase Augusto Chizzini, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 45 ss.

240 Véase Giovanni Verde, *Intervento*, en *L’abuso del processo*, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., 202.

241 Aunque en un panorama general que ve el desvanecimiento gradual de los dogmas de la jurisdicción como expresión del poder estatal y de la legalidad del procedimiento, como demuestra ampliamente Nicola Picardi, *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*, Milán, 2007, p. 165 ss.

242 Véase Andrea Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Turín, 2005, p. 413 ss., quien bien explica como el derecho a

Por lo tanto, muchas de las afirmaciones con las que la jurisprudencia esboza los elementos estructurales del concepto de abuso procesal resultan cuestionables²⁴³.

3. El abuso procesal y el principio de “juicio justo”

Una vez depurado el enfoque jurisprudencial de las estructuras “civilistas” y analizado en profundidad su aspiración, este antepone a las demás exigencias el interés público de gestionar de forma prudente un recurso escaso, en una perspectiva explícitamente utilitaria, puramente cuantitativa de la utilidad individual y colectiva, según el pensamiento de Jeremy Bentham²⁴⁴.

Esto no debe sorprendernos, porque en la medida en la que el proceso se atribuye a la esfera pública y se eleva a institución contribuyente del bienestar social, de igual forma, parece inevitable considerar la controversia civil una violación del bien común.

Como consecuencia, la justificación del abuso procesal se basa, de acuerdo con la jurisprudencia, en la supuesta capacidad de este concepto para favorecer un fin colectivo, aumentando el bienestar general vinculado a la prestación del servicio justicia y orientando todo el sistema hacia un proceso más justo.

Sin embargo, la construcción del concepto de abuso procesal ofrecida por la jurisprudencia redefine el mismo concepto de “juicio justo”, que una vez más es utilizado para incluir en el proceso nociones completamente ajenas a él y claramente sustantivas (incluso la solidaridad social), que lo alienan de su declinación objetiva y normativa²⁴⁵.

Es inevitable, en efecto, que las características de las garantías de protección individual cambien si se enfatizan los fines colectivos del proceso unidos con instancias solidarias. Si ponemos todas la atención en evidenciar la escasez del recurso judicial, la principal preocupación tenderá a ser la de garantizar una adecuada distribución de los recursos entre los ciudadanos.

Así se corre el riesgo de perseguir fines no conciliables con una teoría de los derechos individuales de protección judicial —incluyendo el derecho a ejercitar una acción en juicio y los otros derechos procesales (poderes y facultades que conciernen al demandante, al demandado y a las demás partes del proceso)— que siempre debe ser

ejercitar una acción judicial depende de la solicitud a una decisión sobre la demanda y no de la solicitud a una decisión favorable.

243 Para una crítica extensa y detallada, véase Andrea Panzarola, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari 2022, 121 ss.

244 Véase Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, trad. italiana di Eugenio Lecaldano, Turín, 1998. Sobre el pensamiento de Bentham véase Francesco Ferraro, *Il giudice utilitarista*, Pisa, 2011, p. 157, ss.

245 Remo Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito*, cit., 1519 ss.

presidida —con respecto a cualquier forma de arbitraje— por medio de una normativa procesal, que sea precisa y predecible.

Por el contrario, una lectura hermenéutica del interés en ejercitar una acción²⁴⁶ y de la meritoriedad de la protección solicitada²⁴⁷ hecha ex post parece alejarse significativamente de este presidio, ofreciendo al juez un poder demasiado amplio y discrecional sobre estos derechos.

4. La conexión entre el concepto de abuso de derecho y abuso procesal

No debería sorprendernos que estos sean los riesgos, si nos fijamos en la génesis misma de la categoría de abuso de derecho. Pietro Rescigno en 1965 definió las bases de esta noción, señalando que «*el intérprete deberá identificar la causa típica de cada acción y prescindir del interés en ejercitar una acción siempre que la realización del interés (por el que se resuelve la causa) sea imposible o esté fuera de la representación del demandante*»²⁴⁸.

En cuanto al concepto de causa que Rescigno propone, este resulta difícil de entender si se interpreta según criterios procesales. Aludir a la “causa típica de cada acción” parecería implicar la referencia a un sistema basado en acciones “típicas”²⁴⁹, en marcado contraste con la dimensión constitucional de la acción atípica propia del derecho moderno que, según la lúcida definición de Liebman «*no se expresa en un sistema de acciones, sino en un sistema de derechos, al que la acción socorre en caso de necesidad*»²⁵⁰.

Este concepto de causa, en realidad, ya no se entiende como “causa típica”, ergo objetiva e impersonal, destinada a repetirse siempre de la misma forma, sino como “causa concreta”²⁵¹, es decir, la causa de estas partes en este proceso, según un concepto que bien se presta, por tanto, a un control judicial de meritoriedad.

246 Supuesto procesal cuya importancia ha crecido enormemente si es cierto que Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Milán, 1947, I, 37, lo denomina «la quinta rueda del carro» (traducción propia). Véase también Marino Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 42 ss., p. 60, lo que muestra claramente cómo en varias épocas, y en particular en el régimen nacionalsocialista, la cláusula general del interés en ejercitar una acción sirvió para reducir arbitrariamente la garantía de la tutela judicial.

247 Con referencia a este tema, Maria Francesca Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milán, 2004.

248 Véase Pietro Rescigno, *L'abuso del diritto*, en *Rivista diritto civile*, 1965, I, 205 ss., p. 256 (traducción propia).

249 Como en la Edad Media, caracterizada por la difusión de tratados, los arbores actionum, relativos a los diversos tipos de acciones. Véase Andrea Errera, “Arbor actionum”: Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori, *Bolonia*, 1995, p. 240 ss.

250 Ernesto Tullio Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile (1949-1950)*, *Problemi del processo civile*, cit., 37 (traducción propia).

251 Rita Rolli, *Causa astratta e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 123 ss.

Control judicial por su carácter discrecional, mediante el cual la jurisprudencia se orienta al día de hoy hacia subordinar el interés en ejercitar una acción y, por tanto, la posibilidad de protección de los derechos relativos, a necesidades colectivas vinculadas a un bien público, con el claro riesgo de caer en reconstrucciones que socaven la previsibilidad de las normas y la seguridad de las garantías procesales.

De hecho, se ha evidenciado como no es casualidad que, en la reflexión sobre el abuso procesal, se haya propuesto traspasar el principio de proporcionalidad también al juicio civil²⁵². Principio difundido y ya aplicado en numerosos sectores del sistema jurídico, en los que tradicionalmente punta a fortalecer las garantías del ciudadano con respecto al ejercicio del poder, que todavía aparece fuera de contexto si se usa para equilibrar un derecho fundamental (el derecho a ejercitar una acción) y el interés público a un juicio justo (que se declina en términos “económicos/de eficiencia”)²⁵³.

Por tanto, es incorrecta la posición que pretende trasladar el concepto de abuso de derecho al contexto procesal o que pretende justificar la existencia del segundo en razón del primero, ya que, mientras el abuso de derecho se inscribe correctamente en el marco del derecho privado, en el que las cláusulas y los principios generales son frecuentes, no puede decirse lo mismo del abuso del proceso encuadrado en el contexto del código procesal, compuesto de reglas y formalidades²⁵⁴ más específicas que no se concilian con una noción generalista que concede al juez una discreción, más que amplia, casi extrema²⁵⁵.

5. Objeciones a la finalidad colectiva de administrar un recurso escaso

Volviendo al análisis de los fines colectivos que la jurisprudencia persigue a través de la categoría de abuso procesal, merece particular atención la voluntad de perseguir el interés público de la eficiente administración de un recurso escaso. Resulta útil reiterar que esta finalidad colectiva debería ser dominio exclusivo de la política, es decir, del poder legislativo y de la administración.

Son estos, en efecto, los poderes del Estado que, a diferencia del poder judicial o del juez individual, disponen de los elementos empíricos necesarios para brindar una protección coherente en caso de escasez de recursos.

252 Véase Remo Caponi, Intervento, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., 223. Para una amplia crítica de la introducción del principio de proporcionalidad al juicio civil, véase Giuseppe Tropea, L'abuso del processo, cit., pp. 191, 254, 479.

253 Véase Andrea Panzarola, Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo..., cit., pp. 42-43.

254 Sobre la diferencia entre los dos ámbitos, véase Giovanni Verde, Intervento, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 194, 202.

255 Así, Andrea Panzarola, Presupposti e conseguenze..., cit., pp. 78-79, quien habla de una noción «entre la política y el derecho, imbuida de connotaciones morales» (traducción propia).

Por un lado, resulta improbable que el juez disponga de la información necesaria para establecer si una determinada elección sirve al propósito colectivo de distribuir eficientemente los recursos judiciales.

Por otro lado, afirmar que ciertos tipos de causas deben prevalecer sobre otros, por parecer más meritorios a los ojos del juez -o más importantes- ¿puede considerarse de mayor utilidad para la comunidad? ¿puede considerarse un criterio que nos ayude a tomar decisiones más justas -más morales-?

No siendo posible responder a estas preguntas mediante una investigación empírica o un grado razonable de aproximación, en la práctica es posible observar como este tipo de enfoque afecta con toda certeza a la garantía de los derechos de la persona, corriendo un riesgo real y tangible de dañar la previsibilidad de la normativa procesal.

Por supuesto, esto no quita que el proceso se vuelve más eficiente si el juez, cuando se enfrenta a la normativa procesal, tiene en cuenta las consecuencias “económicas” de sus elecciones (como lo demuestran los análisis económicos del derecho²⁵⁶), siempre que los intereses que van a satisfacer no resulten meramente teóricos, fruto de una presunción puramente especulativa.

Dicho esto, aunque por supuesto no nos olvidamos de la situación de crisis general y de la escasez efectiva de recursos judiciales, tampoco podemos considerar -y justificar- el recurso al abuso procesal como respuesta/remedio a una condición que se asume de extraordinaria dificultad y que justifica un permanente estado de excepción²⁵⁷. En ese caso, el enfoque jurisprudencial que somete/subordina el abuso procesal al servicio de una exigencia pública entra en conflicto con el principio de legalidad²⁵⁸.

6. El abuso procesal y el ejercicio de la discrecionalidad

Por lo tanto, es evidente que el concepto de abuso procesal se basa en una situación de discrecionalidad — relativa o reglamentada, ciertamente no absoluta — en relación con el establecimiento y desarrollo del proceso, el cual necesariamente debe estar presidido por criterios del ejercicio del poder que puedan proteger a las partes del arbitraje del juez. Por otro lado, que esta discrecionalidad pueda conducir, como sucede con frecuencia, a posiciones arbitrarias es demostrado por el hecho de que en algunos casos se califica como abusiva una conducta procesal, independientemente de si se ha llevado a cabo una investigación sobre el estado subjetivo (negligencia o dolo) del demandante, que se considera superflua: es este el caso de la división y pendencia simul-

256 Véase Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 9ª, University of Chicago Law School, 2014, spec. cap. 20-24.

257 Véase Giorgio Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, 1, Turín, 2003, pp. 9-10.

258 Véase Andrea Panzarola, *Presupposti e conseguenze...*, cit., p. 48.

tánea de la demanda judicial, donde se habla de abuso procesal “*en sentido objetivo*”.

Resulta difícil aceptar la idea de que la división y pendencia simultánea de la demanda, así como cualquier otra solicitud, deba causar un perjuicio punible *in re ipsa*.

Al contrario, el concepto de abuso no parece poder ignorar la necesidad de una verificación concreta: evaluar si un comportamiento, potencialmente abusivo, ha resultado en una violación del deber de lealtad y probidad de las partes — es decir, la regla de la equidad y el principio de buena fe (objetiva) — y ha producido un agravante afectivo de la condición de la contraparte²⁵⁹.

También sería importante considerar que una condición de discrecionalidad puede ser propia de ambas partes y, por tanto, no debería considerarse abuso si, ante la libre conducta de una de las partes, existe la posibilidad de que la contraparte reaccione neutralizando las consecuencias negativas²⁶⁰.

7. Conclusiones

Todos los argumentos propuestos a lo largo de este ensayo convergen y, por lo tanto, demuestran que, por un lado, el enfoque jurisprudencial resulta incompleto y, por otro lado, que no es posible construir un concepto significativo de abuso procesal, entendido como cláusula general.

Esto no quiere decir que los problemas evidenciados por (y que trata de remediar) el enfoque jurisprudencial no exista. Existen y, de hecho, son comunes a la mayoría (incluso a la totalidad) de los sistemas jurídicos, desde hace muchos años.

Sin embargo, sería preferible considerar que no existe un abuso procesal sino *una serie de posibles abusos procesales*, regidos por la disciplina codicística existente y, especialmente, por la disciplina que supervisa la distribución del pago de los costos del proceso²⁶¹.

No es aceptable el intento de la jurisprudencia de enunciar una especie de “concepto fundador” sobre el que desarrollar una acción, o incluso un programa, para integrar la realidad de los juicios civiles.

259 Véase Giulio Scarselli, Sul c.d. abuso del processo, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., p. 157 ss.

260 De lo contrario se terminaría fortaleciendo demasiado el, así dicho, principio de autorresponsabilidad, sobre el que es legítimo tener reservas. Con respecto a este el tema, véase Sergio Menchini, Principio di preclusione e autoreponsabilità processuale, en Etica del processo e doveri di verità delle parti, Actas de la XXIX conferencia ..., cit., p. 71 ss.

261 Véase Michele Taruffo, L'abuso del processo: profili generali, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., p. 33 ss.

Por lo tanto, debemos definir el espacio efectivo reconocido a la disposición sobre lealtad y probidad de las partes²⁶², que, sin duda, se recoge en casi todos los códigos procesales civiles. Es un tema actual y, aunque para algunos sea una disposición puramente admonitoria, con repercusiones exclusivamente en el ámbito deontológico o en relación con la disciplina de los costos; para otros es la piedra angular sobre la que fundamentar un amplio y profundo deber de integridad²⁶³.

Además, resulta evidente que esta disposición no permite superar las objeciones ya planteadas y que este deber de lealtad y probidad nos consiente introducir en el proceso civil los principios sustanciales en los que debe basarse la relación de obligatoriedad, tales como el principio de buena fe (objetiva) y la regla de la equidad, así como los valores de la solidaridad social.

En este sentido es útil considerar la reflexión de Piero Calamandrei que, una vez aprobado el código procesal civil italiano de 1940, se preguntó si con la introducción de la disposición sobre lealtad y probidad de las partes y abogados el legislador había querido introducir, *«con su afirmación tan categórica, una especie de exceptio doli generalis, que puede oponerse, independientemente de las sanciones especiales de nulidad, contra todos los actos procesales movidos por una intención desleal»*²⁶⁴.

*Aunque era consciente de que una respuesta negativa a esta pregunta permitiría «que un poder procesal pudiese ser ejercido válidamente por el privado con fines opuestos a los de la justicia», señaló de todas formas que «el jurista honesto debe precaverse contra la tendencia a trasladar la resolución de los casos jurídicos del nivel del derecho al de la moral»*²⁶⁵.

Las palabras del ilustre jurista florentino nos recuerdan cómo el diálogo y la consecutiva búsqueda del equilibrio entre el derecho y moral constituye un tema recurrente en la reflexión jurídica y procesal. En este sentido, la presencia de una norma procesal preexistente a la controversia se pone como garantía inalienable y es, sin lugar a duda, preferible a una norma mutable — caso por caso — según la intuición subjetiva del juez.

Por lo tanto, la introducción de la protección del principio de buena fe en el proceso constituye una exigencia moral deseable, pero no debe poner en juego la salvaguardia

262 Sobre las implicaciones entre la cuestión del abuso y la del deber de verdad ver Michele Taruffo, L'abuso del processo: profili generali, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., pp. 37-38; Giulio Scarselli, Sul c. d. abuso del processo, en L'abuso del processo, Actas de la XXVIII conferencia ..., cit., 179 ss.

263 Véase Antonio Carratta, Doveri di verità e di completezza nel processo civile, Etica del processo e doveri delle parti, Actas de la XXIX conferencia ..., cit., p. 145 ss.

264 Véase Piero Calamandrei, Un caso tipico di malafede processuale (1941), Opere giuridiche, I, 477 ss., p. 482.

265 Véase Piero Calamandrei, Un caso tipico di malafede processuale, p. 479.

de la previsibilidad de la norma procesal, que supone un requisito fundamental e indispensable para la misma “justicia” del proceso.²⁶⁶.

266 Un sistema procesal no siempre (o, al menos, no permanentemente) puede colocarse en el justo medio, pero es bueno recordar, de nuevo con Piero Calamandrei, *Un caso típico di malafede processuale*, cit., p. 479, que «si por ser defensores demasiado rígidos de la forma se corre el riesgo de sacrificar la razones sociales y políticas de la normativa jurídica, al dar prevalencia a consideraciones moralistas, se corre el riesgo de destruir los fundamentos mismos de la legalidad» (traducción propia).

EL CONSTITUYENTE

Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Querétaro.
Año V, Noviembre 2022. Se terminó de imprimir en Printor Technology.

Dirección: José No. 9 Col. Mercurio. C.P. 76040 Querétaro, Qro.

Se imprimieron 200 ejemplares.






Anáhuac
Querétaro

Universidad Anáhuac Querétaro

Calle Circuito Universidades I, Kilómetro 7 Fracción 2 El Marqués, Querétaro.

C.P. 76246 | Tel. (442) 245 67 42

anahuac.mx/queretaro

   | anahuacqro