

Gestión de Conflictos en el Estado de Derecho

Abril Uscanga Barradas
Carlos H. Reyes Díaz
Pablo Raúl Bonorino Ramírez
Coordinadores



GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO

ABRIL USCANGA BARRADAS
CARLOS H. REYES DÍAZ
PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ
(Coordinadores)





Primera edición, 2020.

GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO.

Edición electrónica.

Coordinadores:

Abril Uscanga Barradas

Carlos Humberto Reyes Díaz

Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Diseño de portada y maquetación: Liliana Moreno Palma

ISBN: 9-786073-032674

Derechos reservados 2020. Todos los derechos reservados conforme a la ley. Las características de esta edición, así como su contenido, no podrán ser reproducidas o transmitirse bajo ninguna forma o por ningún medio, electrónico, mecánico, incluyendo fotocopiado y grabación, ni por ningún sistema de almacenamiento y recuperación de información sin permiso por escrito del propietario del Derecho de Autor.

© Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio “F”, Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México.

© Abril Uscanga Barradas

© Carlos Humberto Reyes Díaz

© Pablo Raúl Bonorino Ramírez

Hecho en México.



Directorio

Enrique Graue Wiechers

Rector

Leonardo Lomelí Vanegas

Secretario General

Patricia Dolores Dávila Aranda

Coordinadora General de Estudios de Posgrado

Carlos Humberto Reyes Díaz

Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho

Entidades

Manuel Martínez Justo

Facultad de Estudios Superiores Acatlán

Fernando Macedo Chagolla

Facultad de Estudios Superiores Aragón

Raúl Contreras Bustamante

Facultad de Derecho

Pedro Salazar Ugarte

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Héctor Alejandro Ramírez Medina

Asistente Editorial

INDICE

PRÓLOGO.....	9
<i>DRA. ABRIL USCANGA BARRADAS</i>	
LA CORRUPCIÓN EN EL MANEJO DE LA INDUSTRIA PETROLERA COMO CAUSAL DE CONFLICTOS QUE QUEBRANTAN LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO MEXICANO	15
<i>HÉCTOR MIGUEL FUENTES CORTÉS</i>	
LA GESTACIÓN SUSTITUTA FRENTE A LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO.	29
<i>CAROLINA RAMÍREZ VALDEZ</i>	
LA CONCILIACIÓN COMO UN MEDIO EFICAZ PARA RESOLVER CONFLICTOS EN MATERIA LABORAL.....	41
<i>MÓNICA JAQUELINE HERNÁNDEZ GÓMEZ</i>	
GESTIÓN DE CONFLICTOS Y CREACIÓN DE REDES PENALES-FISCALES EN UN CONTEXTO ECONÓMICO GLOBALIZADO.....	51
<i>MARÍA IRACEMA CRISTAL GONZÁLEZ MARTÍNEZ</i>	
POLICÍAS, PERSPECTIVA CRÍTICA DE SU RELACIÓN CON EL ESTADO MEXICANO	63
<i>ÁNGEL ERIK JIMÉNEZ PÉREZ</i>	
EL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA RES IPSA LOQUITUR Y EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN EL JUICIO CIVIL.....	73
<i>ALMA ROSA FRÍAS ENRÍQUEZ</i>	
LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO: EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO.	83
<i>JOSÉ DE JESÚS VÁSQUEZ MÉNDEZ</i>	

LA AUTONOMÍA POLÍTICA INDÍGENA Y LA GESTIÓN DE CONFLICTOS DURANTE EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN MÉXICO. CASOS: CHERÁN Y TINGAMBATO	85
<i>ORLANDO SILES VEGA</i>	
LA CONCIENCIA HUMANISTA DEL JURISTA Y EL ESTADO DE DERECHO	107
<i>YAHIR ERNESTO LARA ESPINOSA</i>	
TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS.....	117
<i>MARIANA VÁZQUEZ BRACHO GARCÍA</i>	
ORDENACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN Y DEL MEDIO AMBIENTE Y SUS INTERFACES EN BRASIL.....	133
<i>LAURA MAGALHÃES DE ANDRADE</i>	
EL DERECHO Y EL MEDIO AMBIENTE: EL CASO DE LOS PARQUES EÓLICOS MARINOS EN ESPAÑA.....	147
<i>SANTIAGO SALVADOR GIMENO</i>	
CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y SISTEMAS DE GESTIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA.....	159
<i>BEATRIZ GÓMEZ FARIÑAS</i>	
UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES FRENTE AL INTERÉS DEL MENOR.....	171
<i>XOSÉ MANUEL PACHO BLANCO</i>	

PRÓLOGO

El Estado a través del derecho tiene como propósito el mantener el orden, la paz y procurar la justicia entre los seres humanos, quienes somos poseedores de raciocinio y de libre albedrío. Sin embargo, el Estado puede llegar a desbordar su fuerza, violando la esfera jurídica del gobernado, en este sentido nos podemos preguntar, ¿Qué puede frenar a un Estado absoluto o represor?

Uno de los retos que siempre encontramos al vivir en una sociedad, principalmente en una tan diversa como hoy en día, son los diferentes tipos de conflictos que se pueden presentar, que aunque ya hayan sido regulados por las legislaciones correspondientes, no son eficientes ya sea porque de facto no es posible su realización, el hecho en concreto no abarca nada de lo dispuesto o se contraponen a otras disposiciones.

Tanto el derecho como la sociedad siempre están en constante cambio, por lo que resulta de real importancia para tener una perspectiva más amplia respecto este tema, no sólo para conocer estos conflictos más a fondo, también para dilucidar formas de prevención y maneras más prontas de solución para estas controversias.

El esfuerzo colegiado de Héctor Miguel Fuentes Cortés, Carolina Ramírez Valdez, Mónica Jaqueline Hernández Gómez, María Irasema Cristal González Martínez, Ángel Erik Jiménez Pérez, Alma Rosa Frías Enríquez, José de Jesús Vásquez Méndez, Orlando Siles Vega, Yahir Ernesto Lara Espinosa, Mariana Vázquez Bracho García, Santiago Salvador Gimeno, Beatriz Gómez Fariñas y Laura Magalhaães de Andrade, en conjunto se ve reflejado en este libro de actas, así como podemos mencionar que en lo individual muestra el resultado de la constancia de las y los autores, redactado de manera concisa y entendible para que además de ser un texto que informe al lector, sea placentera.

Es en este sentido que mencionaremos de forma breve el contenido que el lector encontrará en este libro:

Héctor Miguel Fuentes Cortés, enfoca su estudio en la industria petrolera y se cuestiona cómo las regulaciones pertinentes a la materia y la rendición de cuentas respecto la legislación actual, no favorece la transparencia y, por ende, no propicia una adecuada información de sus actos, lo que concurre en la realización de diversos actos de corrupción, cesando en sus conclusiones con las medias más apropiadas a tomar y la afectación futura de las mismas respecto el mayor control que se obtendría.

Por su parte, Carolina Ramírez Valdez toca un tema que ha sido controvertido en los últimos años, la gestación sustituta. El tema se hace patente ante las lagunas en la regulación mexicana, y se plantea cómo esta laguna jurídica motiva la vulneración de la esfera jurídica del gobernado. Se necesita certeza en el derecho, en todos los temas que involucren los derechos humanos de los mexicanos para una apropiada función del sistema de justicia y legal en el país.

Así mismo, podemos encontrar el trabajo de Mónica Jaqueline Hernández Gómez, el cual habla acerca de la conciliación en materia laboral como una forma rápida y expedita de resolución de conflictos en materia laboral, así como también preventiva de futuras controversias. A la luz de esta forma de resolución de conflictos, analiza la reforma laboral del 2017 y 2019, con el fin de dar a conocer los cambios realizados y como estos afectarán el Derecho laboral.

María Irasema Cristal González Martínez principia con una crítica al consumismo, que provoca que todo se vuelva desechable y efímero, afectando incluso nuestras relaciones personales. Esto se traslada a una crítica al sector empresarial que adopta esta forma de pensar y se magnifica en un sistema capitalista. Se analiza como con un control institucional por parte del Estado que no excluya al sector civil, se pueden disminuir los conflictos provocados por el sistema actual llevado.

Por otro lado, se presenta el texto de Ángel Erik Jiménez Pérez, quien hace un estudio de la policía y como se encuentra conectada con el Estado, así como también de las situaciones que pueden influir en comportamiento de dichas autoridades, para posteriormente ofrecer soluciones a esas problemáticas a fin de mejorar la ejecución de las funciones de los servicios policiales.

Con Alma Rosa Frías Enríquez podemos estudiar una figura interesante, *res ipsa loquitur*, que se traduciría como “*la cosa habla por sí sola*”. La Suprema Corte de Justicia introdujo normas con base en *res ipsa loquitur*, lo que afecta al proceso, ya que se observa una presunta responsabilidad a través de los resultados y como altera el derecho al debido proceso del demandado.

Así también, en el presente documento se analiza el tema de la corrupción, para lo que José de Jesús Vásquez Méndez analiza éste concepto como un conflicto, ya que la Ley General de Responsabilidades Administrativas no lo consideró como tal. Hace observaciones de cómo el Estado debe incurrir en la sociedad, al desarrollo de habilidades y una adecuada metodología para su combate.

Por otra parte, la investigación de Orlando Siles Vega es acerca de la autonomía política de los pueblos indígenas, que conforme al paso de los años se ha ido ampliando, habiendo cambios sustanciales en materia política y electoral. Menciona algunos movimientos que se dieron en torno a la materia, que propiciaron la modificación del sistema jurídico de aquel entonces y, hace mención a dos casos interesantes que se dieron durante este siglo, que de igual manera, tenían el fin de ser escuchados y tener mayor representación.

Yahir Ernesto Lara Espinosa estudia un punto interesante dentro del Estado de Derecho, donde indica que las autoridades, como todos nosotros, son personas como capacidad de razón y reflexión, y que por la búsqueda de intereses personales y la satisfacción a nivel individual, vulnera el Estado de Derecho y que la solución se puede encontrar en una educación más humanista.

Mariana Vázquez Bracho García, desde un punto de vista que engloba la gestión de conflictos, plantea la necesidad de buscar la mejora en los sistemas de gestión de conflictos, que aunque ya hay avances no son los suficientes para asegurar una cultura de transparencia y acceso a la información.

El estudio realizado por Santiago Salvador Gimeno, trata con un problema tanto nacional como internacional, como es la contaminación ambiental. En España, el desarrollo de parques eólicos marinos para obtener beneficios climáticos y energéticos, no han seguido en pie gracias a ciertos inconvenientes legales y económicos. Se analizarán dichas problemáticas y se dará un panorama amplio para posteriormente indicar las soluciones que se pueden poner en marcha.

Beatriz Gómez Fariñas habla acerca de cómo es que la contratación pública que únicamente antes se consideraba meramente para abastecimiento para una mayor productividad, hoy en día ya tienen un enfoque más ambientalista. Se analizarán de qué forma los contratos públicos previstos en la legislación procuran una mayor gestión ambiental.

Laura Magalhães de Andrade analiza como la educación en Brasil ha podido concientizar de mejor manera sobre el cuidado del medio ambiente y cómo se puede entender como un deber del Estado. Señala que es sustancial que la educación tenga más atención por parte del gobierno, y que la mejora de esta vaya ligada a un entendimiento de los problemas ambientales a fin de establecer un bienestar social y garantizar los derechos humanos.

Todas y cada una de las aportaciones realizadas en el marco del Coloquio Binacional México-España, acogido por la Universidad de Vigo, campus Ourese, son de gran valía, ya que representan los problemas y soluciones que cada una de los países ha trabajado en lo individual y que deben ser consideradas desde la academia. Sin duda la información respecto el tema, facilita su comprensión y cono-

cimiento y reflexión, por lo que animo al lector a explorar las valiosas aportaciones de cada uno de los jóvenes investigadores.

No me queda más que agradecer en principio a Pablo Bonorino, quién fue el profesor-investigador coordinador anfitrión de la Universidad de Vigo, así como a todas las autoridades del campus Ourense, quienes hicieron posible y dispusieron los esfuerzos necesarios para que pudiera darse el encuentro de ideas. Así mismo, quiero agradecer a Carlos Reyes, Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho, quien ha dispuesto todas las energías, así como ha confiado en un proyecto que sin duda beneficia a los alumnos de Maestría y Doctorado y que, refuerza la internacionalización de un Programa de Posgrado de Calidad. Sin duda, también hay que reconocer el esfuerzo de los grupos de académicos que participaron en la tutoría, difusión y dictaminación de los trabajos.

Finalmente, quiero mencionar mi anhelo de que esta publicación sea una de las muchas que se realicen por nuestros alumnos, que éste solo sea el inicio de su próspera carrera académica y que esta experiencia cambie sus vidas.

Abril Uscanga Barradas
Facultad de Derecho, UNAM

**LA CORRUPCIÓN EN EL MANEJO DE LA INDUSTRIA
PETROLERA COMO CAUSAL DE CONFLICTOS QUE
QUEBRANTAN LA VIGENCIA DEL ESTADO DE DERECHO
MEXICANO**

***CORRUPTION IN THE MANAGEMENT OF THE OIL INDUSTRY AS A CAUSE OF
CONFLICTS THAT BREAK THE VALIDITY OF THE STATE OF MEXICAN LAW***

HÉCTOR MIGUEL FUENTES CORTÉS ¹

I. INTRODUCCIÓN

Esta ponencia surge a partir de las investigaciones desarrolladas la tesis doctoral titulada “Transparencia y rendición de cuentas por parte de las empresas que realizan actividades de trascendencia pública en México”, misma que trata acerca de utilizar la transparencia y rendición de cuentas como instrumentos para minorar los actos de corrupción que se presentan en México, como resultado de la la concentración de recursos económicos y el desplazamiento del Estado de Derecho por intereses privados en las ramas económicas de trascendencia pública, entre ellas, la petrolera.

La metodología utilizada consiste en el análisis documental y legislativo que determina el estado de la cuestión en materia de transparencia y rendición de cuentas de la industria petrolera mexicana, para conocer las causas esenciales de los actos de corrupción que se cometen en ella y que permiten entender los riesgos que representa para la soberanía nacional la injerencia desmedida de empresas petrolera extranjeras en México. Finalmente, se establecen propuestas

¹ Doctorando en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Entidad Académica: División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Dirección de Residencia: Avenida Universidad 2014, Integración Latinoamericana, Delegación Coyoacán, Ciudad de México. País: México. Correo electrónico: mdihectorfuentes@gmail.com

para limitar los actos de corrupción en esta actividad económica que, desde nuestra percepción, es de trascendencia pública para el desarrollo integral de la Nación Mexicana.

II. DESARROLLO

Los sistemas anticorrupción creados por los países subdesarrollados, como es el caso de México, son concebidos para eliminar las posibilidades de que los servidores públicos cometan actividades delictivas en el ejercicio de sus funciones. Es muy comprensible que así sea, debido a las oportunidades amplias que representa el acceso a los cargos públicos para obtener beneficios económicos de forma ilícita y por el nivel de impunidad tan elevado que tiene ese país.

Por esa razón, es común que en nuestro país se produzcan cuerpos normativos para combatir la corrupción de manera regular, en conjunto con la conformación de aparatos burocráticos a nivel federal y en las entidades federativas, con objeto de detectar y castigar con severidad los ilícitos que cometen los funcionarios públicos.

Sin embargo, la efectividad de las medidas adoptadas aún no surte los efectos deseados, como lo informa la organización *Transparencia Mexicana*:

- México cayó en el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 pasó de 30 a 29, en una escala que va de 0 a 100, donde 0 es el país peor evaluado en corrupción y 100 es el mejor evaluado en la materia.
- Esto ubica a México en la posición número 135 de 180 países evaluados en materia anticorrupción.
- México se encuentra entre las peores posiciones de América Latina y el Caribe, por debajo de Brasil, Argentina, y Colombia; y ocupando la misma posición que Honduras y Paraguay.

- Es, junto a Rusia, el país peor evaluado del G20 y el peor evaluado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE).²

Por estos motivos, consideramos preciso que en paralelo a los sistemas anticorrupción que se crearon en México, la batalla contra la corrupción de mayor impacto se libere en contra de la conformación de cualquier modalidad de poderes fácticos,³ que desde nuestra óptica son la fuente originaria de corrupción en cualquier país del mundo, pues engloban perfectamente todos los aspectos de existencia del acto de corrupción que como constantes delimitan su concepto, de acuerdo con el académico Daniel Márquez Gómez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:

- a) Intercambio económico entre quienes los efectúan.
- b) Incremento patrimonial del corrupto y el corruptor.
- c) Consumación de un acto jurídico abierto y otro oculto para simular legalidad en el actuar.
- d) Violación de normas jurídicas o disposiciones administrativas.
- e) Un espacio de acción pública o privada que impacta en una dimensión política.

² Cfr. *Cae de nuevo México en índice global de corrupción*: Transparencia Mexicana, México, tm.org.mx, Transparencia Mexicana, 21 de febrero de 2018, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.tm.org.mx/ipc2017/#no-link>

³ Por poderes fácticos entendemos aquellas organizaciones comerciales que concentran los recursos económicos obtenidos a través de la operación y especulación en actividades económicas de trascendencia pública cuya gestión corresponde a los estados y, debido a las ventajas que ello les representa, subordinan a sus designios a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados. Cfr. Aceves González, Francisco, *Poderes Fácticos, comunicación y gobernabilidad: un acercamiento conceptual*, México, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, Nueva Época, Año, LVIII, número 217, enero-abril de 2013, pp. 271, 272.

- f) Dimensión política de diferente nivel del acto, dependiendo los niveles de gobierno o poderes a que pertenezcan los participantes.
- g) Intercambio de contraprestaciones ilícitas.
- h) Dimensión psicológica, o motivaciones personales para realizar el acto.
- i) Adopción de una ideología que fomenta la realización del acto.⁴

El petróleo, por ejemplo, es un recurso importantísimo para el desarrollo económico y social de México. La creación de empleos, las posibilidades para acceder a educación, salud, seguridad social y alimentación de calidad no pueden concebirse en nuestro país sin los ingresos generados por la industria de los hidrocarburos, especialmente de la empresa paraestatal conocida como Petróleos Mexicanos (PEMEX).

En el año 2012, que fue el año en que inició su gestión el presidente Enrique Peña Nieto, se reportaban los siguientes datos sobre la importancia de la actividad económica que desarrolló PEMEX:

- Pemex se sostuvo como el mayor contribuyente fiscal de México y sus aportaciones representaron aproximadamente una tercera parte del presupuesto total del Gobierno Federal.
- El presupuesto de Pemex formó, como hasta hoy, parte del presupuesto de la Federación y desde 2007 había aportado al erario federal a través de impuestos, derechos y aprovechamientos, unos 277 mil millones de dólares, es decir,

⁴ Cfr. Márquez Gómez, Daniel, *Sistema Nacional Anticorrupción. Corrupción, ética material, reforma nacional anticorrupción y derecho administrativo sancionatorio*, en Márquez Gómez, Daniel (coord.), *Corrupción y Sistema Nacional Anticorrupción: temas y problemas*, México, Editorial Liber Iuris Novum, 2016, pp. 69, 70.

prácticamente una tercera parte del total de ingresos del sector público.⁵

Entonces, el hecho de que existan ese tipo de actividades económicas de trascendencia pública en áreas estratégicas o prioritarias para la Nación Mexicana con un nivel tan alto de rentabilidad es un asunto en el cual los juristas mexicanos debemos enfocar esfuerzos para evitar la corrupción, haciendo extensivas las facultades que sobre ellas otorga nuestra Carta Magna en su artículo 27, párrafos 4º, 6º y 7º.⁶

⁵ Véase Rodríguez J., Israel, *Pemex, la empresa que más ingresos genera en México, y la segunda en AL*, México, jornada.unam.mx, La Jornada, 5 de agosto de 2012, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2012/08/05/economia/023n1eco>

⁶ “Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; [...] los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

[...] el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, [...].

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de

Aunque dichas actividades cuentan con protección jurídica especial, es necesario que la ciudadanía adquiera mayor capacidad de gestión y administración sobre las mismas, por el hecho evidente de que estos preceptos han sido vulnerados sistemáticamente por empresas extranjeras que con el contubernio del Gobierno Federal han convalidado en contra del patrimonio nacional, de la economía mexicana y del medio ambiente.

Por ejemplo, en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México únicamente se hace referencia al ejercicio de la transparencia y rendición de cuentas sobre los procesos de exploración y extracción de hidrocarburos y *se omite su realización sobre la explotación económica de hidrocarburos y procesos comerciales* de la industria petrolera.

La misma Ley deja este asunto al arbitrio de lo que digan otras leyes, ajenas al contenido de esta disposición, sin dar la relevancia que asunto reclama para evitar ambigüedades interpretativas en otras normas, omisiones o conflictos entre leyes. De ello nos percatamos al analizar el artículo 83 de la referida Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública:

Artículo 83. Adicionalmente a la información señalada en el artículo 70 de esta Ley, los sujetos obligados del sector energético *deberán garantizar la máxima transparencia de la información relacionada con los contratos, asignaciones, permisos, alianzas, sociedades y demás actos que el Estado suscriba u otorgue a particulares, empresas productivas del Estado, subsidiarias y filiales o que se celebren entre ellos en materia de las actividades de planeación y control del sistema eléctrico nacional; del servicio público de trans-*

la Nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.” *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2018, pp. 28, 29.

misión y distribución de energía eléctrica; de exploración y extracción de hidrocarburos, a través de mecanismos que garanticen su difusión y la consulta pública, por lo que deberán incluir, cuando menos, las bases, reglas, ingresos, costos, límites de costos, contraprestaciones, contribuciones y pagos realizados y de los procedimientos que se lleven a cabo para tal efecto.

Lo anterior, de conformidad con las obligaciones de transparencia previstas en la Ley Federal y lo dispuesto en las leyes de Hidrocarburos; de la Industria Eléctrica; de Ingresos sobre Hidrocarburos; de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética; de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos; de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad, en esta materia.⁷

Por consiguiente, si se presentan reformas legales en los cuerpos jurídicos que se mencionan al final o se prestan a interpretaciones divergentes en su redacción con el transcurso del tiempo, se pueden legitimar actuaciones contrarias al orden constitucional, al no existir armonía a través de una determinación expresa que la Ley General de Transparencia debería contener formalmente.

En el caso de extracción, procesamiento y comercialización de petróleo, por ejemplo, existen tendencias verificables de varias empresas que quebrantan de facto el marco constitucional mexicano, así como su adherencia a tratados internacionales de los Estados que también cuentan con yacimientos petrolíferos, a través de acuerdos celebrados con mandatarios subordinados al peso económico que dichas empresas despliegan, y que operan en impunidad total aca-

⁷ *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2015, p. 7

parando recursos que corresponden legítimamente a cada uno de los miembros de las naciones de las que emana el petróleo.

El ejemplo más mencionado en años recientes es el de la empresa Odebrecht, que impuso operaciones a funcionarios públicos corruptos de México como enseguida se muestra:

- La Auditoría Superior de la Federación señaló dos contratos otorgados por PEMEX a esa empresa brasileña para ejecutar obras en las refinerías de Tula y Salamanca.
- Odebrecht está en el centro de un escándalo internacional de corrupción, con sobornos a políticos y funcionarios en 12 países, incluido México, en donde sus ejecutivos han confesado el pago de 10.5 millones de dólares entre 2010 y 2014, a cambio de contratos.
- La Auditoría Superior de la Federación encontró un pago injustificado por 120 millones de pesos realizado a Odebrecht.
- Las obras que habían sido asignadas a Odebrecht fueron ejecutadas por subcontratistas que no comprobaron su capacidad técnica y financiera, ya que el único requisito que le solicitaron fue una carta de aceptación y el currículo por escrito.⁸

Este informe no solamente es relevante porque pone de manifiesto la realización de actividades de trascendencia pública por parte de Odebrecht en territorio mexicano, sino porque además funcionarios del gobierno mexicano y representantes de la corporación Odebrecht se valieron de empresas irregulares para efectuarlas, lo cual es muy grave, pues la obtención del petróleo del subsuelo, así

⁸ Cfr. Olmos, Raúl, *La Auditoría Superior de la Federación se va contra PEMEX por contratos a Odebrecht*, México, aristeguinoticias.com, Aristegui Noticias, 16 de febrero de 2017, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <https://aristeguinoticias.com/1602/mexico/asf-se-va-contra-pemex-por-contratos-a-odebrecht/>

como su uso en cualquier actividad industrial (independientemente de la riqueza que pueden llegar a generar) representan una amenaza para el medio ambiente, pues envenenan severamente tierra, agua y aire.

Por ello, es indispensable que la ciencia jurídica genere nuevas vías institucionales para declarar inexistentes o nulos los acuerdos, licitaciones, concesiones o contratos que vulneren la institucionalidad de cada Estado en la gestión de actividades petrolíferas.⁹

III. RESULTADOS FINALES Y CONCLUSIONES

Hoy en día, es imperativo establecer bases muy sólidas para el desarrollo de los actos informativos relativos a la industria petrolera mexicana y de los países en vías de desarrollo que tienen reservas petroleras. Algunas propuestas son las siguientes:

1. Informar puntualmente acerca de las características y duración de los contratos realizados por el gobierno con cualquier particular, ya sea nacional o extranjero, atendiendo la naturaleza de las actividades que se realizan.¹⁰

⁹ El académico José Ma. Desantes Guanter, pionero en el estudio del Derecho de la Información moderno, refiriéndose a la actividad profesional de informar ya advertía sobre la necesidad de ordenar racionalmente el manejo de datos cuando expuso que todo acto informativo se debe formalizar, con elementos inherentes bien establecidos en las leyes respectivas al momento de emitirse: “Informar (*in formare*) significa [...] poner en forma. Es la acción o el conjunto de acciones que consisten en representar la realidad en forma de mensaje. Es decir, en tal forma que pueda ser transmitida por los medios de comunicación social. (...) Esta formalización -como toda causa formal- implica una ordenación. Se comunica el resultado de la formalización, el *factum* de la actividad informativa que es el mensaje. [...] Si la desordenase no sería información, sino desinformación, o corrupción de la información que degrada la vida. Desantes,” José María, *El deber profesional de informar*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1988, p. 19 y 20.

¹⁰ Esto es recomendable para evitar situaciones adversas para las economías emergentes acaecidas en otros países, como la que describe Alejandro Chanona Ro-

2. Entonces, la detección de actividades no acreditadas por instrumentos jurídicos públicos debe ser causa inmediata de presunción de comisión de actos de corrupción, que debe traer como consecuencia la suspensión de actividades de cualquier naturaleza por empresas extranjeras en la industria petrolera de México, la rendición de cuentas ante el Congreso de la Unión y la Auditoría Superior de la Federación y los tribunales internacionales de todos los responsables del desarrollo de dichas actividades, a fin de que se determinen sanciones penales y administrativas, al no poder garantizar la limpieza de sus operaciones.
3. Informar también sobre los costos de operación con que se conduce toda empresa del ramo petrolero, pues si algo distingue a las compañías petroleras de mayor presencia mundial es su reticencia al ejercicio de la transparencia y rendición de cuentas en los países en que han obtenido prerrogativas para desarrollar sus actividades.¹¹

bles, Director General de Planeación y Asuntos Internacionales en la Comisión Reguladora de Energía de México: “La celebración de licitaciones opacas y el uso indebido de los ingresos petroleros tendría un costo muy elevado para México. Basta con voltear hacia Brasil, que actualmente atraviesa uno de los peores escándalos de corrupción en su historia. Entre 2004 y 2012 Petrobras, la compañía petrolera estatal, adjudicó contratos sobrevaluados en 3% a empresas de ingeniería y construcción para sobornar a directivos de la paraestatal y a partidos políticos. Existen cerca de cien acusados —algunos ya sentenciados— entre los cuales se encuentran senadores, diputados y gobernadores.” Chanona Robles, Alejandro, La transparencia de los contratos petroleros: Doble prueba de fuego, México, nexos.com.mx, Revista Nexos, 1 de julio de 2015, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.nexos.com.mx/?p=25460>

¹¹ Un fragmento de una nota del periódico *El Economista* discurre en ese sentido:

Las compañías petroleras se resisten a proporcionar información precisa de los costos de producción que implica su presencia en territorio nacional.

En México el costo de producción es de 7.91 dólares por barril (d/b), muy por debajo del promedio internacional de 41 d/b, por lo que desde esta óptica, respecto del precio de comercialización al cierre del crudo marcador West Texas Intermediate (WTI) de 34.0 d/b, la producción de crudo en el país es todavía un negocio rentable.

4. Por lo tanto, dadas las ventajas competitivas que representa que las empresas extranjeras operen en México y su negativa a transparentar costos de producción, lo ideal es que en tanto no se reduzcan los índices de corrupción en México se limite en lo posible su injerencia en nuestra industria petrolera.
5. Realizar una descripción completa y detallada sobre el destino y administración de las contribuciones que realizamos los mexicanos al adquirir combustible o productos derivados de nuestro petróleo.
6. Generar a partir de los actos informativos posibilidades de rescate de la industria petrolera mexicana de manos de cualquier empresa que tenga antecedentes de corrupción, atendiendo antecedentes históricos de peso que dejaron patente la falta de compromiso de compañías extranjeras de acrecentar la riqueza nacional y las condiciones de vida de todos los trabajadores mexicanos.¹²
7. Finalmente, y como lo recomienda la organización Transparencia Internacional, es indispensable incorporar a la Unidad de Inteligencia Financiera, que se encarga de detectar y perseguir el delito de lavado de dinero y al Servicio de Administración Tribu-

Cfr. Caballero, José Luis, *Explotación es rentable por bajos costos de producción*, México, *eleconomista.com.mx*, *El Economista*, 7 de enero de 2016, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <http://eleconomista.com.mx/mercados-estadisticas/2016/01/07/explotacion-rentable-bajos-costos-produccion>

¹² Continuar con el legado del Gral. Lázaro Cárdenas ha demostrado ser lo más práctico y funcional a este respecto. “La industria petrolera de México, antes de la Reforma Energética, viene del éxito. Desde su origen, su despegue parte de un acto de valor público y una visión de futuro que de manera fundamental ha apoyado el crecimiento del país, así como también ha subsidiado los últimos treinta años las múltiples insuficiencias en materia de estrategia económica. Todavía hoy esa decisión que se tomó hace más de 70 años (1938) subsidia alrededor del 35% del ingreso público.” Oropeza García, Arturo, *Industria y petróleo: México ante su última oportunidad*, México, *energiaadebate.com*, *Energía a debate*, 1 de enero de 2016, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <https://www.energiaadebate.com/industria-y-petroleo-mexico-ante-su-ultima-oportunidad/>

taria en el Sistema Nacional Anticorrupción, para fortalecer las investigaciones de delitos con recursos de procedencia ilícita y las llamadas *empresas fantasma*, e igualmente, crear una Fiscalía General de la República capaz, autónoma e independiente para asegurar que la política anticorrupción del país no dependa ni de la política, ni de intereses privados.¹³

Todo lo anterior está plenamente aparejado a las facultades básicas que tenemos todos los seres humanos de investigar, acceder, recibir y difundir informaciones.¹⁴

Es primordial que los países en vías de desarrollo, como es el caso de México, concentren sus instrumentos de combate a la corrupción en eliminar las posibilidades de que los poderes fácticos que representan empresas particulares que se apoderan de áreas económicas de trascendencia pública, pues son capaces de desplazar el Estado de Derecho para favorecer intereses privados, lo cual supone generación de conflictos a partir de la corrupción e impunidad con que generalmente realizan sus actuaciones.

La industria petrolera mexicana no puede dar apertura a empresas extranjeras para que especulen con recursos nacionales, pues además de atentar en contra de nuestra soberanía, los índices de corrupción que existen actualmente serán propicios para quebrantar el marco legal, cometer delitos con impunidad y llevar a cabo procesos de privatización que suplantarán las atribuciones de Pemex como empresa paraestatal.

La transparencia y la rendición de cuentas deben ser instrumentos para determinar la existencia y validez de los actos jurídicos

¹³ Véase Transparencia Mexicana, *op. cit.*, nota 2.

¹⁴ Véase artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, onunoticias.mx, ONU Noticias México, 10 de diciembre de 1948, consulta: 27 de agosto de 2018, disponible en: <http://www.onunoticias.mx/biblioteca/documentos-importantes/declaracion-universal-de-los-derechos-humanos/>

que hoy en día se ha celebrado en México y dictaminar sobre su rescisión, inexistencia o nulidad en caso de ser contrarios al interés nacional y en consecuencia establecer responsabilidades penales y administrativas de alcance internacional que supriman definitivamente actos delictivos que pueden llevar a conflictos internacionales entre los Estados que están involucrados en el intercambio comercial de recursos petroleros.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

- Aceves González, Francisco, *Poderes Fácticos, comunicación y gobernabilidad: un acercamiento conceptual*, México, Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, Nueva Época, Año, LVIII, número 217, enero-abril de 2013.
- Caballero, José Luis, *Explotación es rentable por bajos costos de producción*, México, eleconomista.com.mx, *El Economista*, 7 de enero de 2016.
- Cae de nuevo México en índice global de corrupción: Transparencia Mexicana*, México, tm.org.mx, Transparencia Mexicana, 21 de febrero de 2018.
- Chanona Robles, Alejandro, *La transparencia de los contratos petroleros: Doble prueba de fuego*, México, nexus.com.mx, Revista Nexos, 1 de julio de 2015.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2018.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, onunoticias.mx, ONU Noticias México, 10 de diciembre de 1948.
- Desantes, José María, *El deber profesional de informar*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo CEU, 1988.
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2015.

- Márquez Gómez, Daniel (coord.), *Corrupción y Sistema Nacional Anticorrupción: temas y problemas*, México, Editorial Liber Iuris Novum, 2016.
- Mendoza Escamilla, Viridiana, *Estas son las empresas que vienen por el petróleo mexicano*, México, forbes.com.mx, Forbes México, 3 de mayo de 2015.
- Olmos, Raúl, *La Auditoría Superior de la Federación se va contra PEMEX por contratos a Odebrecht*, México, aristeguinoticias.com, Aristegui Noticias, 16 de febrero de 2017.
- Oropeza García, Arturo, *Industria y petróleo: México ante su última oportunidad*, México, energiaadebate.com, Energía a debate, 1 de enero de 2016.
- Rodríguez J., Israel, *Pemex, la empresa que más ingresos genera en México, y la segunda en AL*, México, jornada.unam.mx, La Jornada, 5 de agosto de 2012.

LA GESTACIÓN SUSTITUTA FRENTE A LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO.

THE SUBSTITUTE GESTATION VERSUS THE MANAGEMENT OF CONFLICTS IN THE RULE OF LAW

CAROLINA RAMÍREZ VALDEZ¹

I. INTRODUCCIÓN

En México, a nivel federal no hay un marco normativo que establezca el procedimiento legal y los requisitos que deban cumplimentar los interesados en llevar a cabo la gestación sustituta. En este sentido, hablar de gestación sustituta y de gestión de conflictos en el estado de derecho, es hablar de la certeza del derecho, de la protección jurídica a los derechos humanos, de la protección y acceso a la justicia, y de la función del poder legislativo, principalmente. Siendo entonces estos elementos de manera muy general, algunas características del estado de derecho que se relacionan y se vinculan íntimamente con la problemática jurídica de la Gestación Sustituta en nuestro país. Luego entonces, a través del método analítico, jurídico, y analógico, partí para establecer la relación existente entre la gestación sustituta y el estado de derecho; así como la comprensión de los efectos jurídicos que se suscitan para llevar a cabo la gestación sustituta y que impactan directamente en el estado de derecho de las partes involucradas en la misma. Por último, cabe destacar que, si la Gestación Sustituta se legisla en México, menor será el índice de vulnerabilidad jurídica, de abusos y explotación entre las partes involucradas. Entonces, los derechos de las partes estarían protegidos por la ley, en aras del bien común.

¹ Carolina Ramírez Valdez, egresada del Posgrado en Derecho de la UNAM, Facultad de Estudios Superiores Aragón, ubicada en Rancho Seco s/n, C.P. 57130, Ciudad Nezahualcóyotl, México. carolinaramirez100@gmail.com

II. PROBLEMÁTICA ACTUAL MEXICANA DE LA GESTACIÓN SUSTITUTA FRENTE A LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO

En la ponencia del Coloquio Binacional México-España, precisamente fue este apartado el que expuse a los receptores, pues considero es el tema central tanto de la investigación que realicé en el posgrado, como del ensayo titulado: “La gestación sustituta frente a la gestión de conflictos en el estado de derecho”.

Actualmente la sociedad en México enfrenta un problema en materia familiar que deriva del avance de la ciencia, nos referimos a un método de reproducción asistida denominado: *Gestación Sustituta*, que permite la reproducción humana fungiendo así, como una alternativa más para lograr la constitución y el desarrollo del núcleo familiar quien es objeto de protección por parte del Estado. Empero; la gestación sustituta carece de una legislación que, a nivel federal en México, regule los efectos jurídicos que surgen de ésta; pues al no encontrarse regulados en una legislación, los derechos y obligaciones de las partes involucradas, quedan desprotegidos, así como también el interés superior del menor. Lo cual apunta hacia la conclusión de que esta falta de regulación jurídica atenta contra el *estado de derecho* de las partes involucradas, como lo son: la mujer gestante, los padres legales-biológicos, y el menor.

Bajo este tenor, a continuación, expongo los principales problemas actuales que surgen de la gestación sustituta; y que, en efecto, impactan directamente contra el Estado de Derecho de las partes involucradas:

- a) En primer lugar, no existe una formalidad en el acuerdo de voluntades celebrado por la partes. En consecuencia, éste se celebra de manera verbal o bien, de manera escrita pero no se encuentra bajo la normatividad de ninguna legislación. Por lo tanto; las partes involucradas se encuentran en un estado de vulnerabilidad jurídica para exigir el cumplimiento de derechos y obligaciones.
- b) De igual modo, el acuerdo de voluntades puede ser celebrado de manera gratuita (por altruismo) o bien, puede ser oneroso. Para este caso, a falta de dicha legislación, los padres progenitores o legales, pueden resultar perjudicados en caso de que la mujer que se encuentre gestando a su hijo, reciba la cantidad pactada, pero al concluir la gestación decide ya no entregar al bebé. Por el contrario; puede darse el supuesto también de que una vez pactada una determinada cantidad de dinero a cambio de gestar al bebé y una vez que éste último, les ha sido entregado a los padres, éstos deciden no entregar el dinero a la mujer gestante. Por tanto; en ambos casos se genera un daño tanto económico, como psicológico, que no tiene repercusiones jurídicas para deslindar responsabilidades y recurrir a la reparación del daño, situación que atenta contra el estado de derecho, tanto de los padres legales, como de la mujer gestante.
- c) Otra problemática se suscita cuando los padres legales o progenitores, deciden retractarse de hacerse cargo del bebé una vez que ésta ha nacido con algún tipo de malformación, discapacidad o enfermedad severa que requiera de cuidados especiales y/o gastos médicos importantes. Lo que trae como consecuencia un daño irreparable y de por vida hacia la madre gestante, quien adquiriría la responsabilidad legal, social y económica de hacerse cargo de un bebé que ella no deseaba ni planeó tener para sí. De manera que esta situación que atenta gravemente hacia los derechos del menor y de la madre gestante, además de que ambos quedan en estado de indefensión, sin recurso jurídico alguno que reconozca, proteja y garantice sus derechos humanos.

d) Hasta el momento no existe un marco normativo que a nivel federal determine el procedimiento legal y los requisitos bajo los cuales, los interesados puedan registrarse y determinar si son aptos o no, tanto legal, como físicamente para poder recurrir a la gestación sustituta.

Vale la pena mencionar la opinión de Raquel Sandra Contreras López: “Si bien, resulta indispensable que todas las Entidades Federativas que integran a los Estados Unidos Mexicanos, regulen a través de sus Códigos civiles o familiares, tanto el empleo de las técnicas de reproducción asistida, como el supuesto de la maternidad sustituta, se requiere se haga conforme a una verdadera técnica jurídica y legislativa, por lo tanto, hacerlo en el cuerpo o contexto de los propios Códigos sustantivos o familiares, y no a través de una ley, como se está pretendiendo por los Asambleístas del Distrito Federal, ya que, con ello se desgaja la unidad y sistematización de estos Ordenamientos, así como de aquellas materias reguladas en ellos, entre otras, la de la filiación y sus efectos patrimoniales económicos y morales, el sucesorio, etcétera.”²

Por todo lo anterior, es dable llegar a la conclusión que en México se hace necesaria una legislación que a nivel federal regule los efectos jurídicos que surgen de la Gestación Sustituta, y, por consiguiente; esto dará como resultado seguridad jurídica y protección hacia los derechos de los padres progenitores, de la mujer gestante y del menor; de manera tal, que no se dejaría en un estado de indefensión a las mismas. Por tanto, es claro que se debe llevar a cabo el establecimiento de medidas legislativas, jurídicas, administrativas y de salud, que permitan a las personas ejercitar su derecho a la procreación, con responsabilidad. En este orden de ideas se hace preciso señalar que estamos de acuerdo en que se legalice la gestación sustituta, únicamente cuando esta sea la última alternativa para una

² Domínguez Martínez, José Alfredo y Sánchez Barroso José Antonio (coord.), Derecho Civil, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, UNAM, 2014, p. 66

pareja o para una persona con infertilidad para poder procrear un hijo biológico.

Cabe destacar que esta laguna jurídica, respecto de la Gestación Sustituta, lejos de prevenir que se lleve a cabo, se está poniendo de por medio al estado de derecho de las partes involucradas y se genera una importante desprotección hacia sus derechos humanos, se les deja en un estado de indefensión. Luego entonces, lejos de proteger los derechos de las partes involucradas, se deja a un lado el reconocimiento de los mismos, así como dos principales principios de los derechos humanos, y me refiero al principio de universalidad y de progresividad.

III. PROPUESTA

Una vez comprendida la problemática expuesta en la presente investigación, es menester elaborar una propuesta cuyo objetivo sea coadyuvar con una solución que, dentro de un marco legal en nuestro país, en materia familiar, proporcione un bienestar social. Cabe destacar que la presente problemática jurídica es bastante amplia, por tanto; para su observación y análisis podrían desprenderse otras tesis e investigaciones que se aboquen a una sola de las problemáticas que se desprenden de este tema. Por consiguiente, nosotros exponemos y planteamos de manera muy generalizada la siguiente propuesta, no sin antes aclarar que nuestro objetivo no se encamina a contradecir o refutar los argumentos que otros juristas han expuesto, a fin de proponer que la Gestación Sustituta sea legalmente permisible por medio de un contrato.

Reiteramos entonces, que la presente problemática jurídica, es muy amplia y compleja, por tanto; para la magnitud de tal problema, la solución debe ser planteada por el legislador, quien deberá ser muy minucioso y meticuloso para efectuar el análisis y estudio profundizado tanto del derecho positivo, como del presente fenómeno

jurídico para poder legislar al respecto, además el legislador también debe apoyarse de un grupo de especialistas expertos en el tema, como lo son: médicos, psicólogos, sociólogos y abogados. Empero; a continuación, se presentan algunas alternativas que podrían resultar útiles y benéficas para los padres solicitantes, para la mujer gestante y el menor en cuestión, quienes vienen siendo las partes involucradas en la Gestación Sustituta.

- A)** Se propone que la Gestación Sustituta sea la última alternativa a la recurra una pareja o una persona infértil o con imposibilidades fisiológicas para reproducirse.
- B)** Se propone que la Gestación Sustituta sea regulada por la Ley General de Salud, en donde se deberá implementar un capitulo que refiera a la gestación sustituta, así como a los supuestos médicos bajo los cuales esta deba llevarse a cabo.
- C)** Que se realice una adición al artículo 4° constitucional, cuya adición pudiera ser de la siguiente manera:

Texto Original: [...] “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [...]”

Propuesta de Adición: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

- D)** Será necesario que en todos los códigos civiles y/o familiares, (según corresponda) que permitan la gestación sustituta, de todas las entidades federativas de México, se

adicione un capitulado en donde se regule el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la Gestación Sustituta, así como los requisitos legales que debe cumplimentar la pareja solicitante y la mujer gestante.

- E)** Se actualice el Código Penal Federal para que establezca la normatividad necesaria a fin de regular y tipificar dentro de su legislación alguna acción u omisión que vaya en contra de la permisibilidad y requisitos que establezca para las partes el Código Civil y/o Familiar de todas las entidades federativas de nuestro país.

IV. CONCLUSIONES

1. La inexistencia de una legislación que regule el procedimiento legal para llevar a cabo la Gestación Sustituta en México ha generado diversas consecuencias jurídicas que se encaminan a una problemática jurídica importante. Se advierte que inevitablemente la gestación sustituta, legalizada o no, es un acontecimiento socio-jurídico que se sigue llevando a cabo y que inevitablemente produce efectos jurídicos consistentes en: la creación, modificación, transmisión y extinción de derechos y obligaciones, los cuales recaen en una laguna jurídica a falta de una legislación que ampare dichos efectos. Por todo lo anterior, es en este momento en donde se logra señalar con claridad el vínculo existente entre la gestación sustituta y el estado de derecho, pues la nula supervisión del derecho ante esta problemática deja así en un estado de indefensión y vulnerabilidad jurídica a las partes que llevan a cabo este método de reproducción asistida.
2. La legalidad de la gestación sustituta en México encuentra su justificación en la protección hacia la familia y el derecho a procrear, que se encuentran protegidos principalmente en las siguientes legislaciones: En el artículo: 4° de la Constitución Po-

lítica de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 6° de la Constitución Política de la Ciudad de México, incisos D, E, F y G. Así mismo; en materia internacional quienes protegen los ya mencionados derechos son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por todo lo anterior, se infiere entonces que el derecho a formar una familia por medio de la gestación sustituta debe ser permisible, pues esta última funge como un método más de reproducción asistida. Por consiguiente, la ley no prohíbe ni limita de este derecho a las personas que nacen o adquieren algún tipo de infertilidad que les imposibilite procrear por sí mismos y de manera natural.

3. En la medida en que la que justicia es impartida, en que exista certeza del derecho, seguridad jurídica, en la medida en que sean respetados los derechos humanos, y exista una correcta actuación y actividad del estado, incluyendo específicamente al poder político, en esa medida podemos hablar de la existencia de un estado de derecho.

V. FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

- BLAUBERG I., Diccionario de Filosofía, México, Ediciones Quinto Sol, 1999, p. 111.
- BRENA SESMA, Ingrid, Reproducción asistida, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.
- CIENFUEGOS SALGADO David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coord.), Estado, derecho y democracia en el momento

- actual: contexto y crisis de las instituciones contemporáneas, México, Fondo editorial jurídico, 2008.
- DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coord.), V Jornadas: crisis y derechos humanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO José Antonio, (coord.), Derecho Civil, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, UNAM, 2014.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, El interés superior del menor en el marco de la adopción y el tráfico internacional: contexto mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.
- LAMM, Eleonora, Gestación por Sustitución, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho: XII Jornadas Lascasianas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004.
- PÉREZ CONTRERAS, María de Monserrat, et al., Vulnerabilidad y Violencia contra niños, niñas y adolescentes: en el marco teórico conceptual, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.

-LEGISLACIÓN y NORMATIVIDAD:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_120419.pdf

Fecha de Consulta: 25 de Marzo de 2018.

Constitución para la Ciudad de México

file:///C:/Users/acrvic/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/68e-48d9a01b54c7cca56052bb3d498abc93f08fa%20(1).pdf

Fecha de Consulta: 11 de Abril de 2018.

Código Civil Federal

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_090318.pdf

Fecha de Consulta: 28 de Marzo de 2018.

Código Civil para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México

[file:///C:/Users/acrvic/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/f5a127e0e6b20f393982bfe245e6741f34f31e07%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/acrvic/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/f5a127e0e6b20f393982bfe245e6741f34f31e07%20(1).pdf)

Fecha de Consulta: 8 de Enero de 2018.

Código Civil del Estado de México

http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html

Fecha de Consulta: 9 de Abril de 2018

Código Civil para el Estado de Tabasco

<https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf>

Fecha de Consulta: 22 de Abril de 2018.

Código Familiar del Estado de Sinaloa

http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_fiscal_22-dic-2017.pdf

Fecha de Consulta: 13 de Febrero de 2018.

Código Penal para el Distrito Federal, hoy para la Ciudad de México

[file:///C:/Users/acrvic/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/d73a8773c69474f70a3bb6ae31e0bf67d24bb62d%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/acrvic/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/d73a8773c69474f70a3bb6ae31e0bf67d24bb62d%20(1).pdf)

Fecha de Consulta: 26 de Abril de 2018.

Ley General de Salud

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_241218.pdf

Fecha de Consulta: 18 de Febrero de 2018.

Tesis 1a. CCLXXXI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Poder Judicial de la Federación*, Décima época, Diciembre 2018, p. 336.

Tesis 1a. LXXVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, México, Poder Judicial de la Federación*, Décima época, Junio de 2018, p. 957.

-FUENTES ELECTRÓNICAS:

Vázquez, Luis Daniel, Serrano, Sandra, *Los principios de Universalidad, Indivisibilidad y Progresividad*. Apuntes para su aplicación práctica. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>

Fecha de Consulta: 30 de junio de 2017 a las 20:00 hrs.

_____, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*.

https://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Metodolog%C3%ADa%20Principios%20Obligaciones.pdf. Fecha de Consulta: 25 de Agosto de 2017 a las 11:35 hrs.

LA CONCILIACIÓN COMO UN MEDIO EFICAZ PARA RESOLVER CONFLICTOS EN MATERIA LABORAL

CONCILIATION AS AN EFFECTIVE MEANS TO RESOLVE CONFLICTS IN LABOR MATTERS

MÓNICA JAQUELINE HERNÁNDEZ GÓMEZ¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito evaluar el impacto que tiene la conciliación en la resolución de conflictos laborales en la actualidad, a la luz de la Reforma Laboral publicada el 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación, así como en el Decreto por el que se reformó la Ley Federal del Trabajo el pasado 1° de mayo de 2019, puesto que la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos se prevé como un medio preventivo ante futuros juicios.

El tema de la conciliación como un medio alternativo para la solución de conflictos, si bien ha tenido auge en los últimos tiempos, y se ha implementado a nivel constitucional como una forma prioritaria para resolver los conflictos a través de estos medios, en materia laboral no es una novedad, puesto que los órganos encargados de impartir justicia, es decir, las Juntas de Conciliación y Arbitraje se crearon para resolver de una forma rápida y pacífica los conflictos surgidos entre patrones y trabajadores, ello en razón de la naturaleza de la relación y del choque de intereses entre el capital y la fuente de trabajo, buscando proveer, en su caso, a la parte vulnerable una solución oportuna y adecuada.

¹ Estudiante de la Maestría en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Correo electrónico: moni_rock91@hotmail.com; línea de investigación en Derecho laboral.

Sin embargo, la conciliación ha sido vista como una mera etapa procesal, un trámite previo al inicio de un procedimiento en materia laboral, por lo que su aplicación se ha visto influenciada por los intereses de las partes, y se han dejado de lado los beneficios que puede aportar esta forma de solución de conflictos.

II. CONFLICTOS EN MATERIA LABORAL

En materia laboral, los conflictos se desarrollan en otros ámbitos del derecho, implican un choque de intereses de origen económico, puesto que se enfrentan dos factores de la producción que son el trabajo y el capital. Los conflictos entre el patrón y los trabajadores fueron reconocidos por el Constituyente de 1917, puesto que, ante una serie de arbitrariedades y condiciones de trabajo precarias, y en el marco de revueltas sociales, se dieron las condiciones para crear un órgano que se encargara de atender los conflictos de esta índole. Fue así que la Constitución en 1917 en su artículo 123 fracción XX, instituyó las Juntas de Conciliación y Arbitraje como órganos públicos para resolver las diferencias o conflictos entre capital y el trabajo.

Este organismo de conformación tripartita no perteneció desde sus inicios al Poder Judicial, sino que se encontraba como una dependencia del poder Ejecutivo, conformado por un representante de cada esfera del poder: trabajadores, patrones y gobierno.² Esta conformación fue el modelo para la solución de controversias obreiro-patronales que tras muchos años de vigencia de un sistema con tintes civilistas proveyó la solución de conflictos bajo la vigilancia normativa de la justicia social.

Es importante hacer énfasis que esta conformación se encuentra en proceso de un cambio histórico, ya que a la fecha, como se ha

² Actualmente, los capítulos X y XI han sido derogados mediante el Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, publicado el 01 de mayo de 2019.

venido anunciado en párrafos anteriores, debido a la Reforma Laboral publicada el 24 de febrero de 2017 en el Diario Oficial de la Federación, se estableció en el artículo 123 apartado A) fracción XX que ya no serán las Juntas de Conciliación y Arbitraje las encargadas de la solución de conflictos entre patrón y trabajador, sino los Tribunales Laborales que dependerán directamente del Poder Judicial, tal como a continuación se cita:

Artículo 123

Fracción XX.- La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.³

Es así que, la justicia en materia laboral se enfrenta actualmente a cambios que impactan en la naturaleza histórica y jurídica de la solución de conflictos, porque si bien las Juntas de Conciliación y Arbitraje surgieron como organismos que promovieron, como de su propia denominación se desprende, la conciliación y el arbitraje, es una realidad que ese ideal no se cumple en la actualidad, siendo que las Juntas han sido rebasadas por la cantidad de juicios que se promueven, puesto que han visto a la conciliación como una etapa del proceso, como trámite, por lo que la gestión de conflictos laborales en México se prepara para adoptar un nuevo modelo.

³ Véase en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es un hecho que la impartición de justicia en nuestro país demanda una serie de recursos económicos y humanos para poder funcionar y garantizar a más de 119 millones 530 mil 753 habitantes en México,⁴ una justicia pronta y expedita, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 17 Constitucional.

En materia laboral la demanda ha superado la realidad, siendo un sistema que requiere de la implementación de medios que permitan resolver los casi cien mil expedientes que se tienen en trámite.⁵ No obstante que se hicieron reformas en el año 2012, tendientes a limitar los salarios caídos y los intereses que, entre otras finalidades buscaban con ello favorecer la conciliación, éstas no generaron los efectos esperados, además de que el proceso de implementación es gradual, no siendo posible reflejar resultados a corto plazo.

Es así que, la administración de justicia laboral se plantea ante un panorama que da prioridad a la gestión de conflictos a través de mecanismos efectivos para solucionar controversias y evitar la promoción de juicios. La naturaleza jurídica de los tribunales del trabajo se vislumbra como parte del Poder Judicial y no más del Ejecutivo, para dejar atrás lo que menciona el maestro Rafael Tena Suck respecto a las Juntas “...no son reconocidos en la Administración Pública como auténticos tribunales, sino como dependencias gubernamentales del sector laboral de menor jerarquía...”.⁶

Por otra parte, el marco internacional económico que se está presentando tiene un impacto directo en la regulación de las relaciones de trabajo, puesto que la globalización y las exigencias del

⁴ Véase en página oficial del Instituto Nacional de Estadística y Geografía como resultado del censo del año 2015, <http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/> fecha de consulta 24/06/2019.

⁵ Véase en página oficial de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México, en el rubro de Informes anuales 2017 y 2018, <http://www.juntalocal.cdmx.gob.mx/>, fecha de consulta 24/06/2019.

⁶ Tena Suck, Rafael, “Realidades y perspectivas de la Reforma a la Justicia Laboral”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), Reforma al Artículo 123 Constitucional, Tirant lo Blanch, México, 2017, p 106.

mercado han generado la modificación de las relaciones de trabajo y la aparición de figuras nuevas como la subcontratación y el trabajo online, entre otras. Esto genera vacíos legales para una protección integral de derechos laborales y de seguridad social.

III. CONCILIACIÓN EN MATERIA LABORAL

La conciliación y mediación tienen su origen en el derecho público como parte de prácticas para solucionar conflictos entre países y posteriormente, después se trasladó su aplicación en diversas áreas del derecho en las que se pueden negociar sobre derechos disponibles.

La conciliación es un medio de solución de conflictos mediante la intervención de un tercero neutral e imparcial que asiste a las partes para que ellas acuerden la solución del conflicto. El conciliador guía a las partes para que les queden claros y delimitados los puntos principales de la problemática a solucionar.⁷

En virtud de ello, el papel del conciliador implica un rol activo con la libertad para exhortar a las partes a llegar al mejor arreglo, e incluso tener una intervención directa, siendo éste el momento clave en donde el conciliador puede evaluar e, incluso, proponer a las partes opciones para llegar a un convenio en el cual ambas queden satisfechas bajo el esquema de ganar-ganar.

Ahora bien, a la luz de la reforma constitucional publicada el 24 de febrero de 2017 en su artículo 123 inciso A fracción XX establece en su segundo párrafo lo siguiente:

⁷ Galicia Campos, Francisco Javier, “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos colectivos y las víctimas en el proceso penal acusatorio”, en González Rodríguez, Patricia, et al, (coords.), Las víctimas en el sistema penal acusatorio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p.60, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/7.pdf>, fecha de consulta 24/09/2019.

Fracción XX...

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

De igual manera, por lo que hace a la Constitución de la Ciudad de México establece en sus artículos 35 y 39,8 que se privilegiará la aplicación de medios alternos para la solución de conflictos, y la creación de un tribunal de conciliación y arbitraje que dirima los conflictos laborales. Asimismo, atender a lo dispuesto en los Capítulos IX BIS y TER referentes al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, así como De los Centros de Conciliación de las Entidades Federativas y de la Ciudad de México, y demás artículos relativos y aplicables que establece la Ley Federal Del Trabajo reformada el 1º de mayo de 2019.⁹

En virtud de lo anterior podemos destacar los puntos más importantes que refiere la reforma en materia de conciliación:

⁸ Véase “Capítulo III de la Función Judicial” en la Constitución Política de la Ciudad de México, http://www.infodf.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf, fecha de consulta 22/06/2019.

⁹ Véase Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019, fecha de consulta 22/06/2019.

- Respecto a la fase conciliatoria, es importante resaltar que ésta no debería fraccionarse del procedimiento laboral y mucho menos, llevarse como una instancia diversa a la judicial.
- Los centros de conciliación no sólo deberán estar dotados de autonomía e independencia, sino llevarlo a la práctica, por lo que se observa que sería mejor que pertenecieran al Poder Judicial puesto que la reforma lo que pretende es reconocer a las autoridades laborales como integrantes del poder jurisdiccional, por lo que no es congruente dejar un organismo con otra naturaleza, reduciendo verdaderos juicios a procesos eminentemente administrativos.
- Por cuanto hace al Capítulo IX BIS y TER de la Ley Federal del Trabajo referentes a los Centros de Conciliación tanto Federal, Estatales y el de la Ciudad de México, se hace evidente el reto del Estado ya que deja en manos de las legislaturas estatales la emisión de las leyes reglamentarias para determinar su funcionamiento e integración, lo cual corre el riesgo de no homologar criterios y generar discordancias legales, lagunas, así como incertidumbre jurídica.
- Resulta indispensable contar con conciliadores capacitados y multidisciplinarios para que contribuyan a la solución de los problemas que se presenten y llevar a cabo una verdadera conciliación.
- El convenio que llegue a celebrarse deberá ejecutarse de manera inmediata. Sin embargo, debido al carácter de los organismos de conciliación que es eminentemente administrativo, no queda claro la posibilidad de ejecución, siendo un obstáculo para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 33 segundo párrafo de la Ley Federal del Trabajo.
-

IV. CONCLUSIONES

Primera. - El tema de la impartición de justicia en materia laboral actualmente se encuentra en crisis y no garantiza el derecho a una justicia pronta y expedita, no obstante, no significa que con la Reforma Laboral se dé solución a dicha situación, puesto que se plantea un cambio que transforma el procedimiento y la naturaleza jurídica de las instancias encargadas de impartir justicia lo cual representa un costo material y humano importantes y que no se verán reflejados de forma inmediata.

Segunda. - Para consolidar la gestión de conflictos en materia laboral a través de la conciliación resulta indispensable centrar la atención en primer lugar en los operadores jurídicos y brindarles las herramientas (formación y capacitación) para que puedan desempeñarse adecuadamente y brindar un servicio de calidad, ya que está en sus manos generar la cultura de la legalidad.

Tercera. - La utilización de los medios alternos de solución de conflictos busca establecer una cultura de paz, entendiendo a ésta en un contexto de valores y principios como la justicia, equidad y buena fe, sin embargo, esto debe ser regulado por el Estado, por lo que, en el caso de la conciliación en materia laboral, se requieren medidas y mecanismos para consolidar a la conciliación como una verdadera gestión de conflictos laborales

Cuarta. -El reto que enfrenta el Estado mexicano es hacer válida la reforma laboral a nivel Constitucional, así como poner en funcionamiento los Centros de Conciliación que establece la Ley Federal del Trabajo actual, tanto a nivel Federal como Local, por lo que se requiere de la participación de las tres esferas del poder para hacer posible su implementación ya que es necesario la asignación presupuestada del poder Ejecutivo, la Legislación que se emita a nivel Federal y Estatal, y la coordinación con el Poder Judicial para empatar a los Tribunales Laborales con los Centros de Conciliación.

Quinta. -La impartición de justicia laboral se encuentra en transición por lo que muestra mayor vulnerabilidad y se generará mayor rezago mientras no se establezcan claramente lineamientos y se asigne el presupuesto necesario para hacer cumplir lo establecido en la Constitución, así como hacer frente a los efectos coyunturales e impacto en el derecho social.

V. FUENTES CONSULTADAS

Galicia Campos, Francisco Javier, “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos colectivos y las víctimas en el proceso penal acusatorio”, en González Rodríguez, Patricia, et al, (coords.), *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, p.60, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/7.pdf>, fecha de consulta 26/08/2018.

Tena Suck, Rafael, “Realidades y perspectivas de la Reforma a la Justicia Laboral”, en Cossío Díaz, José Ramón (coord.), *Reforma al Artículo 123 Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 178.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política de la Ciudad de México
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de la Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva.

PÁGINAS INSTITUCIONALES

- Junta Local de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México *<http://www.juntalocal.cdmx.gob.mx/>*
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía *<http://www.beta.inegi.org.mx/temas/estructura/>*

GESTIÓN DE CONFLICTOS Y CREACIÓN DE REDES PENALES-FISCALES EN UN CONTEXTO ECONÓMICO GLOBALIZADO

MARÍA IRACEMA CRISTAL GONZÁLEZ MARTÍNEZ¹

En el contexto actual de la posmodernidad, se persigue el consumo como uno de sus principales fines justificadores, en términos económicos la producción ha perdido valor ante el consumo. Autores como Viviane Forrester² nos han explicado la evolución de este fenómeno económico desde la década de los noventa. Zygmunt Bauman nos plantea una sociedad líquida, donde el quehacer individual cobra mayor significación que la colectividad y todo se vuelve consumible, desechable y efímero, inclusive y muchas veces, las relaciones interpersonales; y es en ese sentido que podemos trasladar esta idea al sector empresarial, ya que, para el capitalismo y la posmodernidad, estas figuras recobran importancia relevante.

México es considerado un Estado moderno a partir de finales del siglo XIX. El Estado moderno se conceptualiza de manera clásica con Max Weber, que hizo referencia al ente monopolizado que ejerce fuerza legítima en un territorio, es decir, dotado de soberanía, ya que le proporciona legitimidad en su interior, y autonomía hacia el exterior. Según la tesis weberiana dentro de las características del Estado moderno están las de:³ a) la existencia de un poder central suficientemente fuerte que garantice el orden interno y la seguridad exterior; b) la creación y desarrollo de una infraestructura administrativa, financiera, militar y diplomática; c) la consolidación de una entidad económica; y d) su legitimación está contenida en la Constitución que

¹ Doctorado en Derecho, UNAM, FES Acatlán. Mail: jasacristalal28@gmail.com

² Cfr., Forrester, Viviane, *El horror económico*, México, Fondo de cultura económica, 2da. Edición, 2000.

³ Cfr. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/19.pdf>, consultado en abril de 2018.

lo rige, ya que es ahí donde se presenta el elemento contractual del pacto social.

A su vez, es un Estado Social Democrático, mismo que aspira a alcanzar el *status quo* del Estado liberal clásico, razón por la que es considerado como “de tránsito”; comparte los mismos ejes que el Estado liberal, pero con diferente orden y otros presupuestos, como ser garante de derechos sociales, considera el dominio público, mantiene una economía mixta en la que ejerce un intervencionismo y también maneja una política de libre mercado. Respecto de la globalización, Marcos Kaplan enfatiza que:

Las posturas y valoración respecto a la globalización expresan o constatan, de muy variadas maneras, tendencias hacia la unión de las poblaciones del planeta en una economía única, a la cual podrían además ir correspondiendo una sociedad, una cultura, un sistema político, quizá un Estado, en mayor o menor grado mundiales. En especial, se suele afirmar la necesidad y conveniencia, aclamadas o lamentadas, la fatalidad e irreversibilidad, de un eclipse y disolución de todo lo que sea nacional, y, sobre todo, de debilitamiento, del estado-nación soberano, de su reducción a una posición subalterna, incluso su más o menos rápida extinción.⁴

En ese sentido, Kaplan refiere que: “lo que hoy se suele ubicar bajo la rúbrica de “globalización” no ha cumplido sus pretensiones y promesas, en cuanto a un desarrollo más o menos integrado-integrador, general e igualitario de las economías, las sociedades, las culturas, las regiones, naciones y Estados del planeta.”⁵ Puesto que la desigualdad social e inequidad siguen acrecentándose, en

⁴ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002, p. 14.

⁵ *Ibidem*, p. 15.

diferentes rubros; por otro lado también se han generado factores problemáticos como el cambio climático por mencionar algún otro, que ha resultado del descuido y sobre explotación de los recursos naturales irrenovables.

En el plano social democrático, el Estado tiene el rol de garante y en ese sentido debería cubrir, al menos, como nos menciona John Rawls,⁶ las necesidades básicas de la sociedad, para que, dentro de su entorno, los individuos puedan partir de un mismo nivel socioeconómico y entonces crecer o volverse individuos más aptos y competitivos, que, a su vez, benefician al crecimiento y desarrollo comunitario. Pero por el lado opuesto observamos en la *praxis*, que los fines que persigue el capitalismo y la economía globalizada no son precisamente el lograr una igualdad y equidad, generadores de bienestar social.

Las transnacionales buscan expandirse a otros territorios y por el otro lado, los países periféricos buscan incentivar la inversión extranjera; así que ofertan facilidades y otorgan concesiones permitidas bajo los estatutos legales, ya que firman acuerdos internacionales previos. La cuestión que genera desventaja es que no se ejerce el mismo control fiscal a estas grandes corporaciones que al resto de los contribuyentes. Además, hay que explicarle al lector que dentro de la lista negra del Servicio de Administración Tributaria⁷ se encuentran empresas constituidas con capital extranjero, están en esa lista debido a que por alguna anomalía fiscal el SAT las requiere o les solicita el pago de contribuciones y al realizar la inspección, resulta que la empresa es inexistente y no se puede localizar. Por tanto, lo que se pretende mostrar no es una idea negativa respecto de la inversión extranjera, sino de las concesiones dadas ya que esto permite la

⁶ Apreciación particular de la autora sobre la Teoría de la Justicia como Equidad de John Rawls.

⁷ SAT, órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público responsable de aplicar la legislación fiscal y aduanera. Encargada de la política tributaria federal.

comisión de defraudación y evasión fiscal e incluso lavado de dinero y por ende menoscabo al patrimonio nacional, además de destacar que se explotan recursos naturales irrenovables y a cambio, las contribuciones recaudadas son muy inferiores a las utilidades que tales empresas obtienen.⁸

Para tratar el tema del conflicto es necesario conceptualizarlo en el contexto del mercado global, por tanto, entendemos que es un:

Mal inevitable y necesario, pero también un mal que al regularse favorece al propio sistema social, pues modifica conductas y equilibra relaciones colectivas e individuales, al menos de los elementos que lo integran y no en la naturaleza que lo motiva. El conflicto es *autopoiético*, es decir, de adaptación compleja (...) la complejidad no se resuelve, se minimiza, se controla, se adapta.⁹

⁸ Un ejemplo de ello, son las transnacionales mineras, que en México son aproximadamente 23 mil concesiones y ocupan el 11.5% del territorio nacional, de las cuales el 70% de ellas son canadienses y debido a que cuentan con un marco regulatorio laxo, se obtuvieron datos que muestran que por cada 14 mil millones de pesos de ingresos obtenidos, solamente pagaron al fisco el 0.32 % por concepto de contribuciones; y por cada mil dólares que obtuvo la empresa minera, 15 centavos fueron destinados a la localidad donde se encuentra. Se diagnosticó que la minería contribuye con el 0.9% al PIB y contribuye con el 0.2% de la población económicamente activa. Existe poca participación de capital mexicano, únicamente el 9% y está repartido en un sector monopolístico, según Forbes destacan inversiones de Carlos Slim, German Larrea (Grupo México) y Salinas Pliego. En entrevista de radio UNAM a Francisco Cravioto, Coordinador de la Oficina de Incidencias del Colegio Mexicano para la Silvicultura Sostenible, quien realizó el diagnóstico de Minería para la Agenda Nacional Ambiental 2018 del Seminario Universitario de Sociedad Medio Ambiente e Instituciones (SUSMAI de la UNAM). Mayo de 2018.

⁹ Álvarez León, José Antonio, Coord., *Política Criminal y Prevención. El entorno personal del individuo y su espacio de movilidad situacional, en los Municipios de Naucalpan de Juárez y Atizapán de Zaragoza, Parte I*, México, UNAM, F.E.S. Acatlán, Proyecto PAIDI, 2018., p. 46.

Los conflictos presentados en el contexto actual, al ser *autopoiéticos*, van adaptándose al sistema de manera estructural, por tanto, se normalizan. Después de que ese conflicto se considera cotidiano en la práctica, entonces volverá nuevamente a gestarse otro nuevo conflicto y pasará lo antes citado de manera prolongada. “El conflicto surge por la relación de los siguientes elementos: primero, el orden social y el segundo, la estructura social democrática.”¹⁰ En este sentido, surgen conflictos sociales puesto que existen desigualdades económicas y entramados legales que, de manera no enunciativa, permiten que se acrecienten las discrepancias fiscales y financieras, ya que pareciera ejercerse un menor control fiscal a los grandes contribuyentes, particularmente a las empresas transnacionales, no así hacia el resto de los contribuyentes cuyos ingresos nominales son considerablemente inferiores; lo que más adelante se puede convertir en delitos.

Existen algunos datos duros tanto de manera oficial como no oficial que nos muestran la problemática desarrollada en este ensayo; en septiembre de 2017 se publicó en México una investigación realizada por Animal Político y Mexicanos Unidos Contra la Corrupción e Impunidad¹¹, llamaron a su publicación “La gran estafa”,¹² en ella revelan fraudes cuantiosos que involucran a servidores públicos, universidades y empresas fantasma; posterior a la publicación del artículo en mención, la Auditoría Superior de la Federación (ASF), llamó a la red de desvío un fraude dotado de corrupción. El SAT por su parte se pronunció al respecto e inició una investigación de las empresas involucradas.

Entre abril y mayo de 2016 se publicaron en varios países alrededor del mundo, datos, pruebas y documentación que revelaban

¹⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹¹ El primero es un portal de noticias, el segundo una asociación civil.

¹² Cfr. <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>, consultado en abril de 2018.

la adquisición de empresas, bienes, ganancias y evasión fiscal, que hasta entonces se habían mantenido ocultas; estas publicaciones involucraron a altos mandos del gobierno de distintos Estados, personas con cargos políticos conocidos, así como personas públicas en ámbitos del deporte, el arte o las finanzas. Todas ellas con la particularidad en común de contratar con una firma de abogados panameña, por lo que a esta investigación se le conoce como “*Panama Papers*”,¹³ para así simular la fundación y establecimiento de empresas inscritas en un paraíso fiscal; su fin prioritario fue develar los paraísos fiscales de la gente poderosa a nivel global. En México los delitos económicos van al alza, en un estudio realizado por la firma PwC México se reveló que han aumentado del 37% en 2016 al 58% en 2018. Los delitos fiscales están numerados y descritos en el Código Fiscal de la Federación, de manera concreta en el título IV, relativo a las infracciones y delitos fiscales, capítulo II, con un total de 27 artículos, del 92 al 115 bis.

El contribuyente que omita total o parcialmente el pago de una contribución ya sea por pagos provisionales, por pagos definitivos o por contribuciones del ejercicio fiscal de que se trate en perjuicio del fisco federal, cometerá el delito de defraudación fiscal. El artículo 108 del Código Fiscal de la Federación (CFF) estipula las causales. Existen supuestos de defraudación fiscal que tendrán consecuencias en materia penal, tal es el caso de presentar declaraciones falsas en cero cuando sí existen ingresos acumulables; o presentar deducciones no autorizadas, amparadas con documentación apócrifa o comprobantes expedidos por empresas que se encuentran en la lista negra¹⁴ del

¹³ Cfr.http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160403_internacional_panama_confidencial_mossack_fonseca_ap, consultado en abril de 2018.

¹⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto de la constitucionalidad de las listas negras que publica el SAT, y las ha determinado constitucionales, esto quiere decir que ha validado los actos de autoridad del SAT desde 2014 cuando fue aprobada la reforma en materia hacendaria; descritos en el artículo 69B CFF, que indica: cuando el fisco detecte que un contribuyente ha es-

SAT, es decir, EFOS (Empresa que Factura con Operaciones Simuladas).

El SAT está facultado para expedir una lista de personas bloqueadas, informa a las instituciones bancarias para que realicen un bloqueo de sus cuentas, cuando no cumplan con sus obligaciones fiscales. Dicho mismo organismo, tiene a 2,621 contribuyentes en investigación por pertenecer a su lista negra¹⁵, por considerar que realizan operaciones simuladas; así como 6,811 contribuyentes que han emitido comprobantes fiscales que podrían ser apócrifos.¹⁶ Las cifras alcanzadas por evasión fiscal en el año 2015 indican una pérdida del 25% de la recaudación tributaria por evasión del Impuesto Sobre la Renta; en México las empresas fantasma han generado facturas por 1.4 billones de pesos, que equivale casi al 5% del PIB.¹⁷ Publicaciones más recientes¹⁸ señalan que el SAT tiene detectados más de 8 mil empresas que simulan operaciones, las cuales han facturado 2.04 billones de pesos a través de comprobantes apócrifos, debido a esta situación, el Presidente electo, Andrés Manuel López Obrador, ha anunciado que la emisión de estas facturas sería considerada como un delito grave.

El sistema financiero ha puesto un mayor control respecto del uso que se tiene con los montos del dinero, las instituciones bancarias entregan un formato para que el contribuyente informe el origen

tado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal o infraestructura o capacidad material para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan las facturas emitidas, o bien dichos contribuyentes no se localizan, la autoridad presumirá la inexistencia de operaciones.

¹⁵ Cfr. <https://www.eleconomista.com.mx/economia/El-SAT-tiene-en-la-mira-a-2621-contribuyentes-por-operaciones-inexistentes-20180212-0105.html>, consultado en abril de 2018.

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ *Ídem.*

¹⁸ Cfr. <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Empresas-fantasma-han-facturado-2.04-billones-de-pesos-20180827-0125.html>, consultado el 29 de agosto de 2018.

de los recursos, cuando se trata de depósitos en efectivo por más de cien mil pesos M.N.; el SAT está facultado para enviar requerimientos a los contribuyentes por los depósitos en efectivo que éste reciba, con la finalidad de conocer el origen de procedencia ilícita de los recursos.

Para efectos de la evasión fiscal, se considerará lo previsto en el artículo 109 del CFF, y se tomarán como erogaciones del contribuyente¹⁹ los gastos, las adquisiciones de bienes, así como los depósitos en cuentas bancarias, en inversiones financieras o en tarjetas de crédito. Es importante por lo tanto que los contribuyentes:²⁰ a) expidan CFDI's con los requisitos que exige la ley, y timbrados debidamente; b) a partir de septiembre de 2018 se deberán relacionar los CFDI deducibles con sus correspondientes comprobantes de pago; c) elaborar los papeles de trabajo en formato XML,²¹ que deberán estar vinculados con la contabilidad electrónica y con los estados de cuenta bancarios, puesto que se vinculan estos últimos para realizar el cálculo de las contribuciones a cargo del contribuyente; y d) tener los contratos que justifiquen la venta de material y la razón de negocios que justifiquen los gastos deducibles, esto quiere decir el origen de la relación empresarial, tanto de egresos como de ingresos.

Según el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el narcotráfico y los delitos fiscales alcanzaron al menos 1.13 billones de pesos; según Forbes México, la OEA y Transparencia Internacional informan que la corrupción le cuesta al país un aproximado de 347 mil millones de pesos anuales, que representa hasta el 10% del PIB nacional, cifras alarmantes puesto que son 5 veces más que el promedio internacional. Las cifras oficiales publicados por la Procuraduría General de Justicia muestran que de 2016 a 2017 tan sólo

¹⁹ Cfr. <https://elconta.com/2018/04/18/10-pecados-fiscales-contables-sat-mexico-errores-impuestos/>, consultado en abril de 2018.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Extensible Markup Language, formato universal para datos y documentos estructurados. Cfr. https://www.ibm.com/support/knowledgecenter/es/SSEP-GG_8.2.0/com.ibm.db2.ii.doc/opt/c0007799.htm, consultado en agosto 2018.

en la Ciudad de México, hubo un incremento del índice delictivo de 3,504 a 6,772 incidentes, respecto de lo estipulado en las Leyes de Instituciones de Crédito, Inversión, Fianzas y Seguros. En el rubro de los delitos estipulados en el Código Fiscal de la Federación, la misma dependencia gubernamental publicó que en los mismos años los delitos disminuyeron: de 3,443 a 3,306 en suma, en todas las entidades federativas.

Edgardo Buscaglia ha hecho diversos estudios sobre crisis de seguridad y sus manifestaciones de violencia extrema, en marcos de Estados con fallas regulatorias en materias tanto económicas como jurídicas y sociales, en distintos países.²² Propone aplicar cuatro tipos de controles por las instituciones del Estado y la sociedad civil, para buscar solucionar los problemas de fondo, del Estado mexicano; controles judiciales, controles patrimoniales, controles de la corrupción y controles sociales. Nos propone como una posible salida para hacerle frente a la delincuencia organizada, que representa vínculo fuerte con el lavado de dinero, o como un medio para lograr disminuir este daño causado al Estado y beneficiar o buscar beneficios concretos a la sociedad, una vía en prácticas internacionales de seguridad humana,²³ lo que traduce básicamente en tres referentes: 1. Prevenir la delincuencia económica, 2. Expandir mercados lícitos, y 3. Generar mayor empleo con inversión competitiva.

CONCLUSIÓN

Al institucionalizarse un control con un espectro más amplio y de mayor alcance, por parte del Estado, pero incluyente a la vez del sector civil, se pueden disminuir tanto los conflictos sociales y la enorme desigualdad, y también podrá bajar el índice delictivo respecto de estos delitos económicos. En los países donde ya se han implementado

²² Cfr. Buscaglia, Edgardo, *Vacios de Poder en México*, Debate, México, 2013.

²³ Cfr. Buscaglia, Edgardo, *Op. Cit.*

las unidades de investigación autónomas, financiadas mayoritariamente por el sector privado o a través de cooperativas sociales, nos dice Buscaglia que:²⁴ a) se han disminuido en escala y en alcance los delitos económicos, ya que como observamos en otros rubros, esta delincuencia organizada también ha globalizado su mercado; b) se ha permitido el procesamiento penal de políticos y empresarios vinculados con grupos criminales poderosos, lo que se traduce en que ha abonado a capitalizar los controles patrimoniales.

Por tanto, se puntualizó respecto de la importancia sobre desmenuzar datos duros, realizar un análisis para objetivar una crítica y tomar posturas, también se observaron los resultados obtenidos en el supuesto de que se recuperen sumas de dinero que por algún delito fiscal han causado un daño en detrimento del Estado, o por algún otro delito u otra razón de hecho diversa, que causara algún perjuicio económico al país. Después de llevar a la práctica lo aquí planteado, habrá que dar un seguimiento en el proceso para conocer si esas sumas de dinero o en su defecto, en especie, son recuperados por el Estado, además de conocer y darle seguimiento al paradero final del mismo, es decir, si se destinó a fines y causas sociales o cuál fue su destino final; además de revisar con periodicidad los índices delictivos respecto de la materia fiscal y financiera para conocer si han disminuido y se ejerce un mayor control y mejora la manera de regulación y aplicación normativa, para así contribuir al crecimiento económico nacional, tareas que recaen tanto en las instituciones como en la sociedad civil.

FUENTES DE CONSULTA

Alvarez León, José Antonio, (Coord.), *Política Criminal y Prevención. El entorno personal del individuo y su espacio de movilidad situacional, en los Municipios de Naucalpan de Juárez y Atizapán*

²⁴ Ídem.

- de Zaragoza, Parte I*, México, UNAM, F.E.S. Acatlán, Proyecto PAIDI, 2018.
- Buscaglia, Edgardo, *Vacíos de Poder en México*, Debate, México, 2013.
- Calva, José Luis, (coord.), *Política económica para el desarrollo sostenido con equidad*, Tomo I, Coedición Casa Juan Pablos, México, UNAM, IIEC, 2002.
- Camargo González, Ismael, *Derecho Penal Fiscal, Delitos Fiscales*, México, Flores, 2016.
- Forrester, Viviane, *El horror económico*, México, Fondo de cultura económica, 2da. Edición, 2000.
- Gomez-Jara Diez, Carlos, *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico*, Bogotá, B de F, 2014.
- Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2002.

LEGISGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Fiscal de la Federación.
- Código Nacional Procedimientos Penales.
- Código Penal Federal.
- Código de Comercio.
- Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.
- Ley del Impuesto sobre la Renta.
- Ley del Impuesto al Valor Agregado.
- Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria.

CIBERGRAFÍA

- Animal Político: <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>.

- El Economista: <https://www.eleconomista.com.mx/economia/El-SAT-tiene-en-la-mira-a-2621-contribuyentes-por-operaciones-inexistentes-20180212-0105.html>.
<https://www.eleconomista.com.mx/economia/Empresas-fantasma-han-facturado-2.04-billones-de-pesos-20180827-0125.html>.
- IBM Knowledge Center: https://www.ibm.com/support/knowledge-center/es/SSEPGG_8.2.0/com.ibm.db2.ii.doc/opt/c0007799.htm
- Jurídicas UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/19.pdf>, consultado en abril de 2018.
- NoticiasBBC: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160403_internacional_panama_confidencial_mossack_fonseca_ap.
- PriceWaterhouseCoopers México: <https://www.pwc.com/mx/es/servicios-forenses/delitos-economicos.html>
- Revista El Conta: <https://elconta.com/2018/04/18/10-pecados-fiscales-contables-sat-mexico-errores-impuestos/>.

POLICÍAS, PERSPECTIVA CRÍTICA DE SU RELACIÓN CON EL ESTADO MEXICANO

POLICE OFFICERS, CRITICAL PERSPECTIVE ABOUT THEIR RELATIONSHIP WITH THE MEXICAN STATE

ÁNGEL ERIK JIMÉNEZ PÉREZ¹

I. INTRODUCCIÓN

En marco al “V Coloquio Binacional México-España: Gestión de Conflictos en el Estado de Derecho”, se realiza esta reflexión acerca de la relación jurídica que guardan el Estado mexicano con sus policías. Asimismo, se analizará rápidamente los aspectos jurídicos, culturales, sociales y económicos en los que los policías realizan sus funciones. Comentando además que este trabajo se lleva a cabo desde la perspectiva de la Teoría Jurídica Crítica.

En un Estado de Derecho, es obligación de todas las instituciones incluidas las de seguridad pública, el respeto a los derechos humanos a todas las personas, incluidas las personas encargadas de las labores policiales. Atendiendo los principios y reglas que la propia constitución establece. Así entonces, se pretende reflexionar sobre el estatus jurídico en el que los policías mexicanos guardan frente al Estado. Así como, estudiar los aspectos jurídicos, culturales, sociales y económicos en la que dichas personas llevan a cabo sus funciones.

¹ Maestrante en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán; angelerik.jp@gmail.com

II. CRÍTICA A LA RELACIÓN JURÍDICA DE LOS POLICÍAS CON EL ESTADO MEXICANO

a) Teoría Jurídica Crítica

La Teoría Jurídica Crítica, en todas sus vertientes, presenta un punto de encuentro, la interdisciplinariedad. Antonio Carlos Wolkmer nos habla que la interacción en la práctica teórica jurídica: “sólo puede ser visualizado como “parte operante de un todo”, que implica la combinación de conceptos y categorías de otras áreas de las ciencias sociales. Solo se comprende esa totalidad en el derecho a partir de una perspectiva interdisciplinaria”.²

Así entonces, conocer las perspectivas que brindan otras áreas del conocer humano, permitiría crear mejores mecanismos de aplicación a la normatividad jurídica. Así, la filosofía, sociología, psicología, medicina, estadística, economía y otras más, se encuentran estrechamente relacionadas, forman una red de conocimiento que, si se aprovecha, contribuirá a la mejora sustancial de la ciencia jurídica y su aplicación al mundo de lo concreto.

b) Relación jurídica de los policías mexicanos con el Estado

Primero debemos aclarar que el orden constitucional mexicano en su artículo 21, párrafo noveno, declara que: La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios. Asimismo, en su párrafo decimo confiere que: Las instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional. Por lo que, la policía mexicana está compuesta por civiles bajo el mando y conducción de un gobierno democrático cuya obli-

² Wolkmer, Antonio, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 38.

gación es respetar los derechos humanos de todos sus gobernados, incluyendo las personas que ejercen la labor policial.

Pareciera lógico y hasta burdo decir que un policía es una persona, pero es importante recordado y decirlo, ya que, tanto el Ejecutivo como el Legislativo y Judicial mantienen ese caduco “régimen especial”³ al que los policías mexicanos se encuentran sometidos. La relación jurídica que guardan con el Estado es del tipo administrativa, es decir, el Estado mexicano no funge como patrón, sino como autoridad, y los policías no son trabajadores ni empleados, son servidores públicos, cuyos derechos humanos y labores son restringidos.

La relación administrativa antes mencionada, surge con base en las interpretaciones jurídicas que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó al artículo 123, apartado B, fracción XIII; que en su primer párrafo establece que: Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se registrarán por sus propias leyes. Se hace especial señalamiento, en que el artículo constitucional no hace estricta mención sobre la restricción a los derechos humanos y/o laborales del gremio policial. Recordando que la propia carta magna ordena, conforme a su artículo 1o; promover, respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de todas las personas.

La tesis jurisprudencial P./J. 24/95, de la novena época, del año 1995, fue la que estableció que la relación jurídica que los policías, guardan con el gobierno del Estado o del Municipio, “es de naturaleza administrativa y se rige por las normas también administrativas de la ley y reglamentos que les correspondan y que, por lo tanto, las determinaciones que dichas entidades tomen en torno a esta no constituyen actos de particulares, sino de una autoridad.”⁴

³ Tesis 1ª./ J. 106/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 372.

⁴ Tesis P./J. 24/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, septiembre de 1995, p. 43.

En la tesis jurisprudencial en referencia, se interpreta la norma con base en lo que el constituyente originario de 1917 planteó para los empleados al servicio del Estado, determinando que: “La relación Estado-empleado fue, en principio de naturaleza administrativa”.⁵ Si se considera la progresividad de los derechos humanos y la llamada “Mutación Constitucional”, propuesta por José Alfonso da Silva: “el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana, lo que, en otros términos, significa que la Constitución no puede ni debe entenderse como una ley eterna”.⁶ Como bien lo postulo Eugen Ehrlich: el “Derecho vivo”,⁷ es un ente que se perfecciona día a día, no es estático ni único.

Así entonces, comprender que las normas son el producto de la necesidad y contexto social, recordando el principio general del Derecho *Ex facto oritur ius* (el hecho nace el derecho), ayuda a comprender que la ciencia jurídica es un ente de trascendencia, con vida y continuo cambio, el cual es necesario se adapte a las condiciones sociales actuales, creando normatividad adecuada para dicho fin.

Negar la progresión de los derechos humanos y considerar que la relación jurídica que el Estado mexicano guarda con sus policías, afirmando que es de “carácter administrativa”; violenta los derechos humanos, no sólo de las personas que ejercen la labor policial, sino también de sus familias. Luego entonces, ampliar el campo de visión con perspectivas: culturales, sociales y económicas, donde los propios policías se reconozcan como personas sujetas a derechos,

⁵ *Ídem.*

⁶ Silva, José Alfonso da, “Mutaciones constitucionales”, Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5561/7207> consultado el 27 de agosto de 2018.

⁷ Da Silveira, Júlio, “O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis”, Crítica jurídica. Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, no. 35, enero-junio 2013, p.218.

promoviendo que el Estado contribuya a las mejoras sustanciales de sus condiciones, contribuiría a perfeccionar las tareas en seguridad pública, resultando en Estado de Derecho fortalecido.

III. POLICÍAS, CIUDADANOS ESENCIALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO FUERTE Y LEGÍTIMO

Como se ha mencionado en líneas anteriores, contar con una visión más amplia sobre aspectos que rodean la vida de los policías, contribuiría al fortalecimiento del Estado de Derecho. Pues bien, los aspectos que pueden ser considerados son: jurídico, social, cultural y económico, sin que ello signifique una limitación a otros que resulten relevantes.

a) Aspecto jurídico

Actualmente las legislaciones en materia de seguridad pública contemplan los derechos humanos y laborales de los policías de forma muy ambigua. El artículo 123, apartado B, fracción XIII, refiere que las instituciones policiales “se regirán por sus propias leyes”, por lo que obliga a la creación de legislaciones secundarias que garanticen los derechos de los policías, acto que hasta el momento no ha sucedido. Contrario al caso de militares y marinos, los cuales cuentan con la Ley de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas.

El estado jurídico respecto a la defensa de los derechos de los policías se encuentra muy limitada, sobre todo de seguridad social, estabilidad laboral, carrera profesional, salud, entre otros. Con ello se vulnera algo tan esencial al humano como es la seguridad humana. Es alto el riesgo en el que los policías se encuentran (más allá de las propias labores que desempeñan), por encontrar inestabilidad: laboral, económica, familiar y social, al desempeñar sus funciones.

Es el propio artículo 123, apartado B, fracción XIII ordena: los miembros de las instituciones policiales podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. Violentando derechos como audiencia y presunción de inocencia. En el caso de que se comprobara que fue injusta su separación, sólo tendrán derecho a la indemnización de tres meses de salario. Pongámonos en los zapatos de esa persona que injustificadamente fue removida de su cargo tras muchos años de honorable servicio al país.

El abandono institucional y estigma social, es otro grave problema. Nancy López, directora del área de Defensa de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, declaro que: “la mayor parte de los miembros de las corporaciones policíacas, sobre todo las municipales, padecen de precarias condiciones de trabajo, pero, además, viven estigmatizadas y son criminalizados por la población, sin tener el respaldo de las instituciones para las que trabajan”.⁸ Así entonces, las instituciones rompen con la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos. Además, violentan los principios de seguridad jurídica, conformidad y convencionalidad.

b) Aspecto cultural

El segundo aspecto a considerar en el contexto en el que vive un policía mexicano es, el cultural. Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, a través de la Encuesta Nacional de Ocupa-

⁸ Alcántara, Liliana, “Padecen policías acoso, estigma y violación a sus derechos humanos”, *El Universal*, 09 de abril de 2015, disponible en <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2015/padecen-policias-acoso-estigma-y-violacion-a-sus-derechos-humanos-1091002.html> consultado el 27 de agosto de 2018.

ción y Empleo (ENOE), en promedio los policías en México: Cuentan con 11 años de escolaridad (equivalente a tener dos años dentro del nivel medio superior), de los cuales 54.1% tiene estudios medio superior, 37% de nivel básico y 8.9% cuenta con estudios superiores.⁹

Por otro lado, el mismo estudio estadístico desglosa que: Cinco de cada 100 policías y agentes de tránsito hablan alguna lengua indígena, además del español.¹⁰ Las anteriores estadísticas pueden darnos un aspecto introductorio respecto a cómo podrían aplicarse los métodos de enseñanza y capacitación a policías, con un nivel educativo promedio a un nivel medio superior. Asimismo, la pedagogía podría ajustarse dependiendo la región y grupo poblacional.

c) Aspecto social.

En tercera consideración, el social, el cual es complejo. El doctor Edgardo Buscaglia dice: “Las conductas humanas actualmente tipificadas en los códigos penales suelen encontrar su raíz en disfuncionalidades que se produjeron hace años en los ámbitos familiar, vecinal, escolar, laboral y de salud mental o física, pero que nunca se atendieron adecuadamente”.¹¹

El Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018, que, hasta su última actualización en diciembre de 2018, reporto que: A nivel nacional, al cierre de 2017 se reportaron 217 mil 287 servidores públicos destinados a funciones de seguridad pública en las Administraciones Públicas Estatales, pre-

⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas a propósito de... los policías y agentes de tránsito”, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), México, 11 de julio de 2017, p. 1, disponible en http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/agentes2017_Nal.pdf* consultado el 27 de agosto de 2018.

¹⁰ *Ídem.*

¹¹ Buscaglia, Edgardo, *Vacios de poder en México*, México, Debate, 2013, p. 24.

sentando la siguiente distribución: 48.5% Policías preventivos, 28.3% Policía bancaria, comercial y/o auxiliar, 23.2% tránsito y otras.¹² Del total, según datos demográficos que proporciona la ENOE; el 82.1% son hombres y 17.9% mujeres. Asimismo, la edad promedio es de 37.7 años, cuyo rango de 30 a 49 años, siendo el 63% de todos los efectivos.¹³

Asimismo, la Secretaría de Gobernación reportó que el país cuenta con un estado de fuerza operativo de 0.8 policías preventivos por cada mil habitantes, muy por debajo del estándar mínimo, el cual debe ser de 1.8.¹⁴ Se hace especial observancia sobre la Ciudad de México (CDMX), ya que esta cuenta con alrededor de 77 mil policías, incluyendo a sus tres corporaciones (Preventiva, Auxiliar y Bancaria), lo anterior conforme a los datos reportados por sus portales de transparencia.¹⁵ Lo anterior nos dice que: la CDMX cuenta con más del 46% del total de efectivos a nivel nacional, con una cifra aproximada de 8.6 policías por cada mil habitantes.

d) Aspecto económico

Cifras otorgadas por el INEGI, el sueldo promedio nacional de un policía es de 31.3 pesos la hora, mencionando que en algunos estados

¹² Datos obtenidos de: “Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2018”, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, México, 2018, p. 23. Disponible en: http://www.beta.inegi.org.mx/contenidos/programas/cngspspe/2018/doc/cngspspe_2018_resultados.pdf (fecha de consulta: 18 de mayo de 2019).

¹³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas a propósito de...”, *op. cit.*, pp. 1-2.

¹⁴ Secretaría de Gobernación, “Modelo óptimo...”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁵ Datos procesados con base en la información obtenida de los portales de internet: http://data.ssp.cdmx.gob.mx/transparencia_index.html; <https://www.transparencia.cdmx.gob.mx/policia-auxiliar/articulo/121>; <https://www.transparencia.cdmx.gob.mx/policia-bancaria-e-industrial/articulo/121>, (fecha de consulta: 18 de mayo de 2019).

es desproporcional dicha cantidad. Chiapas, por ejemplo, otorga a sus policías 15.4 pesos por hora y Baja California Sur 66.4 pesos por el mismo tiempo.¹⁶

Sin embargo, las cifras pueden ser algo engañosas al ver la jornada laboral promedio de un policía, la cual es de 65.4 horas semanales¹⁷. Contrastando con lo establecido en nuestra constitución, que en el mismo artículo 123 señala que: la jornada máxima de trabajo será de 8 horas diarias y 7 horas nocturnas, con un día forzoso de descanso por cada 6 de trabajo, es decir, un máximo de 48 horas semanales. Por lo que se les pagan únicamente las horas reglamentarias y no las extendidas o extras, con jornadas usuales de 12 x 24 o 24 x 24 (horas de trabajo / horas de descanso).

IV. CONCLUSIÓN

Los policías son el reflejo de nuestra sociedad, por lo que, el mejorar sus condiciones de trabajo, brindarían mejoras en la ejecución de sus funciones permitiendo mayor confianza de la sociedad, repercutiendo directamente en el fortalecimiento del Estado de Derecho. Siendo una excelente herramienta la Teoría Crítica Jurídica, al proponer la interdisciplinariedad en el estudio y solución de los conflictos sociales, como el que aquí se plantea.

La idea de “mutación constitucional” ayudaría a la comprensión y evolución de los textos constitucionales, principalmente para la reinterpretación del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de nuestra carta magna. Es necesario que los órganos jurisdiccionales, replanteen sus criterios, permitiendo la progresividad y no restricción de los derechos humanos, derechos que toda persona, incluidos los policías, poseen.

¹⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Estadísticas a propósito de...”, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷ *Ídem*

El General Jorge Carrillo Olea, postuló en su obra “México en Riesgo”, que: “El desarrollo profesional de los cuerpos policiacos es también una tarea pendiente. Se trata de rescatar para el bien general a una profesión poco valorada, muy requerida y sin embargo desatendida y criticada. Por estas causas, para sus miembros no existe un proyecto de vida basado en la formación profesional que sea mínimamente sustentable.”¹⁸

“Dormimos profundamente en nuestros lechos porque hay hombres duros que, de noche están preparados para actuar con violencia contra aquellos que nos harían daño”, - Winston Churchill.

¹⁸ Carrillo, Jorge, *México en Riesgo: Una visión personal sobre un Estado a la defensiva*, México, Grijalbo, 2011, p. 221.

EL DEBIDO PROCESO EN LA APLICACIÓN DE LA REGLA RES IPSA LOQUITUR Y EL DAÑO DESPROPORCIONADO EN EL JUICIO CIVIL

THE DUE PROCESS OF LAW IN DOCTRINE RES IPSA LOQUITUR AND DISPROPORTIONATE HARM USED IN CIVIL CASES

ALMA ROSA FRÍAS ENRÍQUEZ¹

La primera vez que se utilizó la regla *res ipsa loquitur* fue en 1863 en el caso Byne vs Boadle en Inglaterra. El caso consistió en que una persona fue lesionada por un barril de harina que le cayó desde la ventana de un almacén; siendo evidente la negligencia por parte del propietario del almacén, incluso ante la ausencia de prueba directa que la demostrara, el Barón Pollock resolvió que hay casos en que se puede llegar a la certeza porque *la cosa habla por sí misma* y ese parecía ser uno de ellos.² Esta regla fue paulatinamente admitida en el ámbito sanitario; al principio, era una regla aplicada en casos obvios como la amputación de un miembro o extracción de un órgano equivocado, siendo más tarde utilizada en casos complejos de mala praxis médica.³

Así, con el tiempo, se determinó aplicable en algunos supuestos de daños que el paciente sufre como consecuencia de una intervención médica y que no pueden explicarse conforme al *sentido común*, sino por la existencia de una culpa profesional, dado que ello no

¹ Maestrante en Derecho en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Domicilio: Rancho San Francisco, Metepec, Estado de México, correo electrónico: alrofren27@gmail.com.

² Cfr. Stewart, Alan W., "Are we allowing the thing to speak for itself? Linnear v. CenterPoin Energy and Res ipsa loquitur in Louisiana", Louisiana Law review, Volume 71, Number 3, spring 2011, pp. 1091-1110.

³ Cfr. Navarro Michel, Mónica, "Sobre la aplicación de la regla res ipsa loquitur en el ámbito sanitario", Anuario de Derecho Civil, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003.

resulta ser una consecuencia *normal* de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas.⁴

Entre los efectos de la aplicación de esta regla, se encuentran: a) Establecer las bases que permitan una inferencia admisible efectuada por el juzgador sobre la posible negligencia por parte del demandado, b) Establecer una presunción de negligencia, c) Trasladar la carga de la presentación de la prueba o carga de la “persuasión” de probar.⁵

Con una influencia no tan distante, el daño desproporcionado nace de la doctrina francesa “faute virtuelle” (culpa virtual) y es aplicado por el Tribunal Supremo Español en forma conjunta con la regla *res ipsa loquitur* y reglas similares empleadas en la jurisprudencia europea, como la “Anscheinsbeweis” (apariencia de prueba) de la doctrina alemana⁶. Reglas que han sido interpretadas por una parte de la doctrina (no de manera uniforme), como una *presunción general de culpa* que opera a favor de la víctima una vez que ésta prueba el daño, la conducta que lo originó y la relación de causalidad; verificadas estas circunstancias, se invierte la carga de la prueba hacia el demandado, quien soportará la responsabilidad en caso de no probar que actuó diligentemente⁷. Reglas que de acuerdo a sus características corresponden a una especie de prueba virtual o *prima facie*.

El procesalista Gian Antonio Micheli, ha señalado que la prueba *prima facie*, no tiene razón de ser en sí; ya que su significado único puede versar sobre distinguir casos en los que es suficiente hacer verosímil la propia afirmación o mediante presunciones de hombre,

⁴ Trigo Represas, Félix A. Reparación de daños por “mala praxis” médica, Hammurabi, 2da edición, Argentina, 2008, p. 54.

⁵ Cfr. Carpenter, Charles E., “The doctrine of *res ipsa loquitur*”, The University of Chicago Law review, Volumen I, N.34, march and may 1934, pp. 519-535.

⁶ Cfr. Álvarez Sarabia, Marina, “Res ipsa loquitur y daño desproporcionado en la responsabilidad médica”, Anales de Derecho, Granada, núm. 2/2016, diciembre 2016. Gómez Pomar, Fernando, “Carga de la Prueba y responsabilidad objetiva”, Revista para el Análisis del Derecho, N.1, 2001, Barcelona, octubre 2001.

⁷ Barriá Díaz, Rodrigo, “La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo”, Revista Ius et Praxis, año 20, N.2, 2014, p. 7.

o mediante una mera justificación. Pero tal construcción es rechazada ya que se observa que esta prueba no tiene un valor meramente provisional, sino definitivo, salvo prueba en contrario. Por lo que, no queda claro si se trata de considerarlo como inversión de la carga de la prueba o como mera presunción de un hecho que repercute en la valoración de pruebas, siendo así una duplicidad inútil del tipo de prueba crítica que es precisamente la presunción.⁸

Según lo advierte Michele Taruffo, un error de fondo que se ha tenido al abandonar un modelo de referencia constituido por la determinación ordinaria al valorar los hechos en la prueba *prima facie*, es entender verosimilitud como sinónimo de probabilidad.

La verosimilitud debe ser entendida como la situación en la que un hecho no está probado de forma plena, pero hay elementos para considerarlo *creíble*. En contraposición, la posibilidad de que un hecho sea probable o más probable que otro, no se centra en su credibilidad, sino en la presencia de elementos cognoscitivos que confirmen a la hipótesis del mismo.⁹ Consideraciones que pudieran no estar siendo tomadas en cuenta al aplicarse la prueba virtual como presupuesto para arrojar la carga de la prueba al médico por la *primera apariencia* de su responsabilidad por un resultado desproporcionado.

Es así que se advierte que el uso de reglas como la *res ipsa loquitur* y el daño desproporcionado que se sustentan en la apariencia de la prueba, o más bien, en la verosimilitud que pueda tener respecto del resultado dañoso, tiene un amplio riesgo de error cuando es utilizado en casos complejos propios de la materia médica.

En efecto, a primera vista se pueden utilizar esta clase de reglas de *apariencia de la prueba* en eventos adversos muy evidentes, como

⁸ Micheli, Guian Antonio, “La carga de la prueba”, Colombia, editorial Leyer, 2007, p.221.

⁹ Taruffo, Michele, “La prueba de los hechos”, cuarta edición, Madrid, Editorial Trota, cuarta edición, 2011, p. 504.

el olvido de gases en el cuerpo al efectuarse una cirugía, amputación o intervención quirúrgica de miembros incorrectos por ejemplo; sin embargo, estos son hechos que no resultan ser el problema de la aplicación de las reglas *res ipsa loquitur* y el daño desproporcionado, sino aquellos en los que no resulta tan claro si el resultado es producto de alguna mala praxis, dada la complejidad del acto médico en relación con la respuesta biológica del cuerpo humano.

Cabe aludir que la obligación médica es de medios y no de resultados, esto quiere decir que el profesional no se obliga al logro de un concreto resultado, sino al despliegue de una conducta diligente e idónea del enfermo sobre la base de las reglas de la disciplina médica y su evolución, con ajuste a los conocimientos científicos, actualizados, que el título presupone, y en procura de lograr su curación, sin que se pueda asegurar el éxito del tratamiento.¹⁰ Por lo que valorar la actuación de un profesional de la salud por la apariencia lesiva de un resultado, en primer término puede resultar un poco contradictorio.

Por ello, en cuestiones médicas complejas, señalar con base en los resultados si existió un tratamiento o una ejecución del tratamiento inadecuado, no es una tarea sencilla si se pretende basar este juicio en la experiencia o sentido común de un operador jurídico; resultando propio de analizarse si con base en ella se podría trasladar la carga probatoria a la parte demandada.

En el escenario mexicano, durante la décima época, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver la contradicción de tesis que diera origen a la jurisprudencia por contradicción: *Daños originados por la aplicación negligente de la anestesia. Generan una responsabilidad civil de índole subjetiva (legislación civil*

¹⁰ Trigo Represas, Félix A. Reparación de daños por “mala praxis” médica, Hammurabi, 2da edición, Argentina, 2008, pág. 49.

del distrito federal y del estado de tabasco)¹¹ se allegó de elementos doctrinales y de la jurisprudencia de la Tribunal Supremo Español.

Consideró que de acuerdo a los principios de facilidad y proximidad probatoria, debe satisfacer la carga de la prueba la parte que dispone de los medios de prueba o puede producirla o aportarla al proceso a un menor coste para que pueda ser valorada por el juez; por lo que se determinó que el profesional médico *puede estar obligado a probar* las circunstancias en las que se produjo el daño, si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del presunto responsable, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.

Criterio en el que acogió las reglas de presunción *res ipsa loquitur* y daño desproporcionado, que el Supremo Tribunal Español ha utilizado en conjunto con los principios de proximidad y facilidad probatoria, no obstante, lo que podríamos poner de manifiesto es su concordancia en el sistema jurídico mexicano.

Los principios de proximidad y facilidad probatoria se encuentran contemplados en el artículo 217 de la Ley N. 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil español, en el que, dentro de las reglas de aplicación de la carga de la prueba, establece: *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*.

El criterio de la disponibilidad probatoria consiste en que sí es la contraparte la que posee el medio probatorio, o incluso, tiene mayor accesibilidad a la prueba que la otra parte, debe aportarlos al juicio. Esta disponibilidad puede ser materia (como un documento) o intelectual (como el conocimiento de un dato).¹²

¹¹ Tesis 1a./J. 22/2011 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo I, p. 235.

¹² Pazos Méndez, Suzana, "Los criterios de facilidad y disponibilidad en el Proceso Civil", en Lluch, Xavier et al. (comp.) *Objetivo y Carga de la Prueba Civil*, España, Bosch Editor, 2007, pp. 79-100.

La facilidad probatoria, se refiere a supuestos en que, si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba a autos. Este principio se basa en la buena fe.¹³

En el caso del sistema jurídico mexicano, los principios de facilidad y proximidad probatoria utilizada para sustentar el uso de las reglas *res ipsa loquitur* y del daño desproporcionado, no se encuentran regulados. Por ello, se estima que, si se aplican actualmente, podemos estar ante una incompatibilidad con el debido proceso, cabiendo señalar que, de acuerdo a sus criterios de aplicación, los considerados *principios* de facilidad y disponibilidad probatoria, en realidad se tratan de *normas* que regulan la carga de la prueba.

Por ello, habrá que cuestionar la pertinencia de su aplicación derivado de la etapa procesal en que se pretenden introducir (que tampoco queda muy clara), ya que a la parte a quien se le apliquen estas normas en el proceso, únicamente tendría conocimiento efectivo de los mismos una vez que se ha dictado sentencia, momento en el que no podrá hacer valer sus derechos y obligaciones procesales respecto de la carga de la prueba,¹⁴ yendo sus consecuencias, más allá de la facilidad de aportar una prueba al proceso civil, a un menor coste, sino que se considerará que en su momento procesal el demandado tuvo la obligación de probar determinados ellos y no lo hizo.

Valoración que, según el contexto hasta ahorita analizado, se fundaría en la verosimilitud de que el daño hubiese sido ocasionado por una intervención negligente, sustentándose aparentemente en ellas como criterio de apreciación conjunta con las reglas de lógica y la experiencia. Por esto, podríamos advertir tentativamente que, si su aplicación no se establece en el momento procesal de ofrecimiento,

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Pazos Méndez, Suzana, *op cit*, p. 87.

preparación o desahogo de pruebas, sino como estructura de juicio al momento de apreciar los hechos para resolver, su aplicación correría el riesgo de contravenir el debido proceso del profesional médico demandado.

Esto lo observamos desde una perspectiva procesal civil ya que las reglas de la carga probatoria y del estándar de valoración, son consideradas como principios guía dentro del derecho humano al debido proceso en su dimensión constitucional, como derecho subjetivo conferido a los justiciables que garantizan un proceso equitativo y razonable que hace posible el ejercicio de sus derechos mediante un adecuado método de debate.¹⁵

En determinados casos, la contradicción de las partes debe ser en condiciones de efectiva igualdad, de valerse de los medios necesarios para probar; incumbiendo al demandante la carga de la prueba sobre los cuales funda su demanda, y al demandado, probar los hechos que fundamenten sus excepciones y argumentos de defensa. En otros caso, se pueden llevar a cabo medidas para la exhibición de las pruebas que no se encuentren a su disposición o se encuentren en poder de la contra parte o terceros, pero claro en los que la ley expresamente lo permita.

El artículo 14 Constitucional establece que nadie puede ser privado de la libertad o propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan *las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*.

Por tanto, con sustento en el precepto constitucional, se sostiene que toda vez que las reglas de la carga probatoria y del estándar de valoración, son de naturaleza adjetiva; las reglas de facilidad y disponibilidad probatorias deberán estar expresamente reguladas en

¹⁵ Gómez Lara, Cipriano, “La teoría general del proceso y sus conceptos generales”, Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho, vol. 1, México, UNAM, 2002, pp. 377-398.

la ley procesal correspondiente, con anterioridad al hecho, para que puedan ser aplicadas en un juicio en el que se esté determinando la responsabilidad civil de un profesional de la salud.

Esta regulación expresa, a su vez, podría dar paso a la consideración jurisprudencial de la aplicación de las reglas *res ipsa loquitur* y del daño desproporcionado, ya que sin esta regulación legal en el contexto mexicano, el considerar quién tuvo la carga probatoria en un juicio, quedaría al arbitrio del juzgado, sin que existan criterios jurisprudenciales o doctrinales suficientes que pueda orientar su uso adecuado, sin mencionar, que los códigos civiles mexicanos no establecen expresamente excepciones en la carga de la prueba, como sí acontece en el contexto Español donde es protegido el derecho de la víctima de una mala práctica médica a través de este traslado de la carga probatoria, pero con la certeza legal hacia el demandado de que existe facultad para ello por parte del juzgador.

De ahí que se considere que la introducción de estas normas que cambian la carga probatoria en el proceso y criterios de presunción como presupuesto o juicio valorativo que inciden en la determinación del valor y fuerza probatoria, pueden beneficiar la protección del derecho de la víctima de una mala práctica médica, pero deberá analizarse con mayor profundidad para determinar la forma en la que se pueden dinamizar la carga probatoria, y en su caso, regular su implementación.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Sarabia, Marina, “Res ipsa loquitur y daño desproporcionado en la responsabilidad médica”, *Anales de Derecho*, Granada, núm. 2/2016, diciembre 2016.
- Barría Díaz, Rodrigo, “La presunción de culpa por el hecho propio en el Derecho Europeo”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N.2, 2014.

- Carpenter, Charles E., "The doctrine of res ipsa loquitur", *The University of Chicago Law review*, Volumen I, N.34, march and may 1934.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Gómez Lara, Cipriano, "La teoría general del proceso y sus conceptos generales", *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, vol. 1, México, UNAM, 2002, pp. 377-398.
- Gómez Pomar, Fernando, "Carga de la Prueba y responsabilidad objetiva", *Revista para el Análisis del Derecho*, N.1, 2001, Barcelona, octubre 2001.
- Laurent Pavón, Angélica Josefina, Consentimiento Informado y daño moral, coord. Salgado, Eréndira, Ramírez, Agustín, *Error médico y daño moral*, Porrúa-Anáhuac, México, 2013.
- Ley N. 1/2000 de Enjuiciamiento Civil
- Micheli, Guian Antonio, "La carga de la prueba", Colombia, editorial Leyer, 2007.
- Navarro Michel, Mónica, "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario", *Anuario de Derecho Civil*, Número 56, Fascículo 3, Julio 2003.
- Pazos Méndez, Suzana, "Los criterios de facilidad y disponibilidad en el Proceso Civil", en Lluch, Xavier *et al.* (comp.) *Objetivo y Carga de la Prueba Civil*, España, Bosch Editor, 2007.
- Romero Casabona, Carlos María, El médico y el Derecho Penal, Tomo I, la actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal. Ed. Rubinzal-culzoni, 2da. Edición, Argentina, 2011.
- Taruffo, Michele, "La prueba de los hechos", cuarta edición, Madrid, Editorial Trota, cuarta edición, 2011.
- Tesis 1a. CXXXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, tomo 1, agosto de 2012.
- Tesis 1a./J. 22/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo I, p. 235.

- Tesis 1a./J. 22/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XI, agosto de 2012, Tomo I, p. 235.
- Tesis I.4o.C.330 C (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, tomo 5, enero de 2012, p. 4606.
- Trigo Represas, Félix A. Reparación de daños por “mala praxis” médica, Hammurabi, 2da edición, Argentina, 2008.

**LA GESTIÓN DE CONFLICTOS EN EL ESTADO DE DERECHO:
EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO**

***THE CONFLICT MANAGEMENT IN THE RULE OF LAW: THE NACIONAL
ANTICORRUPTION SYSTEM IN MEXICO***

JOSÉ DE JESÚS VÁSQUEZ MÉNDEZ¹

I. NOTA INTRODUCTORIA

La preocupación por entender, prevenir, controlar y erradicar la corrupción no es nueva, tan es así que nuestro Estado en 1997 ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos; en 1999, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y en mayo 2004, se adhirió formalmente a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 31 de octubre de 2003. Sin embargo, tuvieron que pasar diez años, una calificación de 35 puntos de 100 posibles, el lugar número 103 de 175 países según Transparencia Internacional, para que nuestro Estado iniciara un proceso legislativo para combatirla.

El proyecto de investigación para obtener el grado de Maestro en Derecho tiene por título: “Las faltas administrativas graves en el marco del Sistema Nacional Anticorrupción”, uno de los primeros tópicos abordados versa sobre la pluralidad de definiciones de co-

¹ Maestrando del tercer semestre de la Maestría de Derecho en el Posgrado de Derecho de la UNAM y Especialista en Sistema de Responsabilidades de Servidores Públicos por el Posgrado de Derecho de la UNAM, jjesus_vasquezmen@hotmail.com; Facultad de Derecho de la UNAM, Ciudad Universitaria, Av. Universidad 3000, Cd. Universitaria, Coyoacán, 04510, Ciudad de México, México, correo: informesderecho@posgrado.unam.mx.

rrupción, así mismo, el proyecto tiene por objeto no sólo señalar las carencias de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, sino hacer sugerencias al respecto, por lo cual la ponencia es resultado de la propuesta de conceptualización inicial de corrupción. El método utilizado en la investigación es el sistemático, pues el análisis versa sobre instituciones aparentemente aisladas que se encuentran previstas en diversos sistemas normativos, por lo que se busca su unificación.

Es por ello que, en el presente ensayo, se analizará el concepto de conflicto, corrupción y la corrupción entendida como conflicto; además la función del Estado para la solución de los conflictos de la sociedad; el sistema nacional anticorrupción en general y en particular desde el punto de vista de gestión de conflictos.

II. LA CORRUPCIÓN COMO CONFLICTO

El término conflicto es definido coloquialmente como “(c)ombate, lucha, pelea. Enfrentamiento armado. Problema, cuestión, materia de discusión. Oposición de intereses en que las partes no quieren ceder. Choque o colisión de derechos y pretensiones. Angustia y combate de ánimo. Apuro, situación desafortunada y de difícil salida. Pugna, oposición, antagonismo”,² además, como “colisión de intereses cualificada por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro (CARNELUTTI)”³ y finalmente como “(p)resencia de antagonismo y rivalidad entre personas interdependientes, producto de un sistema de creencias opuestas, que dificultan algún fin”.⁴

² Palomar de Miguel, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Porrúa, 2008, Tomo I, p. 356.

³ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2013, p. 181.

⁴ Barón, Edmundo, *Manejo de Conflictos*, citado por León Garrido, Carlos Alberto, *La gestión del conflicto en las organizaciones complejas*, p. 7, en <http://dspace>.

A su vez, la corrupción es conceptualizada por Transparencia Internacional como “*el uso indebido del poder otorgado, para beneficio privado*”,⁵ por su parte, el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas la define como “*el mal uso de los poderes públicos, cargo o autoridad para beneficio privado mediante el soborno, la extorsión, el tráfico de influencias, el nepotismo, el fraude, la extracción de dinero para agilizar trámites o la mal versación de fondos*”,⁶ así mismo, el Banco Interamericano de Desarrollo señala que la corrupción “*abarca actos realizados por funcionarios que usan su posición con fines propios o bien lo hacen a pedidos de otros, a fin de obtener beneficios para sí mismos o para terceros. Entre las actividades corruptas se cuentan el pedido la oferta o el recibo de sobornos, consideraciones o comisiones clandestinas, de extorsión, el uso impropio de información o bienes y el tráfico de influencias*”;⁷ por otra parte, el Banco Mundial refiere que es “*el abuso de un puesto público para ganancia privada*”;⁸ finalmente, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional la define como “*el abuso de un puesto público en beneficio privado*”.⁹

Como se puede advertir, los términos “conflicto” y “corrupción” pueden ser catalogados como “términos jurídicos indeterminados”¹⁰

unia.es/bitstream/handle/10334/3593/0719_Leon.pdf?sequence=3, consultado el 25 de agosto de 2018.

⁵ Parker norma et. al., *La corrupción en América Latina: Estudio Analítico Basado en una Revisión Bibliográfica y Entrevistas*, S.N.E. Virginia, Casals & Associates, Inc. y United States Agency for Internacional Development, 2004, p. 15.

⁶ *Ídem.*

⁷ *Ídem.*

⁸ *Ídem.*

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*, 26ª ed., México, Porrúa, 1995, Tomo I, p. 67.

o “conceptos universales o esenciales del Derecho”¹¹ o “tù tù”,¹² los cuales en sí mismos carecen de significado, pues no son utilizados para designar un hecho o cualidad, ni una relación, evento o proceso, sino únicamente “una correlación sistemática entre una pluralidad disyuntiva de hechos y una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas”.¹³

Carlos Alberto León Garrido, refiere que problema y conflicto son términos sustancialmente diferentes, por lo que considera que los componentes de conflicto son los siguientes:

- “Presencia de antagonismo y rivalidad”: Todo conflicto se manifiesta a través de un antagonismo, posiciones opuestas dilemáticas y rivales.
- “Personas interdependientes”: Si las partes en conflicto pudieran prescindir una de la otra, el conflicto dejaría de existir. Lo mismo ocurriría si pudieran lograr un 100% de acuerdo y evitar las disidencias. Precisamente lo incómodo de un conflicto reside en que por un lado las partes se necesitan, son interdependientes; pero a la vez, están en desacuerdo.
- “Sistema de creencias opuestas”: El antagonismo se origina porque las partes no perciben, no sienten, no valoran de la misma manera. Lo que para algunos es prioritario, para otros es postergable o secundario. Lo que para algunos es prescindible, para otros es indispensable. Lo que para algunos es deseable, para otros es peligroso.
- “Dificultan la consecución de algún fin”: El antagonismo en

¹¹ Recasens Siches, Luis, *Filosofía del Derecho*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 12.

¹² Ross, Alf, tù tù, S.N.E, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, Colección Nueva Teoría, pág. 7.

¹³ Ross, Alf, *La definizione nel linguaggio giuridico*, citado por Larrañaga, Pablo, *El Concepto de Responsabilidad*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2004, p. 55.

un conflicto es tal que impide el trabajo conjunto y/o complementario entre ambas partes para resolver el problema u objetivo que los convoca.¹⁴

Si se estima que la corrupción es un problema, una oposición de intereses, una situación desafortunada de difícil salida, luego es identificable como conflicto; aunado al hecho de que existe antagonismo entre un interés público y un interés privado; además es un conflicto de intereses, pues aquel se ve relevado por éste; así mismo, existe una interdependencia entre el servidor público o detentador del poder y la propia sociedad; de igual forma, se advierten creencias opuestas, porque el individuo tiene la convicción de que su bienestar, el cual es el fin, está justificado por cualquier medio, aun a costa de sacrificar el bienestar común. No debemos olvidar que *“todo conflicto es la expresión trágica de una necesidad insatisfecha”*.¹⁵

III. EL ESTADO Y SUS FUNCIONES

Es una verdad de perogrullo que el hombre se ha asociado con otros para cubrir sus necesidades más esenciales, lo que Aristóteles denominó *“zoon politikon”* y Hanna Arendt redimensionó, primero como *animal laborans*, *homo faber* y después como *“zoon logon ekhon* (ser vivo capaz de discurso)¹⁶, ha generado *Polis*, *Cittas*, Ciudades, Naciones, etc, *“el hombre, pues, vive en sociedad y ésta sólo se conserva*

¹⁴ León Garrido, Carlos Alberto, *La gestión del conflicto en las organizaciones complejas*, pág. 8. http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3593/0719_Leon.pdf?sequence=3, consultado el 25 de agosto de 2018.

¹⁵ Vargas Vaca, Héctor, *La participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos*, Granada, 2014, p. 43, en <https://hera.ugr.es/tesisugr/24366407.pdf>, consultado el 23 de agosto de 2018.

¹⁶ Arendt, Hanna, *La condición humana*, México, Paidós, 2017, p. 41

gracias a la solidaridad que enlaza a los individuos que la componen."¹⁷

Una vez conformada una agrupación de individuos es que surge la necesidad de crear un orden, el derecho emerge y posteriormente el Estado. La *ratio essendi* del Estado es el "*bien de la sociedad que está llamado a regir, el bien de todos sus miembros, en consecuencia, el bien común*"¹⁸; por lo tanto, el beneficio de individuo en detrimento de la colectividad es contraria a los fines del propio Estado.

Los conflictos del hombre surgieron a la par que el mismo hombre, es por ello que la resolución de los conflictos, va de una autocomposición hasta formas de heterocomposición. La tutela jurisdiccional del Estado surge como superación de la vindicta privada, la autoridad depositada al Estado ha "*intervenido, primero para disciplinar o para limitar, después, en absoluto, para prohibir, de una manera cada vez más enérgica y absoluta el uso de la autodefensa.*"¹⁹

IV. SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO COMO GESTIÓN DE CONFLICTOS

La reforma constitucional publicada el 27 de mayo de 2015 plantea la creación de un sistema jurídico, entendido como el conjunto de normas jurídicas, principios, medidas y procedimientos que combaten al fenómeno de la corrupción. Esto es, no se limita a la reforma de los artículos 22, 28, 41, 73, 74, 76, 79, 104, 108, 109, 113, 114, 116 y 122 constitucionales; sino que aboga la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación; la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas; la Ley Federal de Responsabilidades Admi-

¹⁷ Lombardo Toledano, Vicente, *Definiciones sobre derecho público*, S.N.E., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, p. 35

¹⁸ Le Fur, Luis, *El fin del derecho: Bien común, justicia, seguridad*, traducción de Kuri Breña, Daniel México, Editorial Jus, 1944, p. 21.

¹⁹ Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, S.N.E, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 223.

nistrativas de los Servidores Públicos y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; además, se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley la Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Fiscalización; así mismo, se reformaron y/o adicionaron la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley General de Contabilidad Gubernamental, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el Código Penal Federal.

En México la resolución -prevención y combate- de la corrupción está basada en un modelo de derecho. Los criterios de comportamiento aceptados se advierten en el Sistema Nacional Anticorrupción, el cual tiene por objeto establecer principios, bases generales, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción.²⁰

Por otra parte, el sistema penal mexicano cambio su paradigma a acusatorio con tendencia adversarial, con la reforma publicada el 18 de junio de 2008 de los artículos los 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual “implica ver el delito como un conflicto de intereses”.²¹

En cambio, el sistema administrativo de responsabilidades de servidores públicos se mantiene inquisitivo en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, cuya premisa fundamental es la persecución pública punitiva, teniendo como características evitar la

²⁰ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> consultado el 20 de agosto de 2018.

²¹ Mercado Maldonado, Asael y Benavente Chorres, Hesbert, *El Estado en la gestión del conflicto: la reforma del proceso penal en Latinoamérica*, p. 65, en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n17/v9n17a03.pdf>, consultado el 25 de agosto de 2018.

venganza privada, así como la necesidad del mantenimiento de una convivencia pacífica de la sociedad. No obstante, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²² ha determinado que los principios constitucionales que rigen en materia penal son aplicables al ámbito sancionador administrativo, por lo tanto, el procedimiento de responsabilidades administrativas de carácter inquisitivo se rige también con principios penales que tienen un enfoque de conflicto de intereses.

Es de destacarse, además, que el artículo 17 de la carta magna²³ contiene el imperativo constitucional de “prever mecanismos alternativos de solución de controversias”, es por ello que, el 29 de diciembre de 2014 fue publicada, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución en Materia Penal, en la cual se establecen los derechos y obligaciones de los intervinientes, requisitos de los facilitadores, procedimientos, reglas, pero sobre todo, el reconocimiento de la mediación, conciliación y junta restaurativa. Es claro que el Estado ha incorporado instituciones del modelo de gestión de conflictos como alternativas de solución, incluso, surgidos por la comisión de un delito.

²² Cfr. RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS SANCCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS EN LA LEY FEDERAL RELATIVA TAMBIÉN SE RIGEN POR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY QUE IMPERA EN LAS DE CARÁCTER PENAL, AUN CUANDO SEAN DE DIVERSA NATURALEZA Tesis 2ª. CLXXXIII, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XIV, Septiembre de 2001, pág. 718, con número de registro 188745 en la Sistematización de tesis y ejecutorias publicadas en el Semanario Judicial de la Federación de 1917 a diciembre de 2017 (antes IUS), en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 19 de agosto de 2018.

²³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> consultado el 19 de agosto de 2018.

V. CONCLUSIÓN

La corrupción puede ser entendida como un conflicto de intereses, en virtud de que son percibidas como incompatibles las necesidades particulares y las públicas, lo cual obedece a que el interés particular debe ser subyugado al público, por lo tanto, una unidad no tiene el mismo valor que el conjunto.

Sin embargo, esto es un contrasentido, porque en la época moderna se exalta lo contrario, el individualismo sobresale sobre el conjunto. El Estado ha perdido fuerza, el mercado lo ha reemplazado, aquél ya no satisface las necesidades del individuo, y éste sólo vela por sus intereses particulares. El individuo al buscar el éxito y su felicidad requiere que sus necesidades sean satisfechas, incluso pasando por encima de sus congéneres, más aún, sobre entes abstractos como la sociedad o el Estado.

Si se reconoce la corrupción como un conflicto, se habrán que desarrollar metodologías para solucionarlo, lo cual deben ser acordes con la prevención del mismo. En la investigación para obtener el grado se advierte que la corrupción pretende ser desalentada con prácticas punitivas, es decir, mediante sanciones, se apuesta a la neutralización de las manzanas podridas, pero no existe preocupación de las causas que la generan. Valdría la pena preguntarse ¿Qué pasaría si el actuar del “corrupto” está justificada biológicamente y lo que debe procurarse es motivar tendencias altruistas?, ¿Qué sucedería si una sociedad le apostará a cultivar valores sociales, de ayuda mutua y de responsabilidad en las nuevas generaciones y no únicamente señalar a los errores de las generaciones producto del individualismo?

La aplicación de mecanismos alternativos de solución obliga a desarrollar otras habilidades en los impartidores de justicia, abogados, defensores de derechos humanos, puesto que el cambio de paradigma implica, no la imposición de castigos, sino la concertación

de soluciones. No debe pensarse que se está fomentando la impunidad en los delitos y faltas administrativas de corrupción, por el contrario, el proceso penal como el procedimiento administrativo de responsabilidades, no responden solamente a una pretensión punitiva, sino también a una restaurativa, esto es, que se reparen los daños y perjuicios sufridos, lo cual puede generar a la postre mayores beneficios a la sociedad.

Por lo tanto, la armonización de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el Código Penal y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución en Materia Penal podría aportar a la solución de los conflictos de corrupción, sin generar mayor descontento y desintegración en la sociedad.

VI. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDT, Hanna, *La condición humana*, México, Paidós, 2017.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, S.N.E., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- DE PINA, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Porrúa, 2013.
- LARRAÑAGA, Pablo. *El Concepto de Responsabilidad*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2004.
- LE FUR, Luis, *El fin del derecho: Bien común, justicia, seguridad*, traducción de Kuri Breña, Daniel, Distrito Federal, Editorial Jus, 1944.
- LOMBARDO TOLEDANO, Vicente, *Definiciones sobre derecho público*, S.N.E., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.

- NACIONES UNIDAS, *Con la corrupción todos pagan. Compendio de instrumentos jurídicos universales y regionales contra la corrupción*, Distrito Federal, United Nation Publication, S.L.P., 2009.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, México, Porrúa, 2008, Tomo I.
- PARKER NORMA et. al., *La corrupción en América Latina: Estudio Analítico Basado en una Revisión Bibliográfica y Entrevistas*, S.N.E., Virginia, Casals & Associates, Inc. y United States Agency for International Development, 2004.
- RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*, 26ª ed., México, Porrúa, 1995, Tomo I.
- ROSS, Alf, tû tû, S.N.E, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, Colección Nueva Teoría.

MESOGRAFÍA

- ALZATE SAENZ DE HEREDIA, Ramón, *Teoría del conflicto*, S.N.E, Universidad Complutense de Madrid y Escuela Universitaria de Trabajo Social, en <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/alzate-el-conflicto-universidad-complutense.pdf>, consultado el 22 de agosto de 2018.
- LEÓN GARRIDO, Carlos Alberto, *La gestión del conflicto en las organizaciones complejas*, en http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3593/0719_Leon.pdf?sequence=3, consultado el 25 de agosto de 2018.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> consultado el 19 de agosto de 2018.

- LEY GENERAL DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> consultado el 20 de agosto de 2018.
- LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/> consultado el 20 de agosto de 2018.
- MERCADO MALDONADO, Asael y BENAVENTE Chorres, Hesbert, *El Estado en la gestión del conflicto: la reforma del proceso penal en Latinoamérica*, en <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v9n17/v9n17a03.pdf>, consultado el 25 de agosto de 2018.
- SISTEMATIZACIÓN DE TESIS Y EJECUTORIAS PUBLICADAS EN EL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 1917 A DICIEMBRE DE 2017 (antes IUS), en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el 19 de agosto de 2018.
- VARGAS VACA, Héctor, *La participación de los ciudadanos en la gestión de los conflictos*, Granada, 2014, en <https://hera.ugr.es/tesisugr/24366407.pdf>, consultado el 23 de agosto de 2018.

LA AUTONOMÍA POLÍTICA INDÍGENA Y LA GESTIÓN DE CONFLICTOS DURANTE EL PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN MÉXICO. CASOS: CHERÁN Y TINGAMBATO

ORLANDO SILES VEGA¹

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo es resultado de la investigación sobre la autonomía política de los pueblos indígenas; iniciada en el Posgrado en Derecho y que forma parte del proyecto de investigación PAPIIT IN400418 “Los derechos humanos y los derechos del libre mercado frente a la crisis del Estado en América Latina: Argentina, Bolivia, Ecuador y México”, que se desarrolla en el Centro de Investigación sobre América Latina y el Caribe de la Universidad Nacional Autónoma de México.

El eje principal de esta investigación consiste en revisar el ensanchamiento de la autonomía política de los pueblos indígenas en México, desde 1996 hasta 2016; ya que durante estas dos décadas se registraron cambios sustanciales en materia indígena y electoral que nos permiten revisar el contexto y la forma en que se inscribieron los precedentes más relevantes, en los cuales se garantizó la autonomía para la ocupación de cargos de representación popular por usos y costumbres.

II. LA POLÍTICA DE RECONOCIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Para comprender cómo la movilización política de los pueblos originarios se convirtió en movilización legal a través de las reformas

¹ Egresado de la Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

constitucionales en materia electoral e indígena, podemos partir del hecho de que en México la movilización indígena llegó a su punto más álgido hacia la última década del siglo XX, con la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

Con la firma de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar se instauró el compromiso para la construcción de una nueva relación entre los pueblos indígenas y el Estado mexicano, en un marco de respeto y no discriminación, hacia el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas como una garantía constitucional (Gidi, 2005: 113 y 114).

Tras años de lucha, se asentó un cambio sustancial a nivel constitucional con la reforma integral en materia indígena, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 14 de agosto de 2001, mediante la cual se reconoció, entre otros, el derecho a la autonomía de los pueblos originarios para elegir a sus autoridades por usos y costumbres, para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno.

Así se puede entender cómo los movimientos indígenas crearon un discurso reivindicatorio por fuera de las instituciones legales, logrando influir en la reforma de la propia Constitución Federal; con lo cual se cumple la hipótesis central del constitucionalismo democrático (Ruibal, 2015: 180), porque se trató de un movimiento social que, desde la periferia, construyó un discurso que logró influir en la modificación del sistema jurídico.

A pesar de que la aplicación de estas novedosas disposiciones se vio limitada, porque los alcances del derecho a la autonomía quedaron supeditados a las características que cada entidad federativa estableciera, de acuerdo con la expresión que mejor se ajustara en cada entidad; en aquellos casos donde la legislación local impendía o limitaba el ejercicio del derecho a la autonomía para elegir a sus autoridades para el ejercicio de sus formas propias de gobierno, las demandas indígenas encontraron una salida favorable cuando fue-

ron del conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Por ello, se parte de la idea de analizar la relación que existe entre la política de reconocimiento de los pueblos indígenas y el proceso de consolidación de la democracia en México, a partir de la última década del siglo XX; porque este nuevo escenario dio pauta a la generación de casos paradigmáticos que fueron resueltos por las dos primeras integraciones de la Sala Superior del TEPJF, precisamente de 1996 a 2016.

De esta manera podemos verificar en qué casos los pueblos indígenas han pasado de la movilización política a la movilización legal, por medio del uso del lenguaje de los derechos que fueron reconocidos mediante las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III. LAS REFORMAS INTEGRALES EN MATERIA ELECTORAL

Las reformas constitucionales en materia electoral de 1996, 2007 y 2014, trajeron cambios sustanciales para el sistema político mexicano, como el establecimiento y evolución del sistema de justicia electoral integral, del que forma parte el TEPJF; lo que, en determinado momento, abrió la puerta para dar respuesta a las demandas electorales de los pueblos indígenas, quienes en su lucha por más espacios de participación política se han beneficiado por algunos de los remedios procesales que se han aplicado para la solución de sus conflictos.

La reforma integral en materia electoral, publicada en el DOF el 22 de agosto de 1996, marcó un parteaguas por la profunda reconfiguración del sistema de justicia electoral y la introducción de mecanismos jurídicos más eficaces y confiables. Desde entonces el TEPJF se constituyó como la máxima autoridad jurisdiccional en la

materia, para entrar al estudio de legalidad y constitucionalidad de actos y resoluciones.

La importancia de la función del TEPJF se refrendó en las subsecuentes reformas integrales; toda vez que las enmiendas constitucionales de 2007 y 2014 se enfocaron en fortalecer y ampliar sus facultades. De esta manera es más fácil vislumbrar el diálogo institucional que se instrumentó en México en las últimas tres décadas para la gestión de los conflictos político-electorales, donde el TEPJF tiene un lugar preferente, pues en su corto tiempo de existencia ha incidido en el fortalecimiento de una democracia cada vez más plural.

Desde el 1 de noviembre de 1996 hasta el 9 de octubre de 2016, el Tribunal resolvió más de setenta mil asuntos. Cabe destacar que, en los últimos 12 años, el Tribunal Electoral ha resuelto más de dos mil asuntos relacionados con la protección de los derechos políticos de pueblos y comunidades indígenas; con lo cual se puede constatar la trascendencia de este organismo jurisdiccional.

Esto deja ver que el esfuerzo institucional por responder a las problemáticas electorales tanto a nivel federal como local, es de gran calado. Y aunque los avances en la legislación son palpables, el entendimiento del problema jurídico ha quedado en última instancia en manos del poder judicial, a través del Tribunal Electoral. Así, el diálogo institucional que se suscitó en las primeras dos décadas de existencia del Tribunal Electoral ha permitido que los pueblos indígenas transiten de la movilización política a la movilización legal para una mejor gestión de sus conflictos, desde un horizonte autonómico.

Hay una serie de casos paradigmáticos resueltos por el Tribunal Electoral, en los cuales el control constitucional y convencional dieron pauta para el ensanchamiento de la autonomía política, aplicando principios y creando normas a partir de la interpretación de las disposiciones vigentes. Los casos de Cherán y Tingambato, como veremos más adelante, nos invitan a reflexionar sobre los alcances de la agenda autonómica de los pueblos originarios cuando entran

en tensión con el Estado Mexicano y cómo el mismo Estado, a través de sus instituciones, logra dar un mejor cauce a la solución de las controversias.

IV. CHERÁN: AUTOGOBIERNO INDÍGENA

El 6 de julio de 2011, los habitantes de la comunidad indígena de Cherán, Michoacán, solicitaron ante el Instituto Electoral local, la celebración de elecciones por usos y costumbres, anunciando que no participarían en el proceso electoral ordinario de ese año para la elección de Gobernador, Diputados y Ayuntamientos.

El Consejo General del Instituto local, mediante acuerdo CG-38/2011, de 9 de septiembre de 2011, estableció que carecía de atribuciones para resolver sobre la celebración de elecciones por usos y costumbres en esa entidad. Inconformes con el acuerdo, el 15 de agosto de 2011, los habitantes de la comunidad indígena de Cherán interpusieron una demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, a fin de controvertir el mencionado acuerdo.

En el juicio ciudadano identificado con la clave de expediente SUP-JDC-9167/2011, la Sala Superior del Tribunal Electoral resolvió que la comunidad indígena de Cherán tenía el derecho a solicitar la elección de sus autoridades por sus usos y costumbres y, por tanto, se ordenó al Instituto Electoral de Michoacán que desarrollará una serie de acciones para hacer posible dicha elección; de alguna manera ante la omisión legislativa, el Tribunal determinó que “el hecho de que no existiera legislación secundaria no era suficiente para que el instituto electoral local no atendiera la petición, y puntualizó que estaba obligado a aplicar los principios rectores que la Constitución establece respecto a los derechos humanos de los pueblos indígenas” (Rey, 2014: 18 y 19).

Si consideramos que la generación de derecho a través de los movimientos sociales implica que, “al definir y presentar sus reivindicaciones en términos legales, los movimientos producen nuevos conceptos e interpretaciones constitucionales que en ciertos casos pueden ser incorporados por las cortes a la jurisprudencia constitucional” (Ruibal, 2015: 180 y 181), el caso de Cherán es un claro ejemplo de ello.

V. TIGAMBATO: AUTONOMÍA PRESUPUESTARIA

El 30 de junio de 2015, miembros de la comunidad indígena de San Francisco Pichátaro, Municipio de Tingambato, Michoacán, solicitaron ante al gobierno municipal que se les entregara la parte proporcional del presupuesto federal asignado al municipio, tomando en cuenta el número de habitantes, así como las necesidades de esa comunidad.

Mediante acuerdo de 17 de septiembre de 2015, emitido por los miembros del Ayuntamiento de Tingambato, se determinó negar que sea la propia comunidad la que administre los recursos públicos que les correspondían. En consecuencia, integrantes de la comunidad purépecha de San Francisco Pichátaro, interpusieron la demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, identificado con la clave de expediente SUP-JDC-1865/2015.

Al entrar al estudio del caso, el Tribunal consideró que la demanda se relacionaba con el reconocimiento, en sede jurisdiccional, “de sus derechos a la libre determinación, autonomía y autogobierno, vinculados con su derecho a la participación política efectiva, previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales aplicables”, para que puedan materializarlos a partir de la administración directa de los recursos correspondientes.

Con este panorama, el Tribunal Electoral ordenó al Instituto Electoral del Estado de Michoacán la celebración de una consulta previa e informada a la comunidad de San Francisco Pichátaro, la cual abordara los elementos cuantitativos y cualitativos de la transferencia directa de los recursos económicos que le corresponden; vinculando al Ayuntamiento a los resultados de la referida consulta.

De este modo, verificamos que los movimientos sociales están en oportunidad de proponer “conceptos o interpretaciones jurídicas que sean escuchados y en ciertas circunstancias incorporados por las instituciones estatales” (Ruibal, 2015: 181). Lo relevante del caso, es que se registra nuevamente un ensanchamiento de la autonomía, en términos de autodisposición organizacional, donde a la comunidad indígena se le reconoce el derecho a decidir sus formas internas de organización económica y política.

En consecuencia, también podemos constatar que “la percepción del rol de las cortes en América Latina se ha transformado, pasando de ser señaladas como un obstáculo para el cambio social, a ser consideradas como una de las vías institucionales posibles para el avance de los derechos” (Ruibal, 2015: 176). Por tanto, la movilización legal representa el camino más idóneo para posibilitar el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

Los movimientos indígenas de finales del siglo XX crearon un discurso reivindicatorio por fuera de las instituciones legales que logró influir en la modificación del sistema jurídico, con lo cual, en ciertos casos, los pueblos indígenas pasaron de la movilización política a la movilización legal, mediante el uso del lenguaje de los derechos que fueron reconocidos con la reforma constitucional de 2001.

Aunque los avances en la legislación son palpables, el entendimiento del problema jurídico en última instancia ha quedado en

manos del TEPJF. Esa posición le ha permitido incidir en el fortalecimiento de una democracia cada vez más plural, subsanando algunas omisiones legislativas mediante remedios procesales novedosos que reconfiguraron en diversos ámbitos el funcionamiento de las autoridades electorales.

Estos aspectos jurídicos novedosos que acompañan la gestión de los conflictos relacionados con la autonomía política indígena parten, principalmente, de la interpretación pro persona, sistemática, funcional y evolutiva de lo dispuesto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Pero es la función prospectiva y la dimensión vertical de los precedentes, lo que nos permite destacar la relevancia de la función del TEPJF, en los casos de Cherán y Tingambato; en los cuales se resolvió sobre el derecho al autogobierno y la autonomía presupuestaria, respectivamente. Esto es así, porque este tipo de sentencias miran hacia el futuro con la intención de fijar criterios para la resolución de asuntos similares.

Asimismo, los casos de Cherán y Tingambato demuestran que es posible que los pueblos indígenas propongan nuevos sentidos a determinados valores constitucionales y convencionales; circunstancia que debe alentar a otros pueblos indígenas a gestionar sus conflictos a partir de la movilización legal. De este modo, la función prospectiva de los precedentes no sólo debe entenderse propia de las instituciones, porque también es útil a otros pueblos para la solución de los temas pendientes.

De esta forma, la autonomía política de las comunidades indígenas se ha constituido como una prerrogativa fundamental, oponible ante los órganos jurisdiccionales competentes; precisamente, a través del sistema de medios de impugnación en materia electoral.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, 1997, *La reforma política de 1996 en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de Instituto de Investigaciones Jurídicas: <https://www.juridicas.unam.mx/>
- CÁMARA DE DIPUTADOS, 1996, “Dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales”, *Diario de los debates de 31 de julio de 1996*. Obtenido de Diario de los Debates LVI Legislatura: <http://www.diputados.gob.mx/>
- CÁMARA DE SENADORES, 1996, “Decreto de reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario de los Debates de 1 de agosto de 1996*. Obtenido de Cámara de Senadores: <http://www.senado.gob.mx/>
- FRANCO GONZÁLEZ SALAS, José Fernando, 2013, “Creación y evolución de la jurisdicción especializada en materia electoral en México”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 11.
- GIDI VILLARREAL, Emilio, 2005, *Los derechos políticos de los pueblos indígenas mexicanos*, México, Porrúa.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, 2015, “Influencia del Tribunal Electoral en reformas constitucionales y legales”, en ZAVALA ARREDONDO, Marco Antonio y ZERTUCHE MUÑOZ, Fernando (coords.), *La justicia electoral. Resoluciones primordiales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996-2011)*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- GONZÁLEZ ROURA, Felipe *et al.*, 1997, *Análisis del sistema electoral mexicano: informe de un grupo de expertos*, México, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- GALÁN MARTÍNEZ, Rodrigo Edmundo, 2014, “Control de la omisión de legislar por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Fe-

- deración”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 14.
- MEIXIEIRO NÁJERA, Gustavo y PLIEGO MORENO, Iván H., 2010, *Reformas electorales en México: evolución y pendientes*, México, Centro de Estudios sociales y de Opinión Pública. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/>
- PENAGOS LÓPEZ, Pedro Esteban, 2013, “La justicia electoral en la consolidación democrática de México”, en ALVARADO, Arturo (Ed.), *México: democracia y sociedad. Más allá de la reforma electoral* (pág. 700). Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- RAMÍREZ BARRIOS, Fernando, 2013, *Elementos para la caracterización del sistema electoral consuetudinario en Oaxaca*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Análisis de algunas sentencias recientes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre derechos políticos de las Comunidades Indígenas: el principio pro indígenas”, en BÁEZ SILVA, Carlos y RÍOS VEGA, Luis Efrén (coords.), *Cuestiones actuales de la Democracia Electoral. Memoria del VI Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- RUIBAL, Alba M., 2015, “Movilización y contra-movilización legal. Propuesta para su análisis en América Latina”, *POLÍTICA y gobierno*, núm. 1.
- SINGER SOCHET, Martha, 2013, *Justicia electoral. México, participación y representación indígena*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- TERRAZAS SALGADO, Rodolfo, 2002, «La reforma de 1996 y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación», en Edmundo Elias (ed.), *Evolución histórica de las instituciones de la Justicia Electoral en México*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ZEGADA CLAURE, María Teresa, 2012, *Indígenas y mujeres en la democracia electoral. Análisis comparado*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

LA CONCIENCIA HUMANISTA DEL JURISTA Y EL ESTADO DE DERECHO

THE HUMANIST CONSCIENCE OF THE JURIST AND THE RULE OF LAW

YAHIR ERNESTO LARA ESPINOSA¹

El individualismo humano juega un papel importante en la transgresión del Estado de Derecho, ya que el Derecho es creado y transmitido por y para el hombre y es el propio hombre quien se encarga de respetarlo o vulnerarlo, de esa manera el ser humano en su necesidad de trascendencia puede incurrir en acciones que se alejan de los fines primigenios que persigue el derecho como lo son la seguridad de las personas y la justicia.

Ahora bien, los juristas en cualquier ámbito en que desarrollen la práctica jurídica, ya sea como abogados, maestros, servidores públicos o jurisconsultos son determinantes en la consecución de un Estado de derecho ya que sus actividades cotidianas, la manera en que conciben el Derecho, sus actitudes, sus hábitos mentales su interpretación de la realidad y de su entorno pueden incidir directa o indirectamente a que se violenten las normas jurídicas.

En la misma tesitura las instituciones educativas que se encargan de formar a los futuros juristas son cómplices en la vulneración al estado de derecho, en virtud del enfoque utilitarista de sus modelos educativos. Así, por ejemplo, la facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México se enfoca en elevar el nivel de competitividad de sus egresados con la finalidad de encontrar y mantener

¹ Estudiante del programa de maestría del posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en la facultad de Estudios Superiores Aragon. con residencia Nezahualcóyotl Estado de México, México, correo electrónico dj_layeon@hotmail.com

un trabajo, de esa manera la empleabilidad se vuelve el eje toral de la educación del jurista ya que esto es sinónimo de utilidad social.

El sistema mercantilista y capitalista afecta en gran medida las políticas de la universidad, ya que si bien es cierto que pretende la formación conforme a los valores del pensamiento crítico y el compromiso social, también lo es que en buenas ocasiones resultará incompatible con la inserción en el mercado laboral, pues, los empleadores, en el mundo capitalista contemporáneo, requieren más bien habilidades que responden otros esquemas de valores, como son la eficiencia, competitividad, utilidad y pragmatismo económico.²

Sin embargo, este sistema representa un grave problema en la educación integral del jurista ya que se le prepara para ser competitivo, pero no se le prepara para actuar con responsabilidad social, lo que conlleva a que el abogado, el jurista, el servidor público en aras de una satisfacción personal atente contra los principios éticos y sociales de la práctica de la abogacía, transgrediendo normas jurídicas, la justicia y el Estado de derecho; no soslayo mencionar que inclusive algunos profesores universitarios, literalmente enseñan a los alumnos a sobornar a los servidores públicos.

La ausencia de una formación sólida del jurista y de los servidores públicos en la que se fomente la vocación y servicio, la moralidad y la ayuda sobre la competitividad no solo vulnera el derecho a una educación integral, sino que fomenta una práctica jurídica ausente de principios y valores humanos tan necesarios en estos tiempos. Según Pérez Lledó, tres finalidades han de integrarse en la enseñanza de buenos profesionales y son la finalidad cognoscitiva (enseñanza de conocimientos), práctica (capacitación argumentativa) y crítica (educación en fines y valores)³

² LOPEZ Betancourt, Eduardo y Fonseca Ilijan Roberto, El problema de los objetivos de la enseñanza del derecho, México, UNAM, PP.645 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/32.pdf>

³ PÉREZ Lledó, Juan Antonio, "Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho", en Laporta, Francisco (edit), La enseñanza del derecho. Anuario de la

Esta triada de finalidades es un enfoque educativo por competencias consistente en aprender saberes, aprender hacer y el aprender a ser. Consideramos que anteriormente la universidad y su sistema teorizante se enfocaba principalmente en la preparación doctrinaria del jurista, en el aprender saberes, actualmente se impulsa la practica sobre la teoría por los motivos antes mencionados, sin embargo, el aprender a ser que está muy ligado al desarrollo moral y ético, está muy lejos de ser tomado en cuenta, basta con verificar los planes de estudio en los que la que materias como la deontología jurídica quedan rezagadas como un simple recurso complementario o “de relleno”.

Por otro lado, desde el punto de vista personal, el estudiante carece de interés en la ética y moralidad porque desconoce la importancia que tiene para su vida particular y para el ejercicio de la profesión, por otra parte, hay cierta indiferencia por los valores con su buena dosis de menosprecio, a esta situación se añaden otros factores negativos, como la falta de metas firmes en la existencia humana.⁴

Sin embargo, en una época en la que predomina el utilitarismo, el egoísmo y la competitividad que fomenta la corrupción y la vulneración al Estado de derecho, es necesario que las instituciones le devuelvan la debida importancia que merece este tipo de asignaturas en la formación humana del jurista para que a través de mecanismos adecuados el jurista interiorice los principios, valores y finalidades que persigue el derecho y que dirija sus acciones hacia tales fines a través de un cambio de conciencia.

Así pues, aprender a ser tiene por objeto el despliegue completo del hombre en toda su riqueza y en la complejidad de sus expresiones y de sus compromisos. En este sentido, la educación es ante todo

facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Universidad autónoma de Madrid, Boletín oficial del estado, 2003, p.213

⁴ ALATORRE, Padilla Roberto, *Ética*, 3ª ed, México, Porrúa, 1975p,9

un viaje interior cuyas etapas corresponden a las de la maduración constante de la personalidad. En el caso de una experiencia profesional positiva, la educación, como medio para alcanzar esa realización, es, pues, a la vez un proceso extremadamente individualizado y una estructuración social interactiva.⁵

La naturaleza y finalidad social de las actividades del Estado, de las universidades, de los juristas y los servidores públicos exigen un fuerte compromiso social y moral para la consecución del Estado de derecho, por lo tanto, no basta con desarrollar inteligencias lógicas y lingüísticas propias del jurista, sino que es necesario desarrollar otro tipo de inteligencias.

A decir de Howard Gardner, las personas contamos con múltiples inteligencias, definiendo estas como talentos, habilidades⁶ o capacidades que son susceptibles de desarrollar, por lo tanto, pueden existir tantas inteligencias como habilidades posea una persona para desenvolverse en la vida, en ese sentido, el autor refiere a que poseemos 7 inteligencias específicas: la inteligencia lingüística, la lógico matemática, la espacial, la musical, la corporal y cinética.

Finalmente, el autor propone otras 2 formas de inteligencias no muy comprendidas y esquivas a la hora de ser estudiadas, pero inmensamente importantes. La inteligencia interpersonal y la inteligencia intrapersonal.⁷

La inteligencia interpersonal tiene que ver con la conducta social, con la capacidad de asimilar las reglas sociales, las interacciones entre individuos, la capacidad de mentalización que se refiere a la capacidad de pensar lo que la otra persona puede estar pensando,

⁵ DELORS, Jacques (1994). "Los cuatro pilares de la educación", en *La Educación encierra un tesoro*. México: El Correo de la UNESCO, pp. 91-103. Disponible en <https://www.uv.mx/dgdaie/files/2012/11/CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf>. [consultado el 29/08/18,20:00 hrs.]

⁶ GARDNER, Howard, *Inteligencias múltiples la teoría en la práctica*, México, paidós, 2015 .61

⁷ *Ibidem*, pp.29-30

pensará y/o reaccionará en relación a una situación o evento en particular y es una de las capacidades humanas más importantes en las relaciones interpersonales y sociales.⁸

La inteligencia intra personal se refiere al conocimiento de los aspectos internos de la persona: el acceso a la propia vida emocional, a la propia gama de sentimientos, la capacidad de efectuar discriminaciones entre estas emociones y finalmente ponerles un nombre y recurrir a ellas como un medio de interpretar y orientar la propia conducta.⁹

Ambas inteligencias describen tentativas de solucionar problemas que son significativos para el individuo y para la especie. La inteligencia interpersonal permite comprender y trabajar con los demás; la inteligencia intrapersonal permite comprenderse y trabajar con uno mismo.

El desarrollo de dichas inteligencias conlleva a desarrollar la moralidad y la ética del individuo encaminada a la colaboración social y esto se logra a través de una conciencia humanista que promueve los procesos cerebrales más desarrollados y exclusivamente humanos como lo es la metacognición y la cognición social¹⁰ a través del autoconocimiento ¹¹el cual coadyuva al descubrimiento de los valores individuales y sociales para hacerlos parte de la propia vida y actuar conforme a los mismos, además permite identificar el papel particular del individuo dentro de un contexto familiar, laboral y social, de forma que pueda estimar y planear como puede lograr satisfacer sus intereses en un ambiente social complejo.¹²

⁸ FLORES Lázaro, Julio Cesar y Ostrosky Solis Feggy, Neuro psicología de lóbulos frontales funciones ejecutivas y conducta humana, Revista Neuropsicología, Neuropsiquiatría y Neurociencias, Abril 2008, Vol.8, No. 1, México (pp. 47-58) p.53

⁹ GARDNER, Howard, *op.cit* P.48

¹⁰ FLORES Lázaro, Julio Cesar y Ostrosky Solis Feggy, *op.cit.*, p.55

¹¹ ALVARES Munarniz, Luis, niveles de conciencia. perspectiva sociocultural, Themata revista de filosofía, num 37, 2006,p.77 disponible en <http://institucional.us.es/revistas/themata/37/7Alvarez.pdf> [consultado el 28/08/18,13:51hrs.] p.81-90

¹² FLORES Lázaro, Julio Cesar y Ostrosky Solis Feggy, *op.cit.*, p.54

Esta conciencia parte de las premisas que postula el humanismo y la psicología humanista, a saber:

1. Una educación que promueva las virtudes humanas retomando la idea original de la *paideia* griega y al *humanitas* romana en la que la preparación y educación moral era privilegiada sobre la preparación técnica, ya que a decir de dichas culturas la educación llega a indicar el desarrollo, de esas cualidades que hacen del hombre un ser verdaderamente humano, que lo rescatan de la condición natural y lo diferencian del bárbaro. Con el concepto de *humanitas* se quiso denotar una operación cultural: la construcción del hombre civil que vive y opera en la sociedad humana”.¹³
2. Toma en consideración al ser humano como un todo es decir de manera integral como un ser con sentimientos, pensamientos, emociones, conductas, acciones, mente, cuerpo y espíritu.
3. Indica que las personas están intrínsecamente motivadas para auto realizarse, avanzar hacia sus metas y alcanzar así la sanación.
4. Parte de las raíces del existencialismo por lo que refiere que la condición humana se basa en la libertad y por lo tanto es responsable de sus acciones, en esa autonomía nuestras decisiones definen nuestro desarrollo¹⁴ el hombre trata de buscar significado a la vida.
5. Busca el equilibrio entre las polaridades de razón práctica occidental y la contemplación, ya que el cultivo emocional, intuitivo, contemplativo ayudan a restablecer el equilibrio.

¹³ PULEDA, Salvatore, Interpretaciones del humanismo, México, D.F, Plaza y Valdés, 1996, p.9

¹⁴ SARTRE, Jean Paul, El existencialismo es un humanismo, México, Editores Mexicanos unidos, 2013, p.17,

6. Potencia el lado positivo de la naturaleza humana.
7. La existencia humana se desarrolla en un contexto interpersonal necesario para el desarrollo individual, pero considerando la individualidad del ser humano en las relaciones sociales.
8. Las demás personas no son medios ni objetos para alcanzar propósitos personales, por lo tanto, ver a los demás como una parte “lo que es útil” y no como un ser total impide la comunicación plena.
9. Establece un modelo de conciencia ampliado, es decir que el autoconcepto o la propia identidad y un nivel de conciencia, pero no el único, busca la trascendencia del ego, alcanzar niveles de conciencia más evolucionados más integradora de nosotros mismos y relación con el resto y la totalidad.

En esa tesitura la conciencia con enfoque humanista juega un papel trascendental en la consecución el estado de derecho. Una de las principales cualidades de la conciencia como proceso metacognitivo, es decir, como un proceso reflexivo e interno de autoconocimiento sobre nuestros propios pensamientos, emociones y fines consiste en que es un instrumento que con su debido entrenamiento puede cambiar la conducta de las personas e inclusive su personalidad.

Como tenemos facultades metacognitivas (el poder de observar nuestros pensamientos y nuestro yo), podemos decidir cómo no queremos seguir siendo... para dejar de pensar, actuar y sentir como siempre. Esta capacidad introspectiva nos permite analizarnos y hacer luego un plan para cambiar de conducta a fin de producir resultados más inteligentes o convenientes.¹⁵

Los avances en neurociencias han demostrado que los pensamientos tienen la capacidad de cambiar la química y las conexiones

¹⁵ DISPENZA, Joe, *deja de ser tú*, España, ediciones Urano, 2012 P.142

del cerebro¹⁶ y generar nuevas redes neuronales que determinan nuevos comportamientos y actitudes ante la vida.

Todos los indicios proporcionados por la investigación cerebral sugieren que los lóbulos frontales desempeñan un papel importante en el conocimiento interpersonal e intrapersonal, los daños en esta área pueden causar cambios profundos en la personalidad y pérdida de las cualidades sociales.¹⁷

Por lo tanto, es necesario crear nuevas redes neuronales en estas áreas del cerebro para alentar el desarrollo de la moralidad, la cooperación, solidaridad, el control de los impulsos; habilidades que son necesarias en el jurista en virtud de la actividad social que desempeñan y esto puede lograrse mediante la contemplación de la conciencia a través de las practicas orientales meditativas como por ejemplo la meditación y el mindfulness.¹⁸

Para conseguir un estado de derecho en el que el jurista, los servidores y funcionarios públicos sean garantes de la seguridad jurídica, de la sociedad y el respeto a las normas, se hace necesario generar una nueva conciencia que trascienda el ego, que a través del autoconocimiento y la educación de la conciencia sea capaz de cambiar su conducta, de alinear sus fines individuales con los fines sociales que persigue la actividad jurídica, para perfilar su actuar hacia una conducta que parta de principios y valores humanos y jurídicos proveyendo la satisfacción de la necesidad de justicia y seguridad jurídica que exige la sociedad actual.

Por consiguiente, el estado de derecho no solo se consigue mediante la creación de normas jurídicas que intenten persuadir y ejercer presión psicológica al gobernado para encaminar su conducta

¹⁶ *Ibidem*, p.,21

¹⁷ GARDNER, Howard, *op.cit*, p., 47

¹⁸ MENIRO Villeneuve, I, Una nueva “vacuna”: la del autoconocimiento. Autoconocimiento a través de la neurociencia, la inteligencia emocional y el mindfulness, Revista Pediatría de Atención Primaria Año 2015, Vol. 17, Número 68 (Octubre/Diciembre) disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/412302>

hacia ciertos fines, sino que se construye mediante el desarrollo de una personalidad que trascienda el yo, de los intereses individuales hacia el bienestar común y esto se logra mediante una educación ocupada en el desarrollo integral del ser humano en la ética, moralidad, valores y virtudes que engrandecen al hombre y no solo en que sea más productivo o útil.

En consecuencia, partiendo de la base de que es posible reprogramar el cerebro para fomentar conductas que promuevan el bien común y el respeto a las normas jurídicas, el Estado mexicano debe proveer una educación más humanista mediante la óptica por competencias en la que se busque el desarrollo de las inteligencias interpersonal e intrapersonal y que se enfoque en el desarrollo del ser moral y del individuo desde la infancia.

En el mismo sentido, las universidades sin dejar de lado la enseñanza de la teoría y la práctica, deben comenzar a ocuparse en el perfeccionamiento de dichas inteligencias así como del ser moral del profesionista, ya sea como abogado, servidor público o profesor del derecho, ya que son garantes del respeto al estado de derecho y esto se logrará a través de la reinterpretación y reprogramación de su propia realidad y en consecuencia de su conducta mediante el dominio y educación de su propia conciencia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

ALATORRE, Padilla Roberto, *Ética*, 3ª ed, México, Porrúa, 1975

ALVARES Munarniz, Luis, niveles de conciencia. perspectiva sociocultural, *Themata revista de filosofía*, núm. 37, 2006, p.77 disponible en <http://institucional.us.es/revistas/themata/37/7Alvarez.pdf> [consultado el 28/08/18, 13:51 hrs.]

DELORS, Jacques (1994). “Los cuatro pilares de la educación”, en *La Educación encierra un tesoro*. México: El Correo de la UNESCO, pp. 91-103. Disponible en <https://www.uv.mx/dgdaie/>

- [files/2012/11/CPP-DC-Delors-Los-cuatro-pilares.pdf](#). [consultado el 29/08/18,20:00 hrs.]
- DISPENZA, Joe, *deja de ser tú*, España, ediciones Urano, 2012.
- FLORES Lázaro, Julio Cesar y Ostrosky Solis Feggy, *Neuro psicología de lóbulos frontales funciones ejecutivas y conducta humana*, Revista Neuropsicología, Neuropsiquiatría y Neurociencias, Abril 2008, Vol.8, No. 1, México (pp. 47-58)
- GARDNER, Howard, *Inteligencias múltiples la teoría en la práctica*, México, paidós, 2015
- LOPEZ Betancourt, Eduardo y Fonseca lijan Roberto, *El problema de los objetivos de la enseñanza del derecho*, México, UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/32.pdf>
- MENIRO Villeneuve, I, *Una nueva “vacuna”: la del autoconocimiento. Autoconocimiento a través de la neurociencia, la inteligencia emocional y el mindfulness*, Revista Pediatría de Atención Primaria Año 2015, Vol. 17, Número 68 (Octubre/Diciembre) disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/412302>
- PÉREZ Lledó, Juan Antonio, “Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho”, en Laporta, Francisco (edit), *La enseñanza del derecho. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Universidad autónoma de Madrid, Boletín oficial del estado, 2003,
- PULEDA, Salvatore, *Interpretaciones del humanismo*, México, D.F, Plaza y Valdés,1996,
- SARTRE Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, México, Editores Mexicanos unidos, 2013.

TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS

TRANSPARENCY AND ACCESS TO INFORMATION FOR CONFLICT MANAGEMENT

MARIANA VÁZQUEZ BRACHO GARCÍA¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo forma parte del trabajo de investigación doctoral sobre el derecho de acceso a la información, su regulación, limitantes y su encuentro con el derecho a la protección de datos personales. Su objetivo es realizar una reflexión sobre el valor que tiene la transparencia y el acceso a la información en la posible gestión de conflictos. Innegablemente en México estamos frente a una crisis del Estado de Derecho (por los niveles de impunidad que se han alcanzado, por la inseguridad que se vive, por la corrupción que permea muchas instituciones, etcétera). Sin embargo, se ha sostenido doctrinalmente que cuando en el poder se privilegia la transparencia y la rendición de cuentas, las instituciones del Estado se legitiman y se fortalecen. Si eso es así, los conflictos que ponen en crisis al Estado podrían encontrar su transformación con ayuda de la transparencia y el acceso a la información. De ese modo, se considera que esas categorías (transparencia y acceso a la información) ayudan en la construcción

¹ Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM y licenciada en derecho por la misma Institución. Es abogada con ocho años de experiencia en el ejercicio del derecho de acceso a la información, transparencia y protección de datos personales. Actualmente cursa el doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM, en la Ciudad de México, con el proyecto de investigación “La colisión entre los derechos de acceso a la información y protección de datos personales a la luz de un nuevo derecho público”, *mvbracho@gmail.com*.

de sociedades más democráticas y, por tanto, funcionan como una herramienta para la gestión de conflictos.

La transparencia implica una sociedad activa que cuestione y utilice la información de manera responsable. En la gestión de conflictos la participación informada de la sociedad es más que útil en la medida en que permite a los actores conocer posibles causas y consecuencias para determinar la rutas para el descongestionamiento de los conflictos. Algunos de los factores que aceleran la generación de conflictos son la manipulación de la información, la opacidad y las opiniones desinformadas,² de ahí que la transparencia del gobierno y el acceso a la información sean elementos claves para la gestión de conflictos.

Debe reconocerse también que, a pesar de los avances alcanzados en México sobre la regulación en materia de transparencia y acceso a la información, por sí solos no garantizan ni la prevención ni la solución de conflictos. Que hoy tengamos un marco normativo sólido en la materia no significa que no existan obstáculos a vencer para obtener información en manos del gobierno. No obstante, lo que se quiere resaltar es la necesidad de pugnar por el arraigo de la transparencia y el acceso a información en los órganos del Estado, como una apuesta para fortalecer las instituciones y alcanzar el círculo virtuoso de la rendición de cuentas.

La metodología empleada en este trabajo fue el análisis conceptual de los elementos que componen los conflictos, así como de los componentes que lo alimentan. Se realiza una aproximación teórica de las definiciones de transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas, para generar un nexo entre la composición de los conflictos y las herramientas democráticas que pueden ayudar a su gestión. Tras una explicación descriptiva del aparato regulador que

² Cfr. Vargas Vaca, Héctor, “Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos”, en *Revista Derecho del Estado* [en línea] 2013, (Julio-Diciembre), en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630243010>, ISSN 0122-9893, p.301.

en materia de transparencia y acceso a la información se tiene, se exponen los argumentos que sostienen por qué la transparencia y el acceso a la información constituyen claves para el fortalecimiento de estados democráticos³ en los que pueda ser más viable alcanzar la cultura de paz.

Finalmente, se exteriorizan las preocupaciones a las que debemos mirar. Reconocer que aún no se han consolidado instituciones democráticas que efectivamente rindan cuentas es un paso importante. Con la transparencia y el acceso a la información se han logrado importantes avances; no obstante, es necesario cerrar el ciclo de la impunidad para alcanzar una verdadera rendición de cuentas. Ésta es el escalón superior que permite que la transparencia y el acceso a la información tengan efectos correctivos sobre los responsables del manejo de la misma,⁴ para abonar en la disminución de conflictos en países como el nuestro.

II. GESTIÓN DE CONFLICTOS, CONCEPTO Y FACTORES DE ACELERACIÓN

Se ha señalado que la actualidad en la que estamos inmersos implica una dinámica de conflictos que pone en crisis el Estado de Derecho. Nos referimos no solo a los conflictos entendidos como litigios jurídicos, sino a los procesos interactivos a los que se refiere Vincenc Fisas que deben ser analizados activamente. De acuerdo con su definición, el conflicto representa las disputas entre partes que pueden ser transformados o superados (cuando alcanzan la paz) y que afectan

³ Peschard Mariscal, Jacqueline, “El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas” en *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, Sergio López Ayllón, et. al., (Coords.), Auditoría Superior de al Federación, Cámara de Diputados -CIDE-RRC, México, 2011, p. 17.

⁴ Cfr. Peschard Mariscal, Jacqueline, *Grandes Problemas Transparencia: promesas y desafíos*, 3ª ed., México, El Colegio de México A.C., UNAM, 2017, p 252.

las actitudes y comportamientos de las partes.⁵ En ese contexto, identifica como elementos del conflicto a: los actores, pleitos, estructura de oportunidad, interacción estratégica y dinámica del conflicto.⁶ Así, los conflictos deben ser entendidos en el sentido más amplio, donde hay desde luego contraposición de intereses entre las partes, pero también donde convergen otros factores que complican el análisis de sus causas y consecuencias.

El concepto de conflicto que sirve para la presente reflexión se refiere a la construcción social, diferenciada de la violencia (puede haber conflictos sin violencia aunque no violencia sin conflictos), que puede ser positivo o negativo según se aborde o determine, con posibilidades de ser conducido, transformado y superado (puede convertirse en paz) por las mismas partes con o sin ayuda de terceros, que afecta a las actitudes y comportamientos de las partes, en el que como resultado se dan disputas.⁷

Con la complejidad que ha alcanzado el desarrollo normativo y el reconocimiento de derechos ocurrido en el siglo XXI, no debe perderse de vista que más allá de los problemas meramente jurídicos, están los conflictos que perturban la paz de las sociedades y que el Estado ha sido incapaz de asumir la solución de toda esa conflictividad.

La creciente litigiosidad, la saturación de los sistemas jurídicos y su imposibilidad por alcanzar la resolución de conflictos,⁸ son

⁵ Vargas, *op cit*, pp 302.

⁶ *Ídem*.

⁷ Cfr. Vicenc Fisas, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 5ª ed., Barcelona, Icaria, Antrazyt, Unesco, 2006, pp. 29.

⁸ De acuerdo con estudio elaborado por la organización “Impunidad Cero”, sobre el desempeño (análisis cuantitativo y cualitativo con 23 variables) de las procuradurías/fiscalías de las 32 entidades de México, solo el 1.14 por ciento de los delitos que se registran se esclarecen de alguna forma por parte de las procuradurías, ya sea consignando la investigación a un juez, a través de una solución alternativa determinando que no hay delito, disponible en: <http://www.impunidadcero.org/articulo.php?id=70&t=indice-estatal-de-desempeno-de-procuradurias-y-fiscalias-2018>

factores que deslegitiman la función del Estado y han llevado a que la participación de los ciudadanos en la administración de justicia sea mucho más activa. Vargas Vaca señala con puntualidad que el exagerado grado de institucionalismo formal que rige los problemas jurídicos aparta a los ciudadanos de la justicia. La despersonalización del procedimiento judicial provoca también el alejamiento de las partes en la búsqueda de soluciones. Así, se apunta que, en la administración de justicia, los ciudadanos se han convertido cada vez más en operadores jurídicos de sus propios problemas.⁹

Las modificaciones al sistema penal acusatorio¹⁰ son muestra de ello. Migrar hacia un sistema penal que incluya la posibilidad de generar un acuerdo entre las partes, es decir que busque un beneficio mutuo entre ellas, se acerca más a lo que hoy se conceptualiza como justicia transicional.¹¹ Concepto que resalta el papel activo de los ciudadanos en un intento por resolver los problemas de abusos de las autoridades que no rinden cuentas de sus actos. Un modelo de justicia en el que la sociedad echa mano de todas las herramientas posibles para alcanzar una verdadera impartición de justicia, para resarcir los daños, para castigar a los responsables y para tener acceso a la información necesaria para conocer la verdad. De ahí que el papel de la transparencia sea una herramienta importante a favor de la sociedad para transformar los conflictos que la aquejan en su cotidianidad.

El paradigmático caso de desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco permite ejemplificar el valor que tiene la transparencia y el acceso a la información en los Estados de Derecho. La lucha que han emprendido desde hace muchos años familiares, víctimas y socie-

⁹ Vargas, *op. cit.*, pp. 328.

¹⁰ Cfr. Reforma constitucional de 2008, en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

¹¹ Se utiliza el concepto de justicia transicional definido por el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe sobre justicia transicional de 2004, en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>

dad civil organizada por resolver conflictos en los que el Estado tiene injerencia directa como en la desaparición de migrantes, se ha visto obstaculizada por la secrecía con la que el gobierno ha manejado las investigaciones. El acceso a información sobre las investigaciones del caso Radilla Pacheco ha tenido que ser judicializado para alcanzar interpretaciones del más alto tribunal que obliguen a los responsables a proporcionar información sobre el caso. Inclusive, se tienen pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la obligación del Estado de dar acceso a la información a las víctimas y familiares sobre los expedientes de las averiguaciones previas cuando se trata de violaciones graves a derechos humanos. Las consecuencias de esas interpretaciones jurídicas se tradujeron en el acceso a las investigaciones en curso, así como en la publicidad del informe de la Fiscalía Especializada para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado.¹²

Está claro que la desinformación provoca que los conflictos crezcan. Ante la opacidad, viene un descontento social que puede encontrar cauces más violentos en búsqueda de la verdad y la justicia. La desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa ha derivado en un conflicto mucho más complejo, por la oleada de inconformidad y manifestaciones de protesta en contra del Estado, por su opacidad, su incapacidad de informar adecuadamente sobre lo sucedido y sobre todo por la impunidad imperante a más de 4 años de lo ocurrido.

En el discurso transdisciplinar de la paz y la gestión del conflicto se ha identificado que los conflictos son cambiantes, obedecen a causas diversas y sus consecuencias no siempre serán las mismas. Vargas Vaca señala que los factores que aceleran o alimentan el crecimiento de conflictos pueden estar vinculadas con las frustraciones por no alcanzar objetivos deseados, las percepciones diferentes de la

¹² Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209, párrs. 258-259.

realidad, la desinformación, las referencias a un vocabulario bélico o las opiniones desinformadoras, entre otros. Interesa sobre todo como factores de aceleración de la generación de conflictos: la manipulación de la información, la opacidad y las opiniones desinformadas,¹³ pues dados esos factores como un hecho, se confirma que la transparencia y el acceso a la información son elementos claves para la gestión de conflictos.

III. TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Doctrinalmente se ha sostenido que la antítesis de los regímenes dictatoriales es la transparencia. Sin ella, no se alcanza un verdadero estado democrático. Los cambios de paradigma que implica que los gobiernos den cuenta de las acciones y de las decisiones que toman respecto del ejercicio del poder, tiene intrínsecamente como consecuencia, que al menos se busque ejercer el poder de manera más responsable. La transparencia es lo opuesto a la secrecía y a la opacidad que son tan características de las dictaduras. En los regímenes dictatoriales se entrega a la comunidad información incompleta, manipulada, condicionada a intereses de grupos o de personas y se obstaculiza la posibilidad de conocer la verdad para participar libremente en la vida política.¹⁴

La transparencia tiene dos elementos esenciales, el primero es la generación de información de parte de las instituciones gubernamentales. ¿Qué información debe ser generada y documentada? Toda aquella que da cuenta de las funciones, actividades y decisiones que adoptan los entes del Estado. Es aquella información que ofrece claridad sobre las reglas y decisiones del gobierno.¹⁵ El segundo elemento

¹³ Vargas Vaca. *op. cit.* 301 pp.

¹⁴ Aguilar Rivera, José Antonio, “Transparencia y democracia: claves para un concierto”, *Cuadernos de Transparencia*, México, 10, IFAI, México, 2010, p. 24.

¹⁵ Cfr. Peschard, *op. cit.* pp 49 y50.

de la transparencia es la publicidad de la información. Publicidad entendida como la disponibilidad de ésta para la sociedad y no solo como la libertad de prensa o libertad de discusión. Implica que la información sea puesta a disposición de los gobernados, supone la apertura de aquella información útil para la sociedad y por lo tanto conlleva una obligación de hacer por parte del gobierno para difundir la misma.

Ahora bien, la transparencia también tiene una implicación correlativa a los ciudadanos: su participación responsable. En el binomio de la transparencia los actores son por un lado la ciudadanía, que debe ser activa y participativa, pero para ello necesita los incentivos, esos proporcionados por el segundo actor: el gobierno. Respecto de la obligación -en activo- que tiene el Estado de informar, se destacan dos rubros importantes: por un lado, aquella información relativa a los recursos públicos que maneje el gobierno; y por otro, lado los indicadores de gestión. Estos últimos se refieren a la medición que permite a los gobernados conocer la efectividad y cumplimiento de las funciones sustantivas que realizan los gobiernos.¹⁶

De acuerdo con lo que señala Jacqueline Peschard, la transparencia tiene los siguientes efectos en los gobiernos democráticos: a) promueve una evaluación más efectiva del gobierno; b) fomenta el estado de derecho; c) inhibe la corrupción pública; d) activa la participación de la sociedad y e) contribuye al desarrollo económico del Estado.¹⁷ En la medida en que la transparencia se entiende como una política pública a través de la cual se busca maximizar el uso público de la información para proveer las razones que justifiquen una acción o decisión determinadas¹⁸ se minimiza la brecha del secreto en don-

¹⁶ *Ídem.*

¹⁷ *Ibidem*, pp. 56 y 57.

¹⁸ Cfr. López Ayllón, Sergio, "La Constitucionalización del derecho de acceso a la información", en *Democracia, Transparencia y Constitución*. IFAI-ILJ, UNAM, 2006.

de históricamente el poder ha fundado su esencia.¹⁹ De ese modo, la transparencia es una herramienta para evaluar las acciones de los gobiernos y que la ciudadanía pueda constituirse como vigilante de sus representantes.²⁰

En el marco de la concepción de los derechos humanos, el derecho de acceso a la información ha sido reconocido como tal en este siglo XXI. En virtud de la demanda de una mejor democracia en los Estados de Derecho, se han buscado mecanismos que permitan a la ciudadanía ser un ente activo y crítico de sus gobernantes. Entre esos instrumentos, se ha instalado en el discurso jurídico el derecho de acceso a la información.

Después de los esfuerzos realizados por la sociedad organizada combinados con la presencia de voluntad política, se ha logrado instalar un esquema de transparencia y acceso a la información en el entramado normativo e institucional del Estado. Consideramos que el acceso a la información va más allá de la transparencia, pues dota de una potente herramienta a la sociedad que le permite exigir a la autoridad aquella información que necesita y le resulta relevante. No solamente se está a expensas de que la autoridad decida o no cumplir con la obligación de transparentar aquella información que le correspondería, sino que el ciudadano tiene una llave específica para abrir esa puerta en tanto la autoridad no proporcione la información. Esa llave que es representada por el derecho de acceso a la información además tiene garantías en su ejercicio. Su protección está velada en primera instancia por un organismo especializado, y posteriormente, su respeto puede ser exigido ante el Poder Judicial de la Federación.

Para poder comprender con toda amplitud la configuración y alcances del derecho de acceso a la información, en nuestro país, resulta necesario revisar el contexto en que el mismo se ha desa-

¹⁹ Cfr. Bobbio, Norberto. *Democracia y Secreto*. 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p.39.

²⁰ Cfr. Peschard, *op. cit.* p. 51.

rollado en el derecho positivo vigente. Su inclusión como derecho fundamental en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presenta en el marco de la reforma política de diciembre de 1977. Dicha reforma se inscribe en un conjunto de modificaciones constitucionales cuyo objeto era fortalecer la democratización del país. Tras la evolución interpretativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se otorgó al derecho de acceso a la información el carácter de garantía social y no sólo de partidos políticos o medios de comunicación. Desde entonces, se ha reconocido que el derecho a la información es un derecho de la sociedad que influye en la modelación de la opinión pública y ésta presupone un grado aceptable de cultura general, de educación política y posibilidades de consulta y comprobación de las fuentes emisoras.²¹ Destacamos la relación del derecho a la información con el rol democrático-electoral señalando que sólo puede optar quien está consciente e informado y no quien está influido o desorientado. Eso demuestra el carácter instrumental que tiene el derecho de acceso a la información: el libre y efectivo ejercicio de ese derecho permite a su vez el ejercicio de otros derechos de carácter fundamental.

La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002 y con ello se dotó a la ciudadanía, por primera vez, de un instrumento legislativo que estableciera las bases a partir de las cuales puede hacer efectivo su derecho. Con el reconocimiento y legislación del derecho de acceso a la información no sólo se transparenta el actuar del gobierno, sino que también se tiende a igualar las oportunidades de la sociedad: tanto los grandes y microempresarios, como los profesionistas o cualquier ciudadano tendrán a su

²¹ Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública de la Cámara de Diputados sobre la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/dir/DIR-ISS-10-07_Anexo-Dict.pdf

disposición la misma información, pudiendo preverse que, ante la mayor certidumbre que brinde la transparencia mayor confianza en las instituciones y mejores posibilidades económicas para el Estado. Ello se traduce en mayores beneficios para los mexicanos y por ende en mayores posibilidades de lograr la gestión de conflictos.

En ese sentido, el derecho de acceso a la información ha representado y representa una de las herramientas más valiosas con las que cuenta el individuo, la sociedad y el sistema político mexicano para la consolidación de la vida democrática nacional.

IV. ¿CÓMO FAVORECEN LA TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN LA GESTIÓN DE CONFLICTOS?

La transparencia y el acceso a la información acercan a las partes en conflictos a la transformación de éstos, porque les permiten contar con la información necesaria para tener un acercamiento a la verdad y la justicia. La resolución de los conflictos tendrá un cause más seguro gracias a que la obtención de información se logra con mecanismos reconocidos en el sistema jurídico y se disminuyen los riesgos de quien busca la información. Es decir, se favorece la gestión de conflictos en dos dimensiones: la primera, porque acerca a las partes en conflicto, colocándolas en un plano de igualdad de condiciones; y, porque disminuye la brecha existente entre ciudadanos y autoridades, dotando a los primeros de herramientas que permiten exigir el cumplimiento de las funciones que corresponden a las segundas. De ese modo, frente a una ciudadanía informada se logra que la misma participe activamente en la gestión de conflictos. Ello solamente puede lograrse con gobiernos transparentes y abiertos. No hay ciudadanos informados si no hay gobiernos transparentes y no habrá gestión de conflictos sin una ciudadanía informada.

La transparencia y el derecho de acceso a la información fortalecen el papel del individuo frente a los asuntos públicos, de suerte

que permiten que se materialice un control vertical por parte de la sociedad hacia el Estado. Ello supone dar herramientas de empoderamiento al ciudadano para exigir de sus autoridades el cumplimiento de los fines en beneficio del bien público. En síntesis, el derecho de acceso a la información es el canal de comunicación constante entre Estado y sociedad, por lo tanto, indispensable para la gestión de conflictos.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Jacqueline Peschard señala que la transparencia y el acceso a la información no son sino un eslabón más para alcanzar la rendición de cuentas con miras a prevenir y erradicar la corrupción gubernamental.²² Apunta que *“la transparencia es el presupuesto indispensable de la rendición de cuentas, ya que una vez que se abren los caminos de interlocución entre el gobierno y los ciudadanos, teniendo las autoridades la obligación de someterse a la vigilancia del público y los ciudadanos por la vía del derecho a solicitar y recibir información gubernamental, el siguiente paso natural es que la publicación de dicha información tenga consecuencias (con fines correctivos) sobre los responsables de la misma. Dicho de otra manera, que revelar ciertas decisiones o acciones de las autoridades que afectan a la sociedad o a algunos de sus sectores, tenga efecto con fines correctivos sobre los funcionarios públicos responsables del manejo de la misma.”*²³ Creemos sin duda que las grandes virtudes de la transparencia y el acceso a la información precisamente apuntan a mejorar la calidad de instituciones que gobiernan para beneficiar a la sociedad.

Aún hay retos que superar respecto del acceso a la información y la transparencia. En un ejercicio de investigación reciente, Jacqueline Peschard destacaba que hay cifras que demuestran cómo en la

²² Cfr. Peschard, *op. cit.* pp. 251- 253.

²³ *Ibidem.* p. 252.

organización municipal del Estado aún hay reticencia para acceder a información que por ley obligatoriamente debe estar publicada.²⁴ Desde luego no ha sido fácil ni mucho menos cómodo lograr que quienes ostentan el poder en México se convenzan del beneficio general que se puede alcanzar a través de la rendición de cuentas. Los esfuerzos continuarán desde las trincheras que ocupamos los que estamos convencidos de la democracia. Por ello, sostenemos que la conflictividad que invade a la sociedad y la incapacidad del Estado para transformar los conflictos se puede beneficiar de la transparencia y el acceso a la información si alcanzamos una verdadera rendición de cuentas, pues de ese modo se podría garantizar que los operadores encargados de la impartición de justicia y de la solución de conflictos ejerzan sus funciones con mayor vigilancia y por ende mejoren su eficacia.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

- AGUILAR RIVERA, José Antonio, “Transparencia y democracia: claves para un concierto”, *Cuadernos de Transparencia*, México, 10, IFAI, México, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Democracia y Secreto*. 1ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- GÓMEZ LARA, Cirpiano, *Teoría General del Proceso*, 10ª ed., México, Oxford University Pres, 2004.
- IMPUNIDAD CERO, 2018, “Índice estatal de desempeño de procuradurías y fiscalías 2018”, México, disponible en: <http://www.impunidadcero.org/articulo.php?id=70&t=indice-estatal-de-desempeno-de-procuradurias-y-fiscalias-2018>

²⁴ Cfr. Peschard Mariscal, Jacqueline, et. al., “Transparencia en los Ayuntamientos: Discrecionalidad en su Integración y Remuneraciones”, en *Estudios en Derecho a la Información [en línea]*, México, Núm. 6, 2018, en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho.-informacion/article/view/12464/14059>

- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “La Constitucionalización del derecho de acceso a la información”, en *Democracia, Transparencia y Constitución*. IFAI-ILJ, UNAM, 2006.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, “El papel del derecho de acceso a la información en la rendición de cuentas” en *Hacia una política de rendición de cuentas en México*, Sergio López Ayllón, et. al.,(Coords.), Auditoría Superior de la Federación, Cámara de Diputados -CIDE-RRC, México, 2011.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, *Grandes Problemas Transparencia: promesas y desafíos*, 3ª ed., México, El Colegio de México A.C., UNAM, 2017.
- PESCHARD MARISCAL, Jacqueline, et. al., “Transparencia en los Ayuntamientos: Discrecionalidad en su Integración y Remuneraciones”, en *Estudios en Derecho a la Información* [en línea], México, Núm. 6, 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho.-informacion/article/view/12464/14059>
- SECRETARIO GENERAL de las Naciones Unidas, 2004, “*Informe sobre justicia transicional de 2004*”, disponible en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- VARGAS VACA, Héctor, “Participación de los ciudadanos en gestión de conflictos”, en *Revista Derecho del Estado* [en línea] 2013, (Julio-Diciembre). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630243010>, ISSN 0122-9893.
- VICENC FISAS, *Cultura de paz y gestión de conflictos*, 5ª ed., Barcelona, Icaria, Antrazyt, Unesco, 2006.

MARCO NORMATIVO

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

- Código Nacional de Procedimiento Penales, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, 2002, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/abro/lftaipg/LFTAIPG_abro.pdf
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2017, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_270117.pdf
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de la Función Pública de la Cámara de Diputados sobre la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/dir/DIR-ISS-10-07_Anexo-Dict.pdf
- Tesis P./J. 54/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Pleno, t. XXVII, junio de 2008, p. 743.

ORDENACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN Y DEL MEDIO AMBIENTE Y SUS INTERFACES EN BRASIL

Laura Magalhães de Andrade¹

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Federal brasileña de 1988 innovó al instituir el Estado Socioambiental de Derecho, pautado en la garantía de derechos liberales, sociales y ecológicos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 44-45), que buscan construir un equilibrio entre la esfera privada y los intereses colectivos. Este sopesamiento de valores e intereses se realiza en cumplimiento del principio constitucional de la solidaridad (artículo 3, I, de la CF), que expresa la responsabilidad del individuo y del Poder Público ante las condiciones de existencia ambiental de la colectividad y de las generaciones futuras.

En este escenario, el derecho a la educación está en consonancia con la idea de solidaridad, consagrada por diversos dispositivos de la Constitución brasileña, como adelante se verá, una vez que objetiva sanar situaciones de desigualdad e indignidad, imponiendo al Estado el deber de ofrecer estructuras básicas necesarias a su concreción, en pro del interés público y, por tanto, del bienestar de cada individuo del cuerpo social.

Además, asevera la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Brasil por medio del Decreto n° 99.710, de 21 de noviembre de 1990, que “Los Estados Partes reconocen el derecho de a la educación y, en particular, para garantizar progresivamente el ejercicio de este derecho sobre la base de la igualdad de oportunidades “(artículo 28).

¹ Universidad de Vigo (ES) y Universidad Federal Fluminense (BR)

En cuanto a la igualdad de oportunidades, su reconocimiento como principio general permite que los miembros de una determinada sociedad tengan condiciones de participar en la vida competitiva, presumiendo como vitalmente significativa la fruición de posiciones ecuanímes en relación a las condiciones materiales y sociales que permitan medir y considerar a los competidores como iguales.

En la Constitución Federal de 1988 hay previsión expresa de la Educación entre los derechos sociales del artículo 6, la cual deberá ser realizada por intermedio de la cooperación entre los entes federales. Sin embargo, es fundamental destacar el hecho de que Brasil es un país en desarrollo y entre los problemas que lo permean está su precaria infraestructura orientada a la formación básica en la escuela, siendo una real amenaza a la efectividad del derecho social a la Educación ya la sensibilización de los individuos para la formación de una conciencia ambiental y posterior posibilidad de transformación de actitudes. Si la Educación, en sí, carece de elementos estructurantes en Brasil, la Educación Ambiental - su calificación dirigida al medio ambiente - también sufre tales reflejos.

La relevancia del presente estudio puede ser notada, por lo tanto, a partir de la configuración jurídico-fáctica de la relación existente entre Educación y Medio ambiente. En este paso, el problema de la presente investigación es pautado en cómo tal relación evolucionó a partir de la Constitución Federal de 1988 y cuáles son los desafíos del porvenir, utilizando, como recurso metodológico, los métodos jurídico-doctrinal y analítico. Finalmente, este estudio objetiva investigar las interfaces entre las variables (Educación y Medio ambiente) y asociarlas a la Educación ambiental, pautándose en el art. 225 de la Constitución Federal.

Ante todo lo expuesto, se buscará revelar las cualidades de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales estudiados para, en fin, evidenciar que la falta de acceso a la Educación de calidad interfiere en la tutela del medio ambiente y, fundamen-

talmente, en la concreción del principio de la dignidad de la persona humana, que está expresado entre los fundamentos de la República brasileña, en el artículo 1, inciso III, de la Constitución Federal.

2. EDUCACIÓN Y MEDIO AMBIENTE: UNA RELACIÓN INSEPARABLE

La presente sección evidenciará las diferentes formas de observar la indisociación entre las variables propuestas, que son: la Educación y el Medio ambiente, desde una perspectiva orientada a los deberes del Estado - primariamente -, pero también de la colectividad, frente a los derechos humanos fundamentales incorporados al orden jurídico brasileño a partir de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, momento en que ocurre un cambio de paradigmas en cuanto al papel del Estado y de la sociedad en la garantía del medio ambiente ecológicamente equilibrado.

Esta Ley Fundamental, por lo tanto, posee un carácter garante de los pilares del Estado brasileño de reconocimiento y concreción de derechos humanos y fundamentales, así como de salubridad y seguridad en torno al espacio colectivo, por medio de la designación de deberes dirigidos a la universalización de derechos sociales, entre los cuales la Educación - comprendida por el orden jurídico patria como un derecho social fundamental, por fuerza de los preceptos de la República brasileña.

En este contexto se plantean las preocupaciones en proporcionar mecanismos político-jurídicos claros y favorables a la ampliación de las políticas públicas educativas, empezando por la expresa prescripción constitucional de institución y estandarización de directrices nacionales para el tema por la Unión (artículo 22, XXIV, CF/88), sumada al establecimiento del deber solidario de todos los entes federativos en la ejecución de esos programas estatales, como dispone el art. 23, V, CF/88. Ese mismo artículo, en el inciso VI, atribuye la

protección al medio ambiente como una competencia común entre Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios.

Por lo tanto, con estas transformaciones surgidas de la Constitución de la República de 1988, el constituyente originario eleva al mismo nivel de importancia las variables aquí estudiadas, apuntando en dispositivos distintos, pero equitativos, la incumbencia para los deberes fundamentales - desde el Estado y la colectividad - de universalización de la Educación y de la no degradación del medio ambiente, además del actuar comunicativo necesario al impedir cualquier acción u omisión que resulte en perjuicios irreparables a las presentes y futuras generaciones, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos fundamentales ya la dignidad. Para comprender más profundamente el derecho a la Educación y al medio ambiente en la órbita constitucional, ambos serán desmenuzados en las secciones siguientes.

2.1 La Educación como Derecho social fundamental

La Constitución Federal de 1988 tiene un papel indiscutible en la consolidación de la importancia y aplicabilidad de la Educación como función primordial del Estado a la consecución jurídica del bien común. Conceptualmente, la Educación se inserta en un conjunto de acciones que tienen como objetivo garantizar condiciones materiales mínimas para el desarrollo de una vida digna y sana a la sociedad, buscando la erradicación de la pobreza y la marginación, así como la reducción de las desigualdades sociales y regionales (art. 3º, III, CF/88).

La educación de todos, por lo tanto, es un prerrequisito para la expansión de otros derechos, ya que la efectividad de la ciudadanía registra la necesaria condición de posibilidad de participación en la vida social y política, lo que no existe sin una educación de calidad, que desarrolle el sentido analítico y la mirada crítica.

En este prisma, María Cristina de Brito Lima (2003, p. 8) establece un vínculo directo entre el derecho a la educación y el propio Estado Democrático de Derecho:

Fue necesario que se articulase el derecho a la educación con los principios fundamentales del propio Estado Brasileño. Y fue así que la Constitución Brasileña de 1988 unió el derecho público subjetivo a la educación a dos de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho: la ciudadanía y la dignidad de la persona humana (traducido del original).

De acuerdo con Marisa Timm Sari (2004, p. 70-71), la configuración actual de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, en lo que se refiere a la educación, se da de la siguiente manera:

[...] el Capítulo III, Sección I del Título VIII de la Constitución Federal (arts. 205-214) [...] constituye la base de la organización educativa del país, estableciendo los principios, los derechos y los deberes, las competencias, la vinculación de recursos y la prioridad para su distribución. Sin embargo, es recomendable la lectura de otros dispositivos que directa o indirectamente regulan aspectos relacionados con el sector, como, por ejemplo, el Capítulo II del Título II, que trata de los derechos sociales, y los Capítulos II, III y IV del Título III, sobre la organización del Estado, en que se establecen algunas competencias de los entes federados en educación, incluso sobre la prerrogativa de legislar (traducido del original).

Sobre los dispositivos legales enumerados arriba, conviene destacar los más importantes para la comprensión del presente estudio. En el art 30, VI, CF/88 se comienza a separar la responsabilidad en

relación a cada nivel de enseñanza, informando que es de competencia de los Municipios la educación infantil y la enseñanza fundamental (contando con la cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado).

Sin embargo, en la Sección I del Capítulo III (De la educación, la cultura y el deporte) se trata específicamente de la Educación, abordando aspectos básicos para que se comprenda el direccionamiento intencionado por el legislador (constituyente y derivado) acerca del tema, con el tratamiento previsto en los arts. 205 al 214. De acuerdo con el art. 205 “La educación, el derecho de todos y el deber del Estado y de la familia, será promovida y fomentada con la colaboración de la sociedad, buscando el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su cualificación para el trabajo”.

De la redacción del citado artículo, se desprende que la Educación es considerada un deber del Estado y de la familia, dada la complejidad para su efectucción. Se trata, por lo tanto, de una actuación conjugada, complementaria, en que la ineficiencia en la prestación de un repercute en la consolidación del otro, implicando en la ausencia de formación adecuada del educando, tanto a nivel educativo y profesional, como de su propia ciudadanía, que es esencial para la construcción de un individuo actuante y responsable del ambiente que está inserto.

El proceso educativo, por lo tanto, puede ser considerado como elemento que tiene el condón de proporcionar el desarrollo de la persona humana. En ese proceso, figura la educación básica como meta de gran relevancia en el escenario nacional, siendo tratado por la Constitución con carácter obligatorio, tal como dispone el art. 208. De este artículo, se observa que, a pesar de que la Constitución menciona la garantía de progresiva universalización de la enseñanza media gratuita, se puede percibir que tal medida no tiene fuerza obligatoria, tal cual la educación básica.

Sin embargo, la Educación no puede resumir el Derecho fundamental hasta completar la educación básica sólo. Esta visión es de extrema valía para entender la educación como medio de promoción de la ciudadanía, proporcionando al individuo, entre otras cuestiones oportunamente comentadas en ese estudio, la libertad material de elección en el ejercicio de la libertad profesional para que, por lo tanto, pueda usufructuar de la igualdad de oportunidades ya mencionadas.

Por lo expuesto, la Educación posee naturaleza extremadamente compleja y de innegable necesidad de materialización en la sociedad brasileña. Se registra, precisamente por esa característica y por la necesidad de un estudio en profundidad sobre los desdoblamientos legislativos y prácticos sobre el tema, que esas son reflexiones iniciales, que aquí no se agota.

2.2 El derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado

La Política Nacional del Medio Ambiente, instituida por la Ley n° 6.938/1981, es un gran hito en la legislación de protección del medio ambiente en Brasil, fruto de las discusiones a nivel mundial establecidas a partir de la Conferencia de Estocolmo de 1972. Tal ley fue posteriormente acogida por la Constitución Federal de 1988, que enfatizó la protección del Medio ambiente en lo artículo 225, en que “Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público ya la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones” (traducido del original).

De la lectura de este dispositivo, se puede deducir una interpretación del acceso al Medio ambiente como un derecho fundamental, que permite mayor amplitud y efectividad en su protección, en la medida en que la preservación de los recursos naturales es la única

forma de garantizar y conservar el potencial evolutivo de la humanidad. El propio texto constitucional (art. 225, *caput*) determina que el medio ambiente deba ser preservado no sólo para los actuales, como para los futuros habitantes del planeta.

Además, la previsión constitucional denota la idea de que el medio ambiente, como “bien de uso común del pueblo”, supera la denominación de que es un bien público, teniendo en vista que no es sólo del Estado, sino también de la colectividad, el deber de defenderlo y preservarlo. Mazzilli (2005, p. 142-143), al tratar de la definición de medio ambiente, destaca que:

El concepto legal y doctrinal es tan amplio que nos autoriza a considerar de forma prácticamente ilimitada la posibilidad de defensa de la flora, de la fauna, de las aguas, del suelo, del subsuelo, del aire, o sea, de todas las formas de vida y de todos los recursos naturales, como base en la conjugación del art. 225 de la Constitución con las Leyes ns. 6.938 / 81 y 7.347 / 85. Se alcanzan todas las formas de vida, no sólo las de la biota (conjunto de todos los seres vivos de una región) como de la biodiversidad (conjunto de todas las especies de seres vivos existentes en la biosfera, es decir, todas las formas de vida en general del planeta), e incluso está protegido el medio que las alberga o les permite la subsistencia (traducido del original).

La Ley Fundamental admite, por lo tanto, que las cuestiones pertinentes al medio ambiente son de vital importancia para la sociedad, ya sea porque son necesarias para la preservación de valores que no pueden ser medidos económicamente - tales como la propia vida y la dignidad de la persona humana, porque la defensa del medio ambiente es un principio constitucional general que condiciona, todavía, la actividad económica, conforme dispone el artículo 170, VI, de la Constitución Federal.

Es importante resaltar, además, la imperatividad de preservación ambiental, en el solo para los seres humanos, sino también para los animales en los humanos y para la naturaleza en sí, y revelan un ineludible deber jurídico socioambiental del Estado y de la colectividad, cuya base está clavada en la sociedad la democracia participativa y el valor agregado a la naturaleza, así como en el bienestar de las sociedades humanas, relacionándose así con las características fundamentales del principio constitucional de la solidaridad (Sarlet; Fensterseifer, 2012, p. 47).

La solidaridad propuesta por el ordenamiento jurídico brasileño es evidenciada, aún, en lo que se refiere a la restricción del ejercicio de algunos derechos humanos fundamentales, por los particulares, ya la limitación del arbitrio y poder decisorio del Estado cuando esas hipótesis resulten en inequívoca violación a derechos garantizados expresa o implícitamente por la Constitución de la República de 1988. A modo de ejemplo, es posible la responsabilización acumulativa en las esferas civil, penal y / o administrativa, a depender de las circunstancias de lo ocurrido, de particulares y del Poder Público por la violación del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado (art. 225, §3º, CF/88).

La Constitución de la República de 1988 fue un marco jurídico, político y social que transformó la comprensión del papel atribuido a la Ley Mayor, que pasa no sólo a defender las libertades individuales de las injerencias del Estado, como también objetiva sanar desigualdades y situaciones de vulnerabilidades sociales, económicas y ambientales que tanto asolan la sociedad brasileña, sea en materia de afirmación y concreción de los derechos sociales prestaciones, como del reconocimiento de un sesgo ecológico.

Se infiere, así, que durante esos 30 años de vigencia de la presente Constitución de la República hubo avances inmensurables en la tutela del medio ambiente y de la persona humana. No hay que negar que, a pesar de reiterados retrocesos socioambientales prac-

ticados por el gobierno actual, como la flexibilización de leyes de protección, este modelo de Estado debe estar en un constante proceso de reinterpretación y adecuación para caminar en el sentido de asegurar efectividad a los derechos fundamentales y humanos, que están dispersos a lo largo de toda la Constitución Federal de 1988 y en documentos internacionales ratificados por Brasil.

Finalmente, en la sección siguiente se abordará un importante instrumento de protección del Medio Ambiente: la Educación Ambiental, que nada más es que una calificadora del Derecho social fundamental a la Educación, formulado a partir de la necesidad de direccionamiento hacia una óptica ambiental específica.

2.3. La Calificación Ambiental de la Educación

A protección constitucional del medio ambiente, como abordado en la sección anterior, enfatizó la obligatoriedad de la Educación Ambiental, al insertarla en el Capítulo VI (Del medio ambiente), en el inciso VI, § 1 °, del artículo 225, en que “§ 1° Para asegurar la efectividad de ese derecho, incumbe al Poder Público: [...] VI - promover la educación ambiental en todos los niveles de enseñanza y la concientización pública para la preservación del medio ambiente (traducido del original).

La Educación Ambiental, con el tratamiento dado por el ya citado párrafo, desempeña un papel fundamental en la efectividad del derecho al medio ambiente, mientras que asociar la calificación “ambiental” al vocablo Educación, consagrado derecho social elevado a la categoría de derecho fundamental por el principio de la dignidad humana, garantiza que la Educación Ambiental también sea considerada como premisa básica para la formación y el mantenimiento de la calidad de vida de los ciudadanos y del medio ambiente como un todo.

Se verifica, además, que la participación ciudadana fue consagrada en el *caput* del art. 225 de la Carta Magna, que determinó la acción conjunta del Estado y de la colectividad en la protección y preservación del medio ambiente. En ese sentido, Édis Milaré menciona que el “derecho a la participación presupone el derecho de información y está íntimamente ligado” (2004, p. 141, traducido del original), lo que se ajusta a la necesidad de conexión con la Educación en sentido amplio.

Siguiendo el mismo entendimiento, Fiorillo (2008, p. 52-53) argumenta que la información y la educación ambiental son mecanismos para efectivizar la acción conjunta del Poder Público y de la colectividad y destaca que educar ambientalmente significa fijar la idea de conciencia ecológica e incentivar el principio de la solidaridad entre las personas, en el sentido de percibir “que el medio ambiente es único, indivisible y de titulares indeterminables, debiendo ser justa y distributivamente accesible a todos” (traducido del original).

Por último, se nota que la Educación Ambiental puede ser elevada a la categoría de derecho fundamental, he aquí consagrada en la Carta Magna con ese sesgo mantenedor y garante de otros derechos fundamentales, ejerciendo una gran influencia en las legislaciones, pensamientos y prácticas en Brasil y en el mundo.

III. CONCLUSIÓN

El presente estudio reveló que la Constitución brasileña de 1988 representó la elevación del medio ambiente y de la educación orientada a él como derechos fundamentales. La Educación, especialmente desde una perspectiva crítica y participativa, tiene un papel fundamental en la concientización de los individuos para la transformación de pensamientos y actitudes, ante la necesidad de preservar el medio ambiente.

Sin embargo, la Educación y su calificadora ambiental solas no son capaces de modificar la coyuntura político-económica del Brasil, a pesar de que se presenta como un relevante instrumento en la construcción de las políticas públicas más sostenibles. Así, la escuela y sus actores sociales necesitan ser continuamente estimulados al protagonismo ambiental, posicionándose frente a las decisiones del presente con repercusiones en el futuro.

En suma, al proporcionarse al individuo el desarrollo de una vida digna y sana, sumada al acceso a otros derechos básicos como la Educación, así como a la previsión constitucional de instrumentos populares indispensables a la ciudadanía, es permitido que sea sujeto activo en el proceso la decisión estatal y la fiscalización de las acciones del Poder Público. Nace, de ahí, una sociedad formada por ciudadanos capaces de utilizar los órganos y aparatos legales para exigir del Estado la tutela integral de sus derechos.

Las contribuciones provenientes de este trabajo, por fin, apuntan al hecho de que la Educación y el Medio ambiente son derechos que necesitan tener mayor atención por el poder público y la colectividad, no sólo en Brasil, pero en todo el mundo. Por eso, es innegable la necesidad urgente de cumplir los dictámenes constitucionales, a fin de implementar una Educación que esté profundamente ligada al plan de protección ambiental y que prima por la garantía de formación permanente de los ciudadanos para este fin. Sobre todo, se trata de una relación indisociable cerca de Educación y Medio Ambiente, instrumentos de construcción y mantenimiento de las bases para una sociedad efectivamente democrática y sostenible que, consecuentemente, va a exigir y garantizar la perpetuación de derechos humanos fundamentales. Y cabe la universidad y la academia, como un todo, fomentar ese debate.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponible en: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Aceso en: 26 set. 2018
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SARI, Marisa Timm. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

EL DERECHO Y EL MEDIO AMBIENTE: EL CASO DE LOS PARQUES EÓLICOS MARINOS EN ESPAÑA

SANTIAGO SALVADOR GIMENO¹

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de parques eólicos marinos constituye una oportunidad para la consecución de objetivos de especial relevancia a nivel internacional, comunitario y nacional en materia de clima, diversificación y seguridad energética.

En este sentido, su implantación puede contribuir al logro de las metas perseguidas por el nuevo marco estratégico en materia de clima y energía fijado por la Unión Europea para el periodo 2020-2030, consistentes en la reducción de un 40% de las emisiones de gases efecto invernadero y en la consecución de una cuota del 27% de consumo energético procedente de energías renovables (Comunicación de la Comisión Europea de 22 de enero de 2014 y Considerando 5 de la reciente Directiva (UE) 2018/2001 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables). Ello, a su vez, puede coadyuvar al mantenimiento del aumento de la temperatura media global del planeta por debajo de los 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, en la línea perseguida por la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, así como por el Acuerdo de París (COP 21).

Por otro lado, la expansión de estos dispositivos generadores de energía limpia casa a la perfección con el objetivo número 7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de Naciones Unidas, que persigue: “garantizar el acceso a una energía asequible, segura, sostenible y moderna para todos”.

¹ Investigador del Campus do Mar de la Universidade de Vigo

Asimismo, la implantación de estas tecnologías se alinea con los fines de aprovechamiento sostenible y desarrollo económico y social de los océanos a los que aspira la política marina integrada y, en especial, la estrategia de crecimiento azul de la Unión Europea.

Pese a todos los beneficios señalados, a los que se suma el elevado potencial eólico y los extensos kilómetros de costa de la península ibérica, que facilitan el grado de aprovechamiento y de extensión del recurso eólico marino, el desarrollo de estos dispositivos en España se encuentra paralizado (a excepción de la implantación de pequeños proyectos experimentales en aguas próximas a las Islas Canarias y al País Vasco).

En este punto, el Derecho ha sido protagonista tanto a la hora de frenar la expansión de estos dispositivos –como se detalla a continuación, diversos obstáculos legales han contribuido a la actual situación de estancamiento del sector en España–, como en relación a las controversias, choques y conflictos de diversa naturaleza planteados.

II. CONFLICTOS E INSEGURIDAD JURÍDICA DE INVERSORES FRENTE A LAS REFORMAS (INESPERADAS) DEL RÉGIMEN RETRIBUTIVO APLICABLE A LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA

Entre el año 2010 y el año 2014, bajo la justificación por parte del gobierno de la necesidad de paliar el déficit estructural del sistema eléctrico ante su riesgo de quiebra, tuvieron lugar rápidas y sucesivas reformas normativas² –varias de ellas incorporadas por la vía

² Estas rápidas modificaciones normativas finalmente concluyeron en la Ley 24/2013 del sector eléctrico, el Real Decreto 413/2014 y la Orden IET 1045/2014. Con esta nueva regulación, las energías renovables recibirán sus ingresos principales a partir de la venta de energía en el mercado. Excepcionalmente, mediante procedimientos de concurrencia competitiva (subastas) el gobierno podrá otorgarles una retribución específica complementaria suficiente para cubrir los costes que, a

urgente del Decreto-Ley– mediante las que inicialmente se congeló –y posteriormente se suprimió– el sistema de primas y el régimen especial aplicable a las energías renovables con una potencia instalada inferior a 50 MW.

Ante esta circunstancia, los numerosos inversores en energías renovables que venían disfrutando de estas ayudas, y que se vieron perjudicados por los mencionados cambios normativos, interpusieron recursos contencioso-administrativos en sede judicial poniendo de manifiesto el carácter retroactivo de estas reformas normativas y alegando la vulneración de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. Sin embargo, sus pretensiones no fueron estimadas por la sala tercera del Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia (Sentencias 1265/2016 y 1266/2016, ambas de 1 de Junio de 2016), en línea con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Sentencias 270/2015, de 17 de diciembre , 19/2016, de 4 de febrero , 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero y 61/2016, de 17 de marzo) sostiene que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no implican la petrificación de la regulación existente, entendiendo que, dado el devenir de las circunstancias que en ese momento afectaban al sector, los cambios normativos eran esperados y previsibles para un operador económico prudente y diligente, y, por tanto no afectaban a la estabilidad regulatoria. Asimismo, tampoco considera la existencia de retroactividad prohibida, entendiendo que, en todo caso, las modificaciones regulatorias incurren en “retroactividad impropia”, ya que, si bien la nueva normativa regulaba pro futuro situaciones jurídicas anteriores a su entrada en vigor cuyos efectos no se habían consumado, ésta no incidía sobre derechos ya consolidados, sino sobre los pendientes, futuros, condicionados.

Pese a estos pronunciamientos, la mayoría de la doctrina jurídica se muestra crítica con las citadas modificaciones normativas

diferencia de las energías convencionales, no puedan recuperar en el mercado (artículo 14.7 Ley 24/2013 del sector eléctrico).

argumentando la existencia de un cambio rápido, imprevisible, radical y completo del régimen retributivo que difícilmente casa con los mencionados principios.

En efecto, este clima de incertidumbre normativa e inseguridad jurídica –al que se suma el largo y complejo procedimiento de autorización para la instalación de parques eólicos marinos en el mar territorial regulado principalmente por el Real Decreto 1028/2007– no parece el más propicio para fomentar la expansión de un sector que aún no se encuentra en plena madurez y, por tanto, requiere el aporte de una mayor certeza y estabilidad normativa a promotores e inversores.

III. UNA FUERTE OPOSICIÓN PÚBLICA FRENTE A ESTOS PROYECTOS DERIVADA DE POTENCIALES CHOQUES CON OTROS USOS E INTERESES SOCIO-ECONÓMICOS Y AMBIENTALES

Desde la presentación de los primeros proyectos al inicio del siglo XXI han sido numerosas las movilizaciones en contra de la implantación de estos dispositivos, principalmente encabezadas por municipios costeros, agentes pertenecientes a sectores económicos afectados (marisqueo, pesca, turismo...) y asociaciones conservacionistas locales que encontraban en estas instalaciones una amenaza a la protección de la biodiversidad. De conformidad con la literatura jurídico-científica, gran parte de este recelo se debe a la falta de confianza de estos colectivos en el proceso, siendo recomendable la incorporación de un mayor grado de participación por parte del público y de los diferentes actores y stakeholders en el procedimiento de cara a posibilitar la adopción de decisiones más informadas y consensuadas.

A este respecto, en relación con la regulación de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de eólica marina, es conveniente que la normativa garantice un mayor acceso a la información

y una participación amplia, temprana, así como continua y efectiva tanto del público como de los diferentes interesados a lo largo de todo el procedimiento.

En este punto, la reciente reforma de la Ley 21/2013 de evaluación ambiental mediante la Ley 9/2018 ha contribuido a mejorar, en parte, la regulación anterior, fijando, por un lado, la necesidad de realizar los trámites de información pública y consultas a través de medios electrónicos (artículos 36.3 y 37.3 de la Ley 9/2018, en línea con las previsiones de la Directiva 2014/52/UE) –lo cual facilita una mayor difusión y acceso al expediente por el público y los interesados– y estableciendo, por otro, la necesidad de realizar un nuevo trámite de información y consultas en el caso de que, tras la información pública y consultas previas, se incorporen modificaciones en el proyecto o en el estudio de impacto ambiental causantes de efectos ambientales significativos distintos a los previstos inicialmente (artículo 38 de la Ley 9/2018) –lo cual asegura una participación continua del público y los interesados–.

Pese a los referidos avances, aún queda margen de mejora de cara a garantizar una participación temprana y amplia. En este sentido, dado que la fase preliminar de elaboración del documento de alcance por parte del órgano ambiental implica la celebración de consultas a los interesados (brindándoles así la posibilidad de reflejar sus preocupaciones desde el inicio) sería deseable otorgar el carácter de obligatorio de este trámite–la regulación actual lo contempla la elaboración del documento de alcance como un trámite facultativo cuya celebración dependerá de lo voluntad del promotor–. Del mismo modo, tal y como ha destacado un sector importante de la doctrina, sería conveniente ampliar la consideración legal de “personas interesadas” a todas las personas jurídicas sin ánimo de lucro defensoras del medio ambiente que desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado, independientemente de su fecha de constitución, lo cual permitiría un mayor margen de actuación y participación en el

procedimiento a aquellas pequeñas asociaciones conservacionistas locales recientemente surgidas a raíz del problema generado en torno a los proyectos de parques eólicos marinos (y que aún, por tanto, no cumplan con el requisito de llevar a cabo un mínimo de 2 años constituidas que establece el artículo 5.1.g) de la Ley de evaluación ambiental, remitiéndose a la Ley 27/2006 -por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente-).

Asimismo, la ordenación espacial del medio marino brinda una oportunidad para la participación en el proceso de los distintos stakeholders, interesados y actores que pueden verse afectados por la planificación de parques eólicos marinos. En este sentido, la Directiva 2014/89/EU señala en su artículo 9 que “Los Estados miembros establecerán los medios para hacer posible la participación pública informando a todas las partes interesadas y consultando a los grupos de interés y autoridades pertinentes, así como al público afectado, desde las fases iniciales de la elaboración de los planes de ordenación marítima”.

IV. CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA

Desde su aprobación, el Real Decreto 1028/2007- por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial- ha estado sujeto a diversas críticas doctrinales, tanto en relación con la complejidad y extensa duración del proceso que regula, como con el escaso grado de participación en el procedimiento que confiere a las comunidades autónomas costeras afectadas por la instalación de los parques eólicos marinos.

En este último aspecto, conviene destacar el conflicto positivo de competencias planteado en 2007 por la Xunta de Galicia contra el mencionado reglamento, solicitando su anulación por considerar vul-

neradas sus competencias Autonómicas. En este sentido, la Xunta, defendiendo la idea de que el mar territorial forma parte del territorio autonómico, afirma su competencia sobre la regulación del procedimiento y la autorización de las instalaciones de generación de energía ubicadas en el mar territorial en base a los artículos 149.1.22 de la Constitución Española y del artículo 27.13 de su Estatuto de Autonomía (que atribuye a la Comunidad Autónoma competencias en materia de “instalaciones de producción, distribución y transporte de energía eléctrica cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o Comunidad Autónoma”). Asimismo, en todo caso, y, subsidiariamente, la Xunta de Galicia considera vulnerado el principio de cooperación, destacando la escasa intervención que el Real Decreto 1028/2007 prevé para las Comunidades Autónomas costeras afectadas a lo largo del procedimiento de autorización, pese a las diversas competencias autonómicas que se proyectan en el mar territorial (como, por ejemplo, en materia de marisqueo y acuicultura).

Finalmente, tras referenciar los artículos 143 y 137 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional desestimó el conflicto positivo de competencias entendiendo que el mar territorial no forma parte del ámbito territorial de las Comunidades Autónomas (que únicamente se extiende al ámbito de los municipios que la integran), y que, por tanto, al no estar situadas en territorio autonómico las instalaciones generadoras de energía renovable ubicadas en el mar territorial, la comunidad autónoma recurrente no ostenta competencias sobre las mismas (FJ3 Sentencia 3/2014 de 16 de enero de 2014 del Tribunal Constitucional). En conexión con este punto, tanto la Ley del Sector Eléctrico (artículo 3.13 c)) como el Real Decreto 413/2014 (artículo 35.1.a) iii)) resaltan expresamente la competencia de la Administración General del Estado sobre la autorización de las instalaciones energéticas ubicadas en el mar territorial. Por otro lado, la citada sentencia tampoco consideró violado el Principio de

cooperación, -que ha de ser respetado por el Estado en el ejercicio de sus competencias cuando estas recaigan en el mismo espacio físico donde concurren otras competencias autonómicas: en este caso el mar territorial-, al considerar que el Real Decreto 1028/2007 otorga un suficiente grado de participación a las Comunidades Autónomas en las distintas fases del procedimiento a través del uso de diferentes fórmulas, destacando el alto tribunal la celebración de consultas en la fase de caracterización del área eólica marina y la inclusión de un representante de la comunidad autónoma afectada dentro del órgano colegiado encargado de la selección del promotor tras el proceso de concurrencia (FJ 4).

V. LA PLANIFICACIÓN ESPACIAL MARINA COMO HERRAMIENTA PARA SOLUCIONAR GRAN PARTE DE ESTOS CONFLICTOS

En un escenario de constante expansión y crecimiento de los usos proyectados el mar, la tradicional gestión sectorial compartimentada de las distintas actividades desarrolladas en el medio marino ha quedado obsoleta. Las interconexiones existentes entre éstas, la necesidad de considerar los efectos sinérgicos y cumulativos derivados de las mismas, así como de evitar su solapamiento, aconsejan una gestión holística e integrada de todas ellas que reúna e involucre a todos los actores y autoridades conectadas con los diferentes sectores e intereses que se proyectan sobre el medio ambiente marino. En efecto, la obligación de los Estados Miembros de elaborar planes de ordenación espacial del medio marino con anterioridad al 31 de marzo de 2021 donde fijen las diferentes actividades y usos presentes y potenciales desarrollados en el mar (artículo 15.3 Directiva 2014/89/EU) constituye una oportunidad para minimizar los choques de las energías renovables marinas con otros usos e intereses proyectados en el medio marino, considerar eficazmente las interacciones y los diferentes efectos cumulativos con otras actividades, racionalizar el

procedimiento de autorización y aportar una mayor certeza para los promotores mediante la preselección de aquellas ubicaciones específicas donde el potencial eólico marino es mayor y los conflictos con otras actividades e intereses son menores.

Por otro lado, tras criticar el escaso grado de participación que contempla el Real Decreto 1028/2007 para las Comunidades Autónomas costeras en el procedimiento de autorización para la instalación de parques eólicos marinos, un sector de la doctrina encuentra en la Directiva de 2014/89/EU una oportunidad para conferirles un papel más relevante en la ordenación espacial del espacio marino y, con ello, en la planificación de los parques eólicos marinos. Ello se desprende de las constantes referencias que la Directiva realiza a lo largo de su articulado en torno a la necesidad de considerar “las interacciones entre tierra y mar” en la elaboración de los planes,³ así como de la lista ejemplificativa de usos a considerar en los planes de ordenación espacial del medio marino que establece su artículo 8, dentro de la que se señalan diversas actividades –que pueden verse afectadas por la instalación de parques eólicos marinos– cuya competencia han asumido las comunidades autónomas costeras en sus respectivos estatutos de autonomía (ej. pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura –art 148.1.11º de la Constitución Española–; protección de la biodiversidad marina “cuando exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección” –art 6.4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad–...).

Pese a ello, entendiendo el protagonismo que atribuye el Real Decreto 363/2017 al Estado y, en especial al Ministerio de Transición Ecológica en el procedimiento de elaboración de los planes de

³ En efecto, durante el proceso de elaboración de los planes de ordenación espacial del medio marino deben tenerse en cuenta los planes de ordenación del litoral, elaborados por las Comunidades Autónomas costeras sobre la base de sus competencias en materia de ordenación del territorio desarrolladas en base a sus respectivos estatutos de autonomía y al artículo 148.1 3º de la Constitución Española.

ordenación espacial del medio marino (dadas las variadas competencias conexas que desarrolla en el mar, como por ejemplo, en relación con la creación de las estrategias marinas y la protección del medio ambiente marino), consideramos que sería deseable –en aras de una aplicación efectiva del principio de cooperación– incrementar la participación que contempla para las comunidades autónomas costeras en el mismo, que prácticamente se reduce a un trámite de consultas de las propuestas de los planes de ordenación (elaboradas por el Ministerio de Transición Ecológica –en concreto, por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar–) previo a su posterior aprobación por el Consejo de Ministros.

VI. CONCLUSIONES:

Tanto el largo y dilatado procedimiento de autorización regulado principalmente por el Real Decreto 1028/2007 como la falta de confianza de los inversores en energías renovables hacia el régimen retributivo actual sobre la base de la inseguridad jurídica acaecida tras los sucesivos y, en cierto modo, impredecibles, cambios normativos acaecidos entre el año 2010 y el año 2013 han desincentivado la expansión de los parques eólicos marinos en aguas jurisdiccionales españolas. A ello se suma la fuerte oposición social frente a estos proyectos desde el inicio y la posibilidad de choques con otros usos e intereses proyectados sobre el medio ambiente marino. La futura elaboración de planes de ordenación espacial del medio marino sobre la base de la reciente Directiva 2014/89/EU–transpuesta al derecho interno español mediante el Real Decreto 363/2017– puede ayudar a reducir gran parte de los choques y conflictos anteriormente reportados, así como a racionalizar el procedimiento de autorización para la instalación de parques eólicos marinos y otorgar una mayor certeza a promotores e inversores. Sin embargo, en aras de una aplicación efectiva del principio de cooperación, es recomendable otorgar un mayor protago-

nismo a las Comunidades Autónomas costeras en la elaboración de los planes de ordenación espacial del medio marino y, por ende, en la planificación de los parques eólicos marinos.

VII. LISTA DE REFERENCIAS

- Alenza García, J.F., 2016. Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]. *Actualidad Jurídica Ambiental* 3–22.
- Arana Knirsch, S., González García., 2016. Recientes pronunciamientos jurisprudenciales en materia de energías renovables, cogeneración y residuos con motivo de recursos interpuestos frente al Real Decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. *Cuadernos de energía* 87–92.
- Díaz Lagares, V., 2016. Los retos de la energía eólica marina en España: el papel de las C.C.A.A. y la ordenación de los espacios marinos ante la Directiva 2014/89/UE.
- López Sako, M.J., 2008. Regulación y autorización de los parques eólicos, 1. ed. ed, Monografías. Thomson/Civitas, Cizur Menor, Navarra.
- Menéndez, A., 2016. La Ordenación del espacio marítimo, in: *Estudios Jurídicos Sobre El Litoral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 23–54.
- Nogueira, A., 2016. La participación en la evaluación de impacto ambiental: dogma y realidad, en: *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. Marcial Pons, Madrid, pp. 117–156
- Sanz Larruga, J., 2018. La nueva ordenación del espacio marítimo: análisis del Real Decreto 363/2017, de 8 de abril. *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*.

- Sanz Larruga, J., 2014. La energía eólica marina en el marco de la ordenación de los espacios marinos, in: Alenza García, J.F. (Ed.), La regulación de las energías renovables ante el cambio climático. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 387–425.
- Soro Mateo, B., 2011. La autorización de parques eólicos marinos en España. *Revista Catalana de Dret Ambiental* 2, 1–43
- Young, M., 2015. Building the Blue Economy: The Role of Marine Spatial Planning in Facilitating Offshore Renewable Energy Development. *The International Journal of Marine and Coastal Law* 30, 148–174.

CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA Y SISTEMAS DE GESTIÓN AMBIENTAL EN ESPAÑA

BEATRIZ GÓMEZ FARIÑAS¹

I. LA INCLUSIÓN DE ASPECTOS MEDIOAMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública, tradicionalmente orientada a la adquisición por parte de los entes del sector público de los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus funciones al menor coste posible, ha sufrido una importante transformación en los últimos tiempos. Lejos quedó la vetusta concepción de las compras públicas como una mera forma de abastecimiento que responde únicamente a parámetros de eficiencia. Antes bien, la contratación pública ha de ser entendida como una potente herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos que les permite satisfacer, de forma indirecta y complementaria, otros fines o políticas públicas. Como bien recuerda GIMENO FELIÚ, la contratación pública puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales y de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos.

La incorporación de estas «políticas secundarias u horizontales» nos acerca a una visión estratégica o instrumental de la contratación pública que, orientada hacia una mayor satisfacción del interés general, goza de la entidad suficiente para encauzar el comportamiento de los operadores económicos hacia modelos empresariales más sostenibles y socialmente responsables. La creciente preocupación de los ciudadanos por la conservación y aprovechamiento de los recursos naturales demanda que los poderes públicos asuman un papel activo en la protección del nuestro entorno. La Comisión Europea ha puesto

¹ Investigadora FPU de Derecho Administrativo, Universidad de Vigo.

el acento sobre esta cuestión en su *Comunicación Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, que identifica la promoción de una economía más verde y competitiva como uno de los objetivos prioritarios de las políticas comunitarias.

La oportunidad de avanzar hacia una contratación pública respetuosa con el medio ambiente ha sido bien recibida en el ámbito europeo, tal y como demuestra la progresiva inclusión de referencias a aspectos medioambientales en las Directivas sobre contratación pública y la publicación de distintos documentos de *soft-law* llamando la atención a este respecto. En particular, esta pretensión ya había encontrado un hueco evidente en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, que preveían la incorporación de aspectos de índole ambiental a lo largo de las distintas fases del procedimiento de adjudicación. Por su parte, las Directivas del año 2014 avanzan en esa misma dirección, si bien introducen algunas aclaraciones y precisiones sobre el modo en que los órganos de contratación pueden contribuir a la protección del medio ambiente y fomentar un desarrollo sostenible a la vez que garantizan el principio de eficiencia del gasto público.

En el ámbito del Derecho interno, el legislador ha aprovechado la reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) para apostar con firmeza por una contratación estratégica. En este sentido, su artículo 3.1 prescribe la incorporación transversal y preceptiva de criterios medioambientales en toda la contratación pública, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Uno de los momentos en que es posible integrar este tipo de criterios es la fase de selección del contratista y a ella nos referiremos en las páginas que siguen,

prestando especial atención a la posibilidad prevista por la legislación de contratos públicos de exigir a los candidatos la adopción de un sistema de gestión ambiental.

II. LA EXIGENCIA DE UN SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL COMO REQUISITO DE SOLVENCIA TÉCNICA

Tradicionalmente la normativa en materia de contratos públicos ha venido exigiendo que las personas que deseen contratar con el sector público demuestren que cuentan con la aptitud suficiente para llevar el contrato a buen término. En este sentido, el artículo 74.1 de la LCSP dispone que los empresarios que pretendan contratar con el sector público deben acreditar que reúnen las condiciones mínimas de solvencia, tanto económica y financiera como técnica o profesional, que hayan sido determinadas por el órgano de contratación. Desde la óptica de la protección del medio ambiente, interesa prestar atención a la solvencia técnica o profesional, que permitirá determinar si el operador económico en cuestión goza de la aptitud ambiental suficiente para ejecutar el contrato de forma sostenible e integradora. Existen determinados contratos públicos que, con ocasión de su potencial impacto negativo sobre el medio ambiente, requieren de una destreza o habilidad específica en materia medioambiental, como pueden ser los contratos de gestión de residuos o servicios de transportes. Pues bien, en estos casos el órgano de contratación podrá exigir a los candidatos una serie de conocimientos técnicos que permitan demostrar su solvencia.

La Directiva 2014/24 reconoce a los órganos de contratación la posibilidad de exigir a los operadores económicos que apliquen una serie de medidas o sistemas de gestión ambiental durante la ejecución de un contrato público, con el objetivo de garantizar que el eventual contratista de la Administración cuente con la aptitud necesaria para desarrollar dicho contrato de forma eficiente y con

absoluto respeto al medio ambiente. Un sistema de gestión ambiental es un conjunto de procesos y actividades desarrolladas por una organización con el fin de identificar y controlar las eventuales repercusiones que su actividad tiene sobre el medio ambiente, tratando de reducir tal impacto a su mínima expresión de una forma organizada. Se trata de una herramienta de carácter voluntario y confeccionada a medida para adaptarse a las peculiaridades de cada organización, de ahí que sea susceptible de presentar variaciones de una empresa a otra en función del ámbito y alcance de su actividad. El hecho de que un candidato disponga de un sistema de esta índole puede considerarse, cuanto menos, como una buena prueba de que es plenamente conocedor de la legislación medioambiental aplicable y consciente de sus obligaciones en esta materia.

La facultad de requerir este tipo de medidas de gestión en el seno de una licitación pública ya se encontraba presente en la Directiva 2004/18, la cual aludía a la misma en relación con los contratos de obras y servicios y limitada a «casos adecuados». No obstante, la cuarta generación de Directivas europeas aboga por una regulación más omnicomprendensiva y plenamente coherente con los objetivos marcados por la Estrategia Europa 2020. Así, la Directiva 2014/24 incluye entre los medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos a que se refiere el artículo 58 la “indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato”. A la vista salta que la Directiva vigente ha formulado esta previsión en unos términos significativamente más amplios que su predecesora, por cuanto extiende la posibilidad de acreditar la aptitud ambiental a través de esta vía a todos los contratos públicos –ya no solamente a los contratos de obras y servicios– y a todo tipo de supuestos, apostando así por un uso más generalizado de los criterios medioambientales a la hora de valorar la solvencia técnica de los operadores económicos.

La nueva regulación española en materia de contratos públicos no ha seguido esta tendencia expansiva, sino que de hecho mantiene las limitaciones contenidas en la Directiva 2004/18. En este sentido, el artículo 88.1.d) de la LCSP establece que en los contratos de obras la solvencia técnica podrá acreditarse en los «casos adecuados» mediante la “indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato”. En los mismos términos se pronuncia el artículo 90.1.f) respecto de los contratos de servicios. Resulta paradójico que no se haya extendido esta posibilidad a los contratos de suministro a pesar de la contundencia con que la normativa europea asevera que “los poderes adjudicadores deben poder exigir que se apliquen medidas o sistemas de gestión medioambiental durante la ejecución de un contrato público” (Considerando 88 de la Directiva 2014/24). No puede obviarse el alto potencial contaminante que determinados contratos de suministro llevan aparejado, como ocurre en el caso de la industria metalúrgica, de ahí la conveniencia de que las empresas adopten un sistema de gestión ambiental para neutralizar el impacto de su actividad sobre el medio ambiente.

En cualquier caso, la exigencia de medidas de gestión ambiental como requisito mínimo de solvencia se encuentra sujeta a una serie de limitaciones establecidas con carácter general en el artículo 74.2 de la LCSP. Estos condicionantes tienen por objeto limitar la discrecionalidad de los órganos de contratación a la hora de incorporar aspectos medioambientales en los contratos públicos e instarlos a actuar con coherencia para evitar la conculcación de los principios nucleares de la contratación pública, especialmente los de competencia y no discriminación. Se concretan en los siguientes:

- a) Obligación de publicidad y transparencia: Los requisitos de solvencia que debe reunir el empresario y la documentación requerida para acreditarlos han de indicarse en el anuncio

de licitación y especificarse de forma detallada en los pliegos del contrato. Este deber de publicidad adquiere una especial relevancia en el caso de las medidas de gestión ambiental, por cuanto la implantación de este tipo de sistemas entraña cierta complejidad y no se encuentra al alcance de cualquier organización. El conocimiento por parte de los operadores económicos de la exigencia de que cuenten con la capacidad necesaria para aplicar este tipo de medidas en la ejecución del contrato será sin duda determinante para incentivarles o no a participar en la licitación.

- b) Vinculación al objeto del contrato: La vinculación de los criterios de solvencia medioambientales al objeto del contrato es la limitación más relevante en relación con la inclusión de este tipo de políticas horizontales en el seno de la contratación pública. Las medidas de gestión ambiental únicamente pueden exigirse en contratos con especiales repercusiones sobre el medio ambiente y que requieran, por tanto, de la adopción de determinadas acciones de protección. De no existir esta vinculación al objeto del contrato, se estarían vulnerando los principios más esenciales de la contratación pública e introduciendo obstáculos artificiales a la competencia entre licitadores. A modo de ejemplo, la acreditación de este tipo de solvencia podría ser requerida si el contrato tuviese por objeto el “servicio integral de conservación, limpieza y mantenimiento de zonas verdes, espacios verdes de propiedad pública, arbolado vario público y asimilables”; la “formación, promoción, dinamización y divulgación ambiental”; o la “conservación de zonas verdes y arbolado”.
- c) Cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad: Las medidas de gestión ambiental que vayan a aplicarse durante la ejecución del contrato deben ser proporcionales a la complejidad técnica del mismo y a

su dimensión económica. Así, un contrato de escasa cuantía y poco impacto sobre el medio ambiente puede no ser un caso apropiado para imponer tales requisitos. A su vez, estos requisitos de aptitud ambiental deben ceñirse al ámbito y duración de ese contrato. El carácter excluyente de la fase de selección del contratista hace que sea especialmente importante proceder a una ajustada concreción de las medidas de gestión requeridas a la hora de ejecutar el contrato, de tal forma que no se produzca una restricción indebida de la competencia.

Llegados a este punto, surge el interrogante de cómo ha de acreditarse el cumplimiento de este requisito de aptitud ambiental. El artículo 62 de la Directiva 2014/24 permite a los órganos de contratación solicitar a los operadores económicos que acrediten el cumplimiento de determinados sistemas o normas de gestión ambiental mediante la presentación de certificados expedidos por organismos independientes. En estos casos, harán referencia al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), así como a otros sistemas o normas de gestión ambiental basadas en las normas europeas o internacionales pertinentes de organismos acreditados. Pero la Directiva va más allá e incorpora el mandato de que los órganos contratantes reconozcan tanto los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en otros Estados miembros como otras pruebas de medidas equivalentes de gestión ambiental presentadas por el licitador. Esta previsión se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, con un tenor prácticamente similar al de la Directiva, en el artículo 94 de la LCSP.

En la práctica los órganos de contratación no pueden exigir a los candidatos que dispongan de un certificado emitido de acuerdo con un sistema de gestión ambiental específico, ya sea de carácter público o privado, ni siquiera de un «certificado equivalente». La implantación

de estos sistemas no supone *per se* su certificación, por lo que un requerimiento de este tipo supondría un obstáculo innecesario a la libre concurrencia de licitadores y, en consecuencia, entraría en contradicción con el principio de proporcionalidad. La salvaguarda de los principios rectores de la contratación pública determina que los operadores económicos puedan acreditar por cualquier otro medio la adopción de «medidas equivalentes» en materia de gestión ambiental, entendiendo como tales aquellas que garanticen el mismo nivel de protección medioambiental que las medidas exigidas a estos efectos. Estos medios de prueba alternativos podrían concretarse, por ejemplo, en la descripción de las medidas de gestión ambiental ejecutadas y/o en la presentación de los documentos del sistema (política ambiental, instrucciones de trabajo y procedimientos). En cualquier caso, es preciso puntualizar que no puede solicitarse al licitador el cumplimiento íntegro de todos los aspectos cubiertos por el sistema de gestión, sino solamente de aquellos que resulten coincidentes con el objeto del contrato.

III. ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL FUTURO

En los últimos años la contratación pública ha dejado de ser percibida como un fin en sí mismo para convertirse en una potente herramienta capaz de promover un uso más respetuoso y eficiente de los recursos naturales, hasta el punto de condicionar la participación de los operadores económicos en el procedimiento de contratación al cumplimiento de una cierta aptitud en materia ambiental. La integración de cuestiones de índole ambiental en este sector se ha visto fortalecida con la aprobación de la nueva LCSP y augura un importante avance hacia un modelo de compras públicas más sensible con las necesidades de la sociedad.

En este contexto, es necesario que las entidades contratantes diseñen estrategias de contratación claras que les permitan aprove-

char en plenitud las posibilidades que ahora les ofrece la legislación en materia de contratos públicos. La posibilidad de exigir a los operadores económicos la implantación de un sistema de gestión ambiental no solamente permite reducir los costes ambientales inherentes a la ejecución del contrato a su mínima expresión, sino que al mismo tiempo canaliza el comportamiento del sector empresarial hacia estrategias de negocio más sostenibles. Con todo, para que esta condición de solvencia goce de virtualidad práctica es necesario que el esfuerzo realizado por los participantes en el proceso de contratación vaya acompañado de una regulación más posibilista y acorde con el espíritu del Derecho europeo.

Finalmente, es preciso recordar que esta posibilidad ha de ser ejercida con absoluto respeto hacia los principios rectores de la contratación pública. El principio de proporcionalidad desempeña un papel esencial en relación con la exigencia de certificados de gestión ambiental y demanda que los órganos de contratación actúen con cierta cautela, de modo que no se cause un perjuicio excesivo a los licitadores ni se produzca una restricción injustificada de la competencia. Una adecuada conciliación de las distintas políticas públicas que confluyen en este sector deriva, a la postre, en una mayor satisfacción del interés general.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, Sue; "Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy", *Journal of Public Procurement*, vol. 10, núm. 2, 2010, pp. 149-186.
- ARROWSMITH, Sue; *Public Procurement Regulation: an introduction*, University of Nottingham, Nottingham, 2010.
- BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa; *Guía Práctica. Criterios sociales y medioambientales en la contratación pública*, Federación de Municipios y Provincias Castilla-La Mancha, 2010.

- DÍEZ SASTRE, Silvia; “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2017, págs. 193-217.
- DRAGOS, Dacian C.; Neamtu, Bogdana; “Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects”, en *Modernising public procurement: the new Directive* (Francois Lichere; Roberto Caranta; Steen Treumer), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, págs. 301-335.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael; “Los retos ambientales de las nuevas directivas: la contratación pública como herramienta”, en *Nueva contratación pública: Mercado y Medio Ambiente* (Dir. Martín María Razquin Lizarraga; José Francisco Alenza García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 77-126.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel; “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Revista Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, 2017, págs. 92-113.
- GIMENO FELIÚ, José María; *El Nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa; “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Dir. José María Gimeno Feliú), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 43-101.
- PERNAS GARCÍA, Juan José; *Contratación Pública Verde, La Ley, Madrid, 2011*.
- PERNAS GARCÍA, Juan José; “Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas”, en *Observatorio de Políticas Ambientales 2013* (Dir. Fernando López Ramón), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 357-374.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; “La contratación del sector público como política pública”, en *Contratación Pública Estratégica* (Dir. Juan José Pernas García), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 31-44.
- SEMPLE, Abby; “The Link to the Subject-Matter: A Glass Ceiling for Sustainable Public Contracts?”, en *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder* (Dir. Beate Sjøfjell; Anja Wiesbrock), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, págs. 50-74.
- TREPTE, Peter; *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, 2011, págs. 16-24.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; “Un paso de gigante hacia una contratación pública ambientalmente sostenible: La obligación de comprar vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, págs. 48-57.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia; Gómez Fariñas, Beatriz; “Criterios de solvencia y exigibilidad de certificados de gestión ambiental”, en *Compra Pública Verde* (Dir. Ximena Lazo Vitoria), Atelier, Barcelona, 2018, págs. 79-101.

UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES FRENTE AL INTERÉS DEL MENOR.

XOSÉ MANUEL PACHO BLANCO

I. LOS DERECHOS DE LOS MENORES COMO CONQUISTA

Los Derechos humanos son derechos históricos que nacen con la modernidad y con una nueva forma de comprender al ser humano, con una nueva perspectiva de sus relaciones con el poder y el Estado (señala Bobbio que los Derechos humanos derivan de un cambio radical de perspectiva, característico de la formación del Estado moderno (BOBBIO 1991: 16).

Sin embargo, los derechos que comenzaron siendo precisamente el núcleo básico de los Derechos humanos, se les siguieron negando a los niños (PRIETO SANCHÍS 1983: 186).

La situación de los menores y de sus derechos y su condición ha sido objeto de debate y discusión a lo largo de los últimos años, y, si bien se ha avanzado, debemos reconocer que queda mucho por hacer, tanto en nuestro entorno como a nivel mundial hasta el punto de que su trágica situación en algunos lugares ha sido bien expresada por Garzón Valdés (Garzón Valdés 1994: 733). No deberíamos olvidar que es el reconocimiento y la protección de los Derechos humanos lo que, como ha señalado Bobbio, está en la base de las Constituciones democráticas modernas (BOBBIO 1991: 14), y es este hecho el que dota de sentido a nuestras sociedades. Y el proceso democratizador del sistema internacional, que es el ideal de la paz perpetua kantiana, no puede avanzar sin una extensión gradual del reconocimiento y protección de los Derechos humanos por encima de los Estados, puesto que, como el propio Bobbio señalara, Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin Derechos humanos reconocidos y protegidos no hay de-

mocracia, y sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos (BOBBIO 1991: 14).

Aunque el camino que se ha emprendido desde la modernidad parte del individuo y conduce al reconocimiento de sus derechos, para los menores, como ha apuntado Garzón Valdés, debemos considerar no solo la perspectiva de los derechos sino también la de los deberes (GARZÓN VALDÉS 1994: 742); en definitiva, su protección.

Y si observamos con perspectiva histórica, la sociedad ha reaccionado con retraso y muy lentamente frente a toda una serie de situaciones que desvaloran y minimizan la figura del menor (MALUQUER DE MOTES 1998: 153), y es el Derecho el instrumento idóneo para conseguir su protección (CAMPOY CERVERA 2000: 807). No obstante, somos conscientes de que el lenguaje de los Derechos es en ocasiones ambiguo, poco riguroso, de que a menudo es usado retóricamente y de que solo se hacen reales cuando son reconocidos por las Asambleas Internacionales y los Congresos de los distintos Estados (BOBBIO 1991: 19-21).

Ha sido el XX el siglo en el que se ha tomado conciencia del problema de los menores (GÓMEZ ISA 2000: 217), lo que nos ha llevado a asumir la realización de una prevención eficaz, mediante la existencia de leyes, políticas y programas para luchar contra las situaciones que sufren los menores (VIOLA DEMESTRE 1998: 45). La consolidación de los derechos de la infancia y de la adolescencia se ha producido de manera progresiva, pero no pacífica (BERNUZ BENEITEZ 2000: 296). Sin embargo, el aspecto esencial es que son considerados seres indefensos (CAMPOY CERVERA 2007: 477) y que estos, los niños, son equiparables a otros grupos sociales oprimidos. Por lo tanto, solo desde esta conciencia se puede ir superando la discriminación (Garzón Valdés 1994: 734), así como también, por supuesto, desde el propio reconocimiento de derechos a los menores y de sus correspondientes obligaciones.

II. MODELOS TEÓRICOS DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

La situación del menor en la sociedad y su consideración como sujeto de Derecho ha estado muy condicionado por perspectivas previas o condicionamientos derivados de una u otra forma de la comprensión de la realidad. Al reconocimiento del niño como individuo le sucede la concepción de la infancia y la adolescencia como grupo social con identidad propia que exige la atribución de unos derechos específicos (BERNUZ BENEITEZ 2000: 296). Consecuencia de ello, el acento se ha puesto en la idea de promoción de los derechos de los menores más allá de la protección (REQUENA HUERTAS: 193), asumiendo, como ha mostrado Garzón Valdés, la necesidad de abordar el problema de los derechos de los niños sobre la base de los intereses de seres autónomos (GARZÓN VALDÉS 1994: 737).

Como afirma Maccormik, la presunción de que las personas son los mejores jueces de lo que para ellas es bueno no se debería ampliar automáticamente a los niños (MACCORMIK 1988:137), puesto que se debe tomar conciencia de que las grandes desemejanzas entre la dependencia de los niños y la de otros miembros sociales oprimidos sugieren no que la retórica de los derechos pueda conferir más poder a los niños (GARZÓN VALDÉS 1994: 739), SINO QUE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS SUPONGAN LA EXIGENCIA DE LA PROTECCIÓN DE SUS DERECHOS MEDIANTE RESTRICCIONES NORMATIVAS SOBRE LOS ACTOS DE OTRAS PERSONAS, POR EJEMPLO (MACCORMIK 1988:129).

Como ha señalado Garzón Valdés, al establecer la correlación entre derechos y deberes, la perspectiva de los derechos suele conducir a una versión contractualista de la justicia basada en relaciones de reciprocidad y de indiferencia (Garzón Valdés 1994: 742), y lo fundamental realmente es la existencia de deberes para con los niños, para con los menores. Señala Onora O'Neill que deberían reconocerse los siguientes deberes para con ellos (O'NEILL 1998: 461): el deber

universal de no lesionarlos o abusar de ellos; deberes universales perfectos (en ellos se especifica quién está sujeto a la obligación y quién es el destinatario de la misma); deberes universales fundamentales, en el sentido de que no derivan de ninguna otra pretensión o relación ética más básica; deberes u obligaciones imperfectas, que no tienen un correspondiente correlato en los derechos pero que, sin embargo, tienen importancia vital por lo que respecta a la calidad de vida de los niños.

Podemos colegir que la evolución de la posición menor para el Derecho ha estado siempre oscilando entre su reconocimiento como objeto de protección y la defensa del interés del menor, y el propio reconocimiento de sus derechos, como veremos a continuación.

La configuración de modelos teóricos como esquemas conceptuales del tratamiento jurídico debido a los niños se basarán, finalmente, en las consideraciones relacionadas con el reconocimiento o de derechos a los niños, o de su interés o protección por parte de terceros; una u otra perspectiva. Pero ante el problema de determinar el trato jurídico que se ha de dispensar a los niños, existen una serie de temas que constituyen diferentes perspectivas que se han de complementar, necesariamente, a fin de identificar los diferentes modelos que de forma coherente ofrecen argumentos justificadores sobre cuál ha de ser ese trato jurídico que los niños han de recibir en la sociedad. Estas perspectivas son: la concepción del niño, las relaciones entre padres e hijos, el mejor interés del niño, la formación del ciudadano a través de la educación y las consideraciones relacionadas con el reconocimiento de derechos a los niños (CAMPOY CERVERA 2000: 795).

En las reflexiones acerca del mejor interés del niño pretenden determinar lo que constituye lo mejor para el niño (CAMPOY CERVERA 2000: 10) y en ellas los criterios valorativos adquieren una enorme importancia (CAMPOY CERVERA: 796; GARZÓN VALDÉS 1994: 743). En este sentido, en cuanto a las consideraciones relacionadas

con el reconocimiento de derechos a los niños, se han identificado dos modelos teóricos que han dado respuesta a la cuestión del trato jurídico debido al niño en la sociedad: el proteccionista y el liberacionista (CAMPOY CERVERA 2000: 796). Son estas dos perspectivas las que van a determinar cómo se ha ido desarrollando y perfilando tanto en las leyes como en su aplicación práctica la situación del menor. Así, el proteccionista es un modelo en el que se reconoce al niño como titular de derechos, pero con un reconocimiento especial que lo diferencia del que se produce respecto de los adultos; y el liberacionista es un modelo en el que se propugna un mismo reconocimiento de derechos para niños y para adultos.

Ambos surgen por distintas circunstancias históricas en las que se hacía precisa la protección del menor. Con el proteccionismo el niño empieza a tener claramente un valor intrínseco, un valor propio. El niño pasa a ser valorado por la sociedad y por la familia por sí mismo (CAMPOY CERVERA 2000: 797), y en estos planteamientos la consideración del mejor interés del niño alcanza una gran relevancia. De hecho, el propio núcleo de su justificación teórica es considerar que se está actuando para la consecución del mejor interés del niño (CAMPOY CERVERA 2000: 802). Se entiende que el niño, debido a sus limitadas capacidades, no puede ejercer libremente sus derechos, por lo que se estima que se han de articular medidas paternalistas que permitan protegerlo de sí mismo.

Frente al proteccionismo, encontramos el modelo liberacionista, que considera al niño como persona, con su propia perfección física, intelectual y moral (CAMPOY CERVERA 2000: 798), y, por lo tanto, consideraba al menor como sujeto de derechos, como cualquier adulto. Si bien se debe reconocer este movimiento como espontáneo, también se debe destacar la influencia del pensamiento de Rousseau, que concibe al niño como persona con su propia perfección (ROUSSEAU 1995: 78) de ahí que no establezca diferencia alguna, en cuestión de derechos, entre niño y adulto. Así, observamos como

Rousseau concibe la educación de ese menor de forma diferente y, por lo tanto, también su propia condición (ROUSSEAU 1995: 145).

Para los liberacionistas los niños sí tienen derechos, exactamente los mismos que tienen reconocidos los adultos, y lo único que cabe hacer es articular mecanismos que ayuden a los niños a superar las deficiencias que les son propias para poder ejercer libremente sus derechos (CAMPOY CERVERA 2000: 808), resultando de ello como fundamental que los niños puedan ejercer sus derechos en plena libertad. El liberacionismo aboga, pues, por la exclusión del criterio de la edad como criterio válido para poder realizar una distinción entre grupos de personas con diferentes derechos y libertades (CAMPOY CERVERA 2013: 1272).

A pesar de lo sugerente de esta visión, como ha señalado Garzón Valdés, la tesis liberacionista desconoce u oculta la verdadera condición de la dependencia infantil y aspira a superarla recurriendo a la exigencia de la igualdad ante la ley (GARZÓN VALDÉS 1994: 735). Pero el rechazo de la tesis liberacionista no implica necesariamente abandonar el enfoque de los derechos, aunque el problema fundamental al que se enfrenta esta solución es que, finalmente, resulta poco convincente entender que el niño de cualquier edad tiene capacidad (CAMPOY CERVERA 2000: 808), como la lógica señala.

III. EL DEBATE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS MENORES

Como hemos visto, cada uno de los modelos que tratan de responder a la cuestión de cuál ha de ser el trato jurídico debido al niño viene determinado necesariamente por las perspectivas antes referidas. Al reconocer los derechos de los niños hay que partir del principio de libertad. Cualquier recorte en su libertad ha de justificarse finalmente en la libertad de terceros o en la consecución de la autonomía moral de la propia persona (CAMPOY CERVERA 2000: 809), pero lo fundamental es que se partirá de que la protección de los niños no pasa de

manera esencial por la protección de sus derechos (CAMPOY CERVERA 2007: 514; FARSON 1974: 163).

En este sentido, es necesaria que, en vez de fijar un límite de edad para que la voluntad del individuo sea considerada como jurídicamente vinculante en el ejercicio de sus derechos, el legislador establezca un límite de edad en el ejercicio de cada derecho (CAMPOY CERVERA 2000: 809).

Para Prieto Sanchís cabe hablar en dos sentidos de Derechos humanos, uno moral y otro estrictamente jurídico, entendiendo que en el jurídico sería impropio hablar de derechos de los niños (PRIETO SANCHÍS 1983: 181). En este caso también los niños se vieron directamente beneficiados con el reconocimiento y protección de esa nueva categoría de Derechos humanos (CAMPOY CERVERA 2007: 528); y esta especificación de derechos se realiza por la especial situación de indefensión en que en sus relaciones sociales se encuentran ciertos titulares de los derechos: las mujeres, los niños, las personas con discapacidad, los consumidores, etc.

Las necesidades de los niños deben ser tenidas en cuenta por la sociedad para tratar de satisfacerlas e incardinarlas en los Derechos humanos ya reconocidos (CASADO GONZÁLEZ 1998: 71). Un sector de la doctrina defiende la promoción de los derechos de los niños, anteponiendo que la interpretación del interés del menor fomenta la sustitución de un paternalismo familiar por otro de tipo estatal (RÍOS MARTÍN 1994: 475). Otros autores asocian el interés del menor con un modelo asistencial y la protección de los derechos de los menores con un modelo de justicia. Señalan que el interés del menor arrebató la posición de sujeto de derechos y su responsabilidad (ZERMATTEN 1996: 168). Desde el proteccionismo renovado hay que considerar dos ideas esenciales: que a través del Derecho se han de proteger ciertos aspectos básicos de la vida del niño, lo que podría llegar a entenderse que constituye “el interés superior del niño”; y que el niño

debe participar en la toma de decisiones que se realice en todos aquellos asuntos que le afecten (CAMPOY CERVERA 2013: 1283).

IV. LA PRÁCTICA FORENSE ESPAÑOLA Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES

Veremos a continuación algunos de los aspectos más relevantes de la práctica del Derecho en relación con los menores, sus derechos y su conocida necesidad de protección. La posición de los menores en la práctica del Derecho actual no está exenta de sufrir muchos de los problemas que padecen otros administrados, si bien ello es más grave, en tanto que la posición del menor es mucho más precaria.

En cuanto a la práctica civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce al menor capacidad para ser parte en el proceso en cuanto que sea persona física, (art. 29 y ss.), y como *nasciturus* (BERGES FANTOVA 2000: 318). En este sentido, se completará su capacidad con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor (art. 749). Pero en la dinámica de los Tribunales, son pasadas por alto de forma excepcional, más por descuido que por desconocimiento, como ha ocurrido en cuestiones de preferentes y subordinadas en las que, aun siendo parte menores, el Ministerio Fiscal no intervino.

Existe un claro interés de protección: se limita la publicidad de las actuaciones orales y se celebran a puerta cerrada en interés del menor (art. 138 LEC), se omiten datos de menores (art. 141 LEC), también en Edictos, salvaguardando los derechos y el interés del menor (art. 164). El primer supuesto suele producirse sin problema alguno, pero la omisión de datos de menores, incluso en la publicación de Edictos, por lo general suele pasar a un segundo plano. También existe la indisponibilidad del objeto del proceso si hay menores (art. 751). Además, el internamiento no voluntario por trastorno psíquico de menores se realizará siempre en un estableci-

miento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor (art. 763), aunque en la práctica no siempre ocurre así. En los temas de herencia se recoge la protección del menor en su representación por el Ministerio Fiscal (art. 783) y en el aseguramiento de sus bienes (art. 790 y 795), aunque, por ser un proceso singular, en ocasiones el Ministerio Fiscal no se persona.

En el procedimiento de separación y divorcio, se oirá a los hijos menores si tuviesen suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. Por su parte, en las exploraciones de menores se garantizará que el menor sea adecuadamente oído (art. 770). En lo que se refiere al ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, se prevé no más tiempo del estrictamente necesario para atender sus necesidades específicas (art. 778 bis) y se recoge la sustracción internacional de menores (art. 778 ter, quater, sexies). Respecto a los procesos matrimoniales, la exploración suele ser relevante, pero no tanto para que se ejerzan sus derechos y se sepa su decisión, sino como un criterio orientativo para el Tribunal.

Debe apuntarse también la idoneidad de los menores de catorce años para ser testigos pudiendo declarar como tales si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente (art. 361), eximiéndoseles del juramento o promesa pues, como menores de edad penal que son serían inimputables (art. 365). Pese a todo esto, por las prácticas habituales, salvo en el caso de exploración de menores de doce años no se presta demasiada atención al interés y al derecho del menor.

Finalmente, en la Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, los menores tendrán derecho a ser parte y a ser oídos en el proceso, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (art. 780). Sin embargo, en la experiencia práctica, cuando estos procesos llegan a ser impugnados judicialmente, por lo general la declaración del menor no es escuchada con el debido interés, y pesa más el equipo técnico

de la entidad administrativa que ha tomado la decisión en materia de menores.

Con todo, están mejor protegidos los derechos con la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque su práctica no siempre es la más adecuada.

En cuanto a la práctica penal, en el art. 40 de la Convención la cuestión de la administración de justicia de menores llevó a la modificación de las legislaciones en materia de delincuencia de menores (GIMÉNEZ-SALINAS 2000: 263). Inicialmente se entendió como una variante del proceso penal de adultos, en el que se otorga un especial protagonismo al fiscal y se le da un decisivo papel al equipo técnico. El Código Penal de 1995 apostaba por un sistema de Derecho penal juvenil extendido en el Derecho comparado (GIMÉNEZ-SALINAS 2000: 277) y la Ley penal de menores por primera vez da una regulación completa en materia de menores. En cuanto a las medidas que se les impone a los menores, son las siguientes: internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado; internamiento terapéutico; tratamiento ambulatorio; asistencia a un centro de día; permanencia de fin de semana; libertad vigilada; convivencia con otras familias; prestación en beneficio de la comunidad; realización de tareas socio-educativas; y amonestación, privación del permiso de conducir o de licencias de caza o armas. Todas estas posibilidades se reducen en la práctica de los Tribunales, que se mueven entre las diferentes formas de privación de libertad.

En este sentido, sería deseable que en la Justicia de menores se atendiera con especial interés al derecho del niño a ser oído, algo que para Bernuz resulta ambiguo o poco nítido (BERNUZ BENEITEZ 2000: 300), y que en la práctica parece que no tiene ninguna relevancia, puesto que, bajo el amparo del interés superior del menor, realmente el menor que está siendo procesado “se cosifica” y se convierte en una parte más de la dinámica de la justicia de menores, obviando que es su razón de ser. Cuando nos ubicamos en el ámbito

de la justicia de menores, la virtualidad de la palabra del menor se reduce considerablemente y solo se protege por ley, como garantía procesal, con carácter muy restringido (BERNUZ BENEITEZ 2000: 304).

La práctica de los juzgados de menores ofrece una luz sobre las vías que efectivamente consolidan como derecho sustantivo el derecho del niño a ser oído y materializan el derecho a su autodeterminación (BERNUZ BENEITEZ 2000: 306). La palabra del niño es representada por el abogado, los hechos reflejados en un dossier policial y sus intereses reinterpretados en el informe del equipo técnico, y, sin embargo, su práctica está bien alejada. En la práctica, en base a un mal entendido “interés superior del menor” que decide el Ministerio Fiscal, a los letrados no se les da copia de la declaración del menor, aunque son ellos los que defienden sus derechos. El principio del interés superior del niño no representa una amenaza para los derechos de la infancia, sino que supone un mecanismo para realizarlos (EEKELLAR 1994: 58) y, sin embargo, en la práctica ocurre lo contrario. Y este es un reflejo del irrelevante peso de la opinión del niño en la determinación de su interés, que está mediatizado por otro interés que no puede ser superior, pero que opera así en la práctica: el interés social para que la infracción que atenta contra las normas sociales sea castigada.

Así, la praxis se aleja de la normativa y muestra un cierto menosprecio hacia la opinión del niño, y no tener en cuenta la palabra del niño y sus opiniones convertiría el interés superior del menor en un concepto pasivo y vacío (BERNUZ BENEITEZ 2000: 309), distanciando insalvablemente la Convención de la ONU y la práctica diaria de los juzgados de menores.

Esta Ley pretende salvaguardar los Derechos, aumentar la responsabilidad con su propio castigo, trabajar en el ámbito de la educación, etc. (GIMÉNEZ-SALINAS 2000: 292), con la dificultad que ello tiene y con un resultado que entendemos que en la práctica no

se produce. De esta manera, como señala Roux, para los adultos es menos grave decir la verdad, aunque lleve el castigo, que ocultarla para defenderse (ROUX 1998: 17), en comparación con los menores infractores.

Debemos hacer referencia finalmente a la posición del menor en el proceso penal de adultos, como víctima o como testigo. En este sentido, la práctica de los Tribunales nos muestran que en demasiadas ocasiones realmente no existe respeto por sus derechos, puesto que muchas veces son interpretados por los diferentes operadores jurídicos, en especial por el Ministerio Fiscal, con poca rigurosidad, amparados de nuevo en un “interés superior del menor” mal entendido.

En cuanto a las salvaguardas legales, en ocasiones por displicencia, habitual en la práctica de los tribunales, no se cumplen, llegando a declarar menores sin esas salvaguardas, como si fuesen declaraciones de adultos, y, a veces, sin la presencia de los que ostentan la patria-potestad.

V. CONCLUSIONES

En cuanto a los Derechos humanos ha habido un gran avance y, en particular, en cuanto a los derechos de la infancia y la juventud (BERGES FANTOVA 2000: 315), y estamos profundizando en cuál ha de ser el trato jurídico que se les debe dar a los niños en nuestra sociedad, buscando la solución más adecuada a nuestros contenidos de Justicia, con la consideración de la libertad como valor preeminente, aunque conformada también por la igualdad, la solidaridad y la seguridad, y afirmando que la dignidad humana, que implica la pretensión de consecución de la autonomía moral de la persona, sea un fin para toda persona independientemente de su edad (CAMPOY CERVERA 2000: 809).

Como señala Garzón Valdés, en el caso de los niños, lo relevante para el otorgamiento de derechos no es el aspecto volitivo, sino el de la necesidad (Garzón Valdés 1994: 736). Sin embargo, ello no puede ser un pretexto para no defender y proteger sus derechos, puesto que los derechos que comenzaron siendo precisamente el núcleo básico de los Derechos humanos siguieron negándoseles a los niños (PRIETO SANCHÍS 1983: 186). Y, como ha señalado Martín-Retortillo, no se debe olvidar que la utilización del criterio de la moral como límite de la libertad siempre resulta preocupante (MARTÍN-RETORTILLO 1998: 370).

Si bien se debe aceptar la concepción no voluntarista de los derechos de los niños y que se impongan medidas paternalistas, es aconsejable avanzar un paso más y sostener que ellas constituyen el contenido de deberes cuya vigencia es independiente de la posibilidad real de los niños de hacer valer sus derechos (Garzón Valdés 1994: 738); y esas obligaciones son desarrolladas por terceros que, en una nueva forma de comprender la protección, deben hacer efectivos los derechos de los niños, considerando en la mayor medida posible la voluntad del niño (CAMPOY CERVERA 2013: 1277), algo que en la práctica no se produce.

Señalaba De Mause que la historia de la infancia es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco (DE MAUSE 1994: 15), y debemos reconocer que en los últimos años el “proteccionismo “renovado”, y con él la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha supuesto la incorporación, finalmente, de los derechos del niño al modelo de los Derechos humanos (CAMPOY CERVERA 2013: 1297). Sin embargo, debemos tratar de que en la práctica estos aspectos se desarrollen realmente.

Solo desde un adecuado desarrollo en la práctica, que en este momento en España no se da, los derechos de los niños y la idea de justicia podrán ser debidamente salvaguardados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: “Los mecanismos internacionales de control respecto de la Convención de los Derechos del Niño”, en CALVO GARCÍA, M. – FERNÁNDEZ SOLA, N.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Mira Editores, Zaragoza, 2000, pp. 61-96.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J.: “El derecho del niño a ser oído”, en CALVO GARCÍA, M. – FERNÁNDEZ SOLA, N.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Mira Editores, Zaragoza, 2000, pp. 293-312.
- BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- CAMPOY CERVERA, I.: *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III, Madrid, 2000.
- CAMPOY CERVERA, I.: “El desarrollo de un modelo de protección de los niños en el siglo XIX”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. et al. (dir.): *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III, Siglo XIX, Vol. II, Lib. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pp. 471-532.
- CAMPOY CERVERA, I.: “La progresiva incorporación de los Derechos de los niños en el modelo de los Derechos humanos”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. et al. (dir.): *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV, Siglo XX, Vol. V, Lib. II, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1219-1303.
- CASADO GONZÁLEZ, M.: “Pobreza y explotación infantil. Un análisis desde la filosofía y la sociología jurídica”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 65-72.
- COTS I MONER, J.: *La declaració universal dels drets de l'infant*, Edicions 62, Barcelona, 1979.

- DEMAUSE, L. (ed.): *Historia de la infancia*, versión española de M. D. López Martínez, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- EEKELLAR, J.: "The interest of the child and the child's wishes: the role do Dynamic Self-determinism", en ALSTON, P. (ed.): *The best interest of the child. Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- GARZÓN VALDÉS, E.: "Desde la "modesta propuesta" de J. Swift hasta las "casa de engorde". Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n.º 15-16, vol. II, Alicante, 1994, pp. 731-743.
- GERIN, G.: "La Convenzione sui Diritti del Fanciullo a dieci anni dalla firma", en CALVO GARCÍA, M. – FERNÁNDEZ SOLA, N.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Mira Editores, Zaragoza, 2000, pp. 97-116.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, E.: "La nueva Justicia de Menores a la luz de la Convención de los Derechos del Niño de 1989: un reto para el 2000", en CALVO GARCÍA, M. – FERNÁNDEZ SOLA, N.: *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, Mira Editores, Zaragoza, 2000, pp. 263-292.
- MACCORMICK, N.: "Children's rights: a test-case for theories of right", en MACCORMICK, N.: *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 154-166.
- MACCORMICK, N.: "Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos", trad. de Mercedes Carreras y A. Luis Martínez-Pujalte, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo V, Madrid, 1988.
- MALUQUER DE MOTES I BERNET, C. J.: "Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho", en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 153-163.

- MARTÍN-RETORTILLO, L.: *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. et al. (dir.): *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III, Siglo XIX, Vol. II, Lib. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- PICONTÓ NOVALES, T.: “Presupuestos y avance de los mecanismos jurídicos de protección de la infancia en el siglo XIX”, en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. et al. (dir.): *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III, Siglo XIX, Vol. II, Lib. I, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pp. 533-568.
- PRIETO SANCHÍS, L.: “Los derechos fundamentales y el menor de edad”, en *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente*, Ponencias del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo del 1 al 15 de agosto de 1983, Consejo Superior de Protección de Menores-Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.
- ROUX, J.: “La verité sort de la bouche des enfants”, en *Informations sociales*, núm. 65, Paris, 1998.
- SARMIENTO, F. M.: *La educación de la niñez y de la juventud*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2002.
- VAN BUEREN, G.: *The international law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhof Publishers, Dordrech, 1995.
- VIOLA DEMESTRE, I.: “Los derechos de los menores: evolución y perspectivas”, en VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.): *Explotación y protección jurídica de la infancia*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 43-46.
- ZERMATTEN, J.: “Les objectifs du droit pénal des mineurs”, en R.V. J., 1996, núm. 2.

**GESTIÓN DE CONFLICTOS
EN EL ESTADO DE DERECHO.**

impreso por **Lito Roda S.A. de C.V.**, calle Escondida
No. 2, Col. Volcanes, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14640,
Ciudad de México, se terminó de imprimir en el mes
de junio de 2020, con un tiraje de xx ejemplares, im-
presión tipo offset, en papel Cultural de 90 g. para los
interiores y papel couché de 300 g. para los forros.

UNAM
POSGRADO
Derecho



9 786073 032674