

ISSN: 2683-3212.



Coordinadores
Patiño Manffer Ruperto
Ríos Ruíz Alma de los Ángeles

NÚMERO 6
ENERO - JUNIO
AÑO 2022

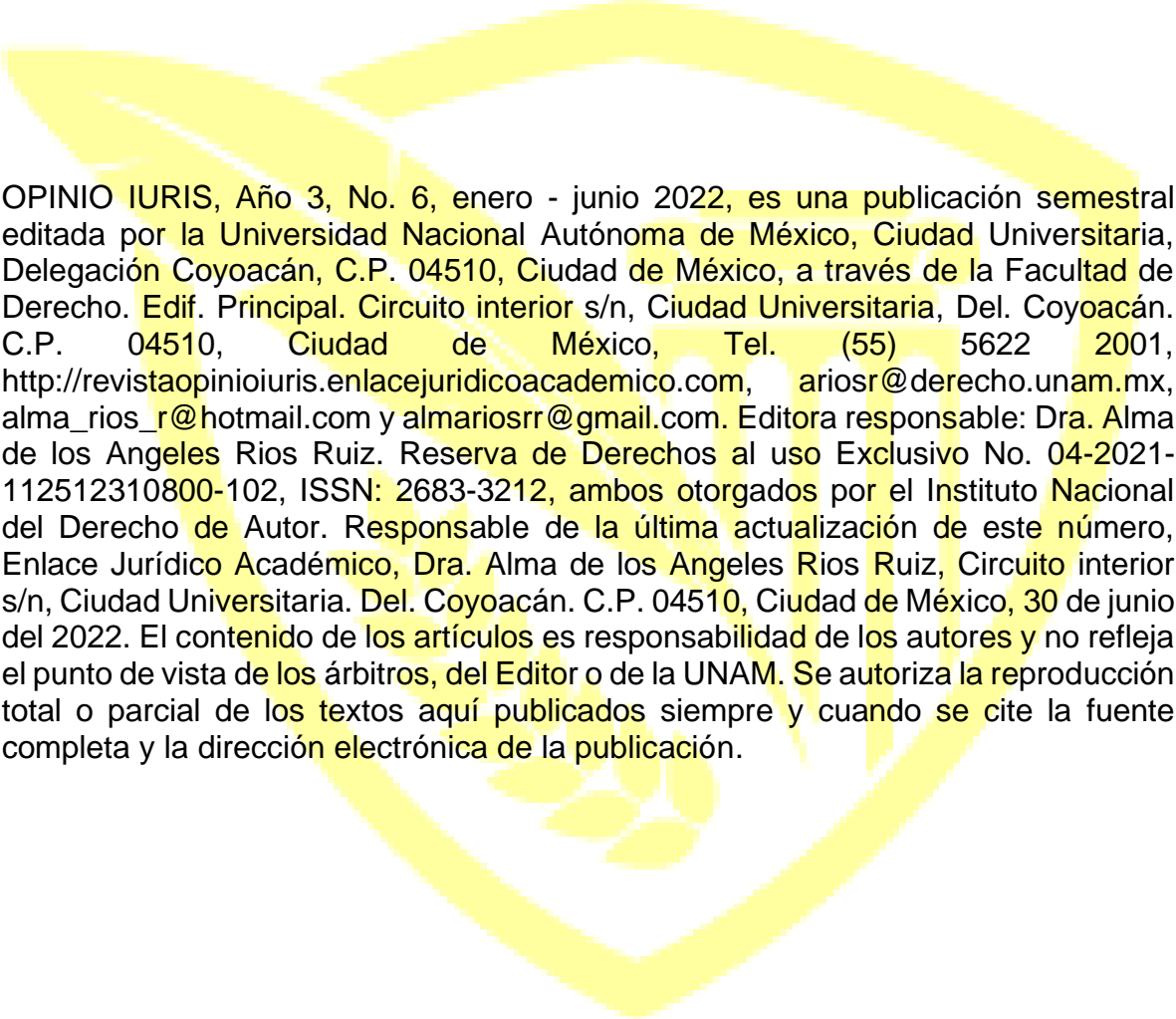
PROYECTO PAPIME
PE300922

<http://revistaopinioiuris.enlacejuridicoacademico.com/>





OPINIO IURIS



OPINIO IURIS, Año 3, No. 6, enero - junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Facultad de Derecho. Edif. Principal. Circuito interior s/n, Ciudad Universitaria, Del. Coyoacán. C.P. 04510, Ciudad de México, Tel. (55) 5622 2001, <http://revistaopinioiuris.enlacejuridicoacademico.com>, ariosr@derecho.unam.mx, alma_rios_r@hotmail.com y almariosrr@gmail.com. Editora responsable: Dra. Alma de los Angeles Rios Ruiz. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2021-112512310800-102, ISSN: 2683-3212, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Enlace Jurídico Académico, Dra. Alma de los Angeles Rios Ruiz, Circuito interior s/n, Ciudad Universitaria. Del. Coyoacán. C.P. 04510, Ciudad de México, 30 de junio del 2022. El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

TABLA DE CONTENIDOS

- 1. Retrospectiva y prospectiva de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Constitución de 1917
..... pp. 05 - 31
Cabrera León Ramón Ignacio**
- 2. La contratación pública en el nuevo tratado de libre comercio Unión Europea - México (TLCUEM)
..... pp. 32 – 70
Cancino Gómez Rodolfo**
- 3. Presupuesto participativo universitario en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas..... pp. 71 – 91
Constantino Pérez Mauricio**
- 4. Sentido actual de la procuración de justicia..... pp. 92 - 111
Fonseca Luján Roberto Carlos**

RETROSPECTIVA Y PROSPECTIVA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917.

Cabrera León Ramón Ignacio ¹

SUMARIO: *I. Introducción, II. Fundamentos de la Propiedad intelectual en México y Defectos de la Regulación Constitucional, 2.1 El Defecto del párrafo décimo del artículo 28 Constitucional, 2.2. Leyes ordinarias y Tratados internacionales que construyen el derecho de propiedad intelectual, III. Propuesta de reforma al artículo 28 Constitucional, 3.1 Necesidad de reformar el artículo 28 constitucional en congruencia con las Leyes Ordinarias y los Tratados internacionales en materia de Propiedad intelectual, 3.2 Propuesta, IV. Conclusiones, V. Fuentes selectas.*

I. INTRODUCCIÓN.

Es de explorado derecho, que los derechos de propiedad intelectual son Derechos humanos, como una derivación o especie del género propiedad.

Su fundamento constitucional es el artículo 28 de nuestra Carta Magna², el cual, en lo conducente, establece que: "...Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora".

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Maestro en Derecho Administrativo y Fiscal por la Barra Nacional de Abogados y Doctor en Derecho por la UNAM. Autor, entre otros, del libro *Propiedad intelectual, La Visión de Quien Juzgó* (2020) ex Magistrado de la Sala Especializada en Materia de Propiedad intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Socio Director de Spetsen, S.C. Correo: r.cabrera@spetsen.mx

² El estatus de Derecho del Hombre, posteriormente Garantía Individual y ahora, Derecho Humano con el que se ha protegido a la propiedad intelectual en México hasta nuestros días, se ha recogido desde cuando menos la Constitución de 1857 (art. 28); aunque la protección y potestad de explotar en exclusiva, por tiempo determinado, las obras por parte de sus autores; así como las invenciones, perfeccionamientos e introducción de novedades por parte de sus creadores, la encontramos desde la Constitución de 1824 (art. 50).

Como se observa, el citado texto constitucional resulta muy limitado en cuanto a las muchas figuras e instituciones que se han desarrollado al amparo del Derecho de la Propiedad intelectual, y que actualmente están reconocidas en diversos tratados internacionales y leyes ordinarias.

Ahora bien, los avances y retos que se presentan en los diversos ámbitos de la vida política, social y económica, y el alto valor económico que genera la economía del conocimiento y la creatividad, hacen oportuno el considerar como una necesaria y prioritaria modificación a dicha redacción constitucional, para poder contar con el debido sustento constitucional de las diversas expresiones de la propiedad intelectual y brindar así una adecuada protección a los creadores e innovadores.

Para los efectos de este estudio, consideraremos que la Propiedad intelectual, en tanto género, tiene tres grandes especies en nuestro sistema jurídico.

- El Derecho de Autor
- El Derecho de la Propiedad Industrial
- El Derecho de los Obtentores de Variedades Vegetales.

Inclusive, un aspecto que viene a reforzar la idea central que alienta el presente estudio, es la propia necesidad de haber reformado y actualizado el contenido normativo de las disposiciones relativas a la Propiedad intelectual contenida en los últimos tratados internacionales en materia de libre comercio que ha suscrito nuestro país, incluido el Tratado de México, Estados Unidos y Canadá, e inclusive las últimas modificaciones a la legislación nacional en la materia de julio de 2020.

Recordemos que en el caso particular de México, la materia de Propiedad intelectual cobró bríos y tomó un papel preponderante en la vigencia de nuestro sistema jurídico a partir de la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en el año de 1994, cuando en su contexto, se reformaron las leyes de Derechos de Autor y de Propiedad Industrial, y se expidió la ley en materia

de derechos de obtentores de variedades vegetales, y se crearon el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial -IMPI-, se fortaleció a la entonces Dirección General del Derecho de Autor de la Secretaría de Educación Pública -hoy INDAUTOR de la Secretaría de Cultura- y el Servicio Nacional de Inspección y Certificación de Semillas -SNICS- de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, fundamento y pilares del sistema mexicano de la Propiedad Industrial.

Con las últimas reformas derivadas de los más recientes tratados internacionales -T-MEC incluido-, se reforzaron y se ampliaron los mecanismos de tutela y protección de la Propiedad intelectual y se incluyeron, como elementos de nuestro sistema jurídico, a las nuevas generaciones de figuras en la materia marcaria, se le dio sustento a nuevos aspectos patentables y se actualizaron los nuevos escenarios en los que se desarrolla el uso y explotación de los elementos de la Propiedad intelectual, como lo es el mundo digital, sobre todo en materia de Derechos de Autor.

De esa modernización al marco general de los compromisos internacionales de México, se derivaron las modificaciones a la legislación en la materia tanto de 2018, como de 2020.

Mención aparte, merece la especialización jurisdiccional que se ha adoptado en nuestro país, al crear, a partir del año de 2009, la Sala Especializada en Materia de Propiedad intelectual -SEPI- del ahora Tribunal Federal de Justicia Administrativa -TFJA-.

Cabe traer a cuenta, el hecho de que la SEPI es la autoridad jurisdiccional administrativa que a nivel nacional conoce de las resoluciones que, en materia de propiedad intelectual, dictan las autoridades administrativas federales, tanto en los procedimientos de registro como en los procedimientos contenciosos administrativos de infracciones, y en los recientemente incorporados

procedimientos de indemnización que se agregaron a la competencia administrativa del IMPI.

Otro de los temas pendientes para ser abordados y resueltos en la materia de propiedad intelectual, es la especialización de los juzgados y tribunales del Poder judicial de la Federación para alcanzar a cerrar la pinza del sistema; sin embargo, ese punto desborda los alcances pretendidos en el presente estudio.

II. FUNDAMENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN MÉXICO Y DEFECTOS DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL.

2.1 El Defecto del párrafo décimo del artículo 28 constitucional.

Formular una prospectiva de los derechos de propiedad intelectual en México, de cara a nuevos retos, requiere un ejercicio retrospectivo e introspectivo de la protección y reconocimiento constitucional de dichos derechos.

Nuestra Constitución ya centenaria se originó en el contexto posrevolucionario, de manera que las aspiraciones que le dieron origen, fundamentalmente de independencia económica del país y de justicia social, han progresado de entonces a la fecha de manera muy importante.

Por lo tanto, las necesidades y aspiraciones del México actual son ya distintas en razón de la propia dinámica social y el actual modelo de concepción, de reconocimiento (y no de otorgamiento), de los derechos humanos a partir de las reformas constitucionales de 2011, que implicaron que los Tratados Internacionales que reconocen derechos humanos y que han sido suscritos por nuestro país, ya forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

Ante este panorama, en términos generales, lo que ahora debe buscarse es el aseguramiento del acceso pleno a los derechos fundamentales consignados en el

referido bloque constitucional por todos los sujetos que se encuentren en los supuestos de tutela de los mismos.

Dentro de esos derechos humanos se ubican los derechos de propiedad intelectual reconocidos en nuestro artículo 28 constitucional, así como en diversos Tratados Internacionales.

Los derechos de propiedad intelectual están concebidos como una limitación a otro derecho: el de libre competencia, en tanto dicho artículo 28 prohíbe los monopolios, considerando que impiden el ejercicio de la libre competencia, que incluso ha sido considerada un derecho humano por algunos tratadistas³, y que además, está basada en otro derecho humano: la libertad de trabajo; frente a lo cual el precepto constitucional establece la excepción para aquellos privilegios otorgados a algunos titulares de derechos de propiedad intelectual.

En su redacción original, la Constitución de 1917, establecía que no se consideraban monopolios: “los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la reproducción de sus obras y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos se otorgan a los inventores y perfeccionadores de mejoras.”⁴ Ampliando con ello, los privilegios por tiempo determinado que la Constitución de 1857 confería, en su artículo 28, sólo a los “inventores o perfeccionadores de alguna mejora”, a los autores o artistas.

³ Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo et.al (Coordinadores), *Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Internacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación- UNAM- Konrad Adenauer Stiftung Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013, t.I., p. 741.

⁴ *Las Constituciones de México*. 2ª Ed.; México, H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales, 1991. p. 246.

A partir de entonces, el artículo 28 de la Constitución de 1917 ha tenido diversas reformas y modificaciones⁵, siendo la única relevante para el tema que nos ocupa la de 3 de febrero de 1983, que únicamente modificó la redacción del artículo 28, en el párrafo relativo a los derechos de propiedad intelectual, para quedar: “Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.”⁶

Es decir, dicha modificación sólo consistió en sustituir la palabra “reproducción”, de la anterior redacción, por “producción” referente a las obras de los autores y artistas, lo que resulta más exacto, pues los autores y artistas realizan sus obras y la reproducción de las mismas en un acto posterior, siendo que lo primero está vinculado a los derechos morales y la reproducción a los derechos patrimoniales.

Al margen de ello, con esa única modificación, el artículo 28 ha permanecido con la misma protección hacia los mismos sujetos; por lo que dicho precepto constitucional, fundamento del derecho humano de la propiedad intelectual en el sistema mexicano, se encuentra limitado, pues establece sólo a algunos de los sujetos que son susceptibles del reconocimiento del derecho de exclusividad a partir de sus creaciones o inventos, sin comprender a todos los sujetos que pueden y eventualmente deberían ser susceptibles de dicha protección producto de su producción intelectual y ampliar los conceptos de protección que constituyen el actual marco de referencia de la propiedad intelectual.

La ampliación de los sujetos y objetos protegidos ha estado a cargo de la legislación ordinaria y de los Tratados Internacionales, lo que lleva a afirmar que la

⁵ Las reformas son de fechas: 17 de noviembre de 1982, 3 de febrero de 1983, 27 de junio de 1990, 20 de agosto de 1993, 2 de marzo de 1995, 11 de junio de 2013, 20 de diciembre de 2013, 10 de febrero de 2014, 27 de mayo de 2015 y 29 de enero de 2016,

⁶ http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4794117&fecha=03/02/1983

Constitución mexicana no regula dichos derechos suficientemente, y actualmente, para su configuración completa, hay que acudir a otros instrumentos que los desarrollan, siendo que la ley fundamental es la que debería establecer *prima facie* los objetos y los sujetos de protección de la propiedad intelectual, en tanto “es una disciplina jurídica que regula, entre otras cosas, los derechos de diversos creadores.”⁷

Ello se explica si retomamos el planteamiento de que uno de los presupuestos para identificar una Ley fundamental es que “sea una ley que ahonde más que las leyes corrientes como ya su propio predicado de “fundamental” indica.”⁸

El artículo 28 constitucional no profundiza así, pues sólo establece que los privilegios no considerados monopolios son hacia los autores y artistas para la producción de sus obras, y hacia los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

Ahora bien, el tema de si los derechos de propiedad intelectual son o no derechos humanos encuentra respuesta en que la facultad creativa es propia e inherente al ser humano, y por lo tanto, quienes son creadores u obtentores de cualquier cosa son titulares del derecho humano de propiedad intelectual, por lo que nos sumamos a la parte de la doctrina que así los considera:

“Precisamente la labor intelectual de una persona añadida a lo que la naturaleza le dio (ya por “don”, vocación, por mérito, o por cualquier otra cuestión que queramos) devendría en propiedad con el adjetivo calificativo de intelectual. De tal forma que el concepto propiedad y el concepto

⁷ De la Parra Trujillo, Eduardo, *Derecho de los Autores, Artistas, inventores*, 3ª Ed.; México, 2015, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015. p. 3.

⁸ La Salle, Fernando, “¿Qué Es una Constitución?” <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2284/5.pdf>

intelectual juntos nos dan la frase propiedad intelectual: sin duda un derecho humano no sólo interesante sino importante el cual debe ser y estar protegido...”⁹

Ahora bien, en relación con este último punto, es de señalarse que al ser derechos humanos los derechos de propiedad intelectual, los avances tecnológicos han puesto sobre la mesa de la discusión la tutela de los procesos creativos e innovadores derivados de la actividad de la Inteligencia Artificial, cuyos productos no se les pueden atribuir de manera directa a un proceso creativo ni inventivo de un humano.

En este contexto, ese sería otro de los temas que podrían abordarse al momento de plantear una posible reforma constitucional, a efecto de considerar que, dada la irrupción de la Inteligencia Artificial como fuente creativa a partir de este siglo y el eventual gran valor económico que de manera previsible generará dicha tecnología a través de los desarrollos y obras que alcancen a crear, la generalización del uso de la misma en los más diversos campos del conocimiento y de las actividades económicas, hace que el tema cobre relevancia en estos incipientes momentos.

De no atenderse este último fenómeno de manera pronta, en muy poco tiempo, los problemas y conflictos legales que se suscitarían y se generalizarían con motivo de la indefinición del legislador sobre el particular; los tribunales estarían quedando rebasados por conflictos que, al carecer de un marco jurídico que brindase certeza a quienes han realizado las grandes inversiones en esas tecnologías, difícilmente podrían resolverse con justicia.

⁹ Ortiz Bahena, Miguel Ángel (Coordinador), *Ley de la Propiedad Industrial. Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad intelectual (AMPPI)*, México, Porrúa, 2015. p. 19.

2.2 Leyes ordinarias y tratados internacionales que construyen el derecho de propiedad intelectual.

Para analizar este aspecto, hemos dividido como ya antes lo habíamos apuntado, los derechos de propiedad intelectual en tres grandes rubros que corresponden con la configuración de la legislación secundaria mexicana: 1) Derechos de Propiedad Industrial; 2) Derechos de Autor, conexos y Reservas de Derechos; y 3) Derechos de los obtentores de variedades vegetales.

De esta manera, en México, existen tres leyes ordinarias que confieren derechos de exclusividad para protección intelectual y que aportan elementos nuevos que ayudan a construir el derecho de la propiedad intelectual: la Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial, la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley Federal de Variedades Vegetales, que se refieren enseguida, así como los Tratados Internacionales vinculados con dichas materias:

DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

La Ley Federal de Protección de la Propiedad Industrial confiere derechos exclusivos a los comerciantes, industriales y prestadores de servicios para monopolizar signos distintivos: marcas, avisos comerciales, nombres comerciales, y además establece una regulación para la protección de secretos industriales; asimismo, establece que toda persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, o su causahabiente, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho, por sí o por otros con su consentimiento.

De manera que esta ley amplía la protección de la propiedad industrial comprendiendo no sólo a inventores y perfeccionadores, sino a comerciantes, industriales y prestadores de servicios que monopolizan signos distintivos, que son producto de la creatividad humana, sin ninguna duda, y que los aplican para individualizar productos y servicios o identificar establecimientos comerciales de

servicio o industriales de sus competidores, de ahí que dichos signos distintivos también son un privilegio en el sentido del artículo 28 constitucional.

Además, no puede desconocerse el derecho que tienen los diseñadores industriales, pues a la par de los inventores y de quienes son perfeccionadores de mejoras, (como los creadores de modelos de utilidad), dichos diseñadores también son susceptibles de protección, pues los diseños industriales no implican cuestiones técnicas, sino que éstos adicionan un elemento estético a un objeto de uso común, pero dicha adición tiene un grado creativo (no inventivo ni de mejora), meritorio de protección, actualmente excluido del párrafo décimo del artículo 28 constitucional.

Ahora bien, la protección a la propiedad industrial de los titulares de signos distintivos y diseños industriales, así como de los inventores y perfeccionadores de mejoras está reconocida, protegida y regulada en diversos Tratados Internacionales como los siguientes, todos aprobados por México, unos sustantivos y otros más adjetivos en torno a los mecanismos de protección para dichos derechos:

- Declaración Universal de los Derechos humanos. en su artículo 27 establece que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, así como a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En su artículo 15 establece el reconocimiento, de los Estados parte, del derecho de toda persona a Participar en la vida cultural; Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por

razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, y se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio. En su artículo 2 establece que para los efectos de dicho Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II, es decir amplía la concepción de propiedad intelectual del artículo 28 constitucional a: Derechos de autor y derechos conexos, Marcas de fábrica o de comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes; esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados.

- Tratado de México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). El capítulo 20 es de Propiedad intelectual, y también aborda de manera amplia la concepción de Propiedad intelectual.

- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial que se aplica a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y a la represión de la competencia desleal.

- Protocolo de Madrid sobre el registro internacional de marcas.

- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes que permite buscar protección por patente para una invención en muchos países al mismo tiempo mediante la presentación de una solicitud "internacional" de patente.

- Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales.
- Arreglo de Niza que establece una clasificación de productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica o de comercio y las marcas de servicio (la Clasificación de Niza).
- Arreglo de Estrasburgo que divide la tecnología en ocho secciones y que se ha estimado indispensable para recuperar los documentos de patente durante la búsqueda en el "estado de la técnica."
- Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas.

DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

La Ley Federal del Derecho de Autor, acorde a su artículo 1º, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; la protección de los derechos de los autores, como reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas; de los artistas intérpretes o ejecutantes artista intérprete o ejecutante designan al actor, narrador, declamador, cantante, músico, bailarín, o a cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o una expresión del folclor o que realice una actividad similar a las anteriores, aunque no haya un texto previo que norme su desarrollo, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.

A lo que debe agregarse que el artículo 173 de la misma ley, confiere la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones,

características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación, es decir las llamadas reservas de derechos, cuyos titulares tampoco se cuentan entre los que tienen un privilegio que no se considera monopolio en el artículo 28 constitucional.

Ello es relevante, en tanto que las reservas de derechos son una figura que sólo se contempla en la legislación mexicana, y sin abundar en los planteamientos en torno a su debida o indebida su incorporación, lo cierto es que la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana otorga el derecho de uso exclusivo para dichas reservas de derechos que recaen a: títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas, o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los géneros que el propio artículo 173 prevé como Publicaciones Periódicas; Difusiones Periódicas; Personajes Humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos, Personas o grupos dedicados a actividades artísticas y Promociones Publicitarias, que por no encontrarse en los Tratados Internacionales, es un tema que debería incluirse entre los privilegios a los que alude el artículo 28 constitucional, pues es propio de nuestro sistema jurídico.

Es de reconocerse que las reformas a la Ley del año 2020, actualizaron los supuestos del entorno de protección de los Derechos de Autor, principalmente reconociendo las nuevas tecnologías que han facilitado la existencia de obras protegidas en el mundo virtual del internet y bajo condiciones anteriormente impensables en sus esquemas y formatos de reproducción y explotación.

Ahora bien, la protección de los autores y titulares de derechos conexos también está protegida y regulada en diversos Tratados Internacionales, como los siguientes, todos aprobados por México, unos sustantivos y otros que establecen mecanismos de protección para dichos derechos, y que por ser parte de la Propiedad intelectual reconocida a nivel internacional comparten algunos con los ya mencionados para los derechos de propiedad industrial como:

- Declaración Universal de los Derechos humanos. En la parte del artículo 27 que establece que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes, así como a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la parte del artículo 15 que establece el reconocimiento de los Estados parte del derecho de toda persona a Participar en la vida cultural; Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora, con relación a la obligación de los Estados de respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados con el Comercio. En su artículo 2 establece que para los efectos de dicho Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II, es decir amplía la concepción de propiedad intelectual del artículo 28 constitucional a: Derechos de autor y derechos conexos, Marcas de fábrica o de comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes; esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados.

- Tratado de México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). El capítulo 20 es de Propiedad intelectual que, como antes lo señalamos, también aborda de manera amplia la concepción de Propiedad intelectual.

- Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas. Establece la protección de las obras y los derechos de los autores, y ofrece a los creadores los medios para controlar quién usa sus obras, cómo y en qué condiciones.
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, los fonogramas de los productores de fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión.
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Trata de la protección de las obras y los derechos de sus autores en el entorno digital.
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Se contemplan los derechos de propiedad intelectual de dos categorías de beneficiarios, especialmente en el entorno digital: I) los artistas intérpretes o ejecutantes (actores, cantantes, músicos, etc.) y II) los productores de fonogramas (personas físicas o jurídicas que toman la iniciativa y tienen la responsabilidad de la fijación de los sonidos de la interpretación o ejecución).

DERECHOS DE LOS OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES.

La Ley Federal de Variedades Vegetales brinda una protección para los obtentores de variedades vegetales, que son aquellas personas físicas o morales que mediante un proceso de mejoramiento hayan obtenido y desarrollado, una variedad vegetal de cualquier género y especie, y en términos del artículo 4º de dicha ley, tienen, entre otros derechos, el aprovechamiento y explotación, en forma exclusiva y de manera temporal, de las variedades vegetales que desarrollen y su material de propagación, para su producción, reproducción, distribución o venta, así

como para la producción de otras variedades vegetales e híbridos con fines comerciales.

La protección de estos avances del conocimiento aplicado en el campo de la generación de nuevas variedades vegetales, cobra una especial importancia en la actualidad y sobre todo, considerando que cada día, por el incremento sustancial de la población mundial, se requiere de una mayor oferta de productos vegetales destinados a su alimentación y que al mismo tiempo, permita el aprovechamiento de las actuales tierras disponibles para el cultivo y con ello evitar la necesidad de incorporar nuevas áreas de selvas y bosques a esta actividad, por el consecuente deterioro de los diversos ecosistemas.

Los obtentores de las variedades vegetales también encuentran protección en Tratados aprobados por México, como:

- Declaración Universal de los Derechos humanos. En la parte del artículo 27 que establece que toda persona tiene derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la parte del artículo 15 que establece el reconocimiento de los Estados de Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, y el compromiso de los estados parte para respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
- Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC). En su capítulo 20 hace referencia a los obtentores de las variedades vegetales como parte de la propiedad intelectual.

- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones vegetales (UPOV) de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978, al que México se encuentra adherido, y está pendiente que se adhiera a UPOV de 1991.

Esas leyes y tratados amplían los sujetos y objetos reconocidos en el texto constitucional, lo que produce una desarticulación que podría generar inseguridad jurídica con relación a si todos los creadores -en sentido amplio- son titulares de derechos humanos de propiedad intelectual, o si sólo los que se mencionan en el artículo 28, siendo que debería establecerse desde la Constitución para dar certeza sobre la inclusión de todos los sujetos meritorios de reconocimiento y protección en nuestra carta fundamental.

La importancia de regular con suficiencia a quienes son susceptibles del derecho humano de propiedad intelectual y no buscar en el resto de la configuración que se encuentra en las leyes que desarrollan dicho derecho, estriba en un principio fundamental de seguridad jurídica, que además sirve para asegurar y complementar la observancia de otros derechos humanos como son salud, educación y acceso a la cultura y progreso científico, de ahí su trascendencia.

III. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL.

3.1 Necesidad de reformar el artículo 28 constitucional en congruencia con las leyes ordinarias y los tratados internacionales en materia de propiedad intelectual.

Como se ha visto, el artículo 28 constitucional excluye a sujetos y objetos meritorios de la misma protección que los autores, artistas inventores y perfeccionadores, por lo que es manifiesta la necesidad de empatar el texto constitucional con las disposiciones que de manera dispersa comprenden

privilegios exclusivos que no están dentro de la Constitución y que sin embargo están autorizados en términos de la legislación secundaria.

A la par de ello, los derechos humanos de propiedad intelectual de los titulares de signos distintivos, diseños industriales y además de reservas de derechos, así como de los obtentores de variedades vegetales, deben ser reconocidos, pues si la propiedad intelectual en general es considerada un derecho humano, luego entonces, es lógico que los demás creadores –en sentido amplio- deben gozar de igual reconocimiento y protección constitucional.

Una razón de la exclusión de los demás derechos de propiedad industrial y sus titulares, así como de los titulares de las reservas de derechos podría ser que, tradicionalmente los titulares de derechos humanos sólo son personas físicas, por razones de ser inherentes a la persona humana, lo que excluía la concepción de titularidad de derechos humanos a favor de las personas morales, de manera que la titularidad del derecho humano de propiedad intelectual no se atribuía a una persona moral.

Ello puede deberse a que el texto del artículo 28 constitucional tiene una redacción en el contexto de 1917 con una modificación de 1983, en el que no existía un paradigma como el que ahora se tiene, que incluye el reconocimiento de derechos humanos extendidos y en lo aplicable, a las personas morales, tal como ha sido ya una tendencia en los criterios del poder judicial de la Federación.¹⁰

Por lo tanto, urge empatar el artículo 28 constitucional con el artículo 1º, pues éste último es claro cuando establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como

¹⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VII.2º.C.J./2 (10ª), Abril De 2013. Pág. 1902. No. Registro: 2003341.

de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Esto último permite plantear la inquietud de cuál sería el fundamento para restringir el derecho humano a una libre concurrencia con base en un privilegio otorgado a un particular con un derecho exclusivo sobre una marca, siendo que dicho privilegio exclusivo no está constitucionalmente establecido y, por tanto, el titular del derecho de libre concurrencia no encontraría verdaderamente un caso o condición constitucional que válidamente limite o restrinja su derecho de libre concurrencia.

Además, igualar el artículo 28 constitucional comprendiendo a todos los titulares de la protección, puede ayudar a esclarecer temas que en la práctica son motivos de conflicto que alcanzan inclusive el orden mediático, por ejemplo, la propiedad intelectual indígena, pues definir quién es el titular de las expresiones de folclor, de las artesanías de los pueblos e incluso de sus recursos naturales y el manejo que de éstos hacen para medicina tradicional, es necesario como fuente de riqueza tanto a nivel económico como cultural.

A mayor abundamiento, la Ley Federal del Derecho de Autor tiene un Título dedicado a la protección de las Culturas Populares, y establece que las obras sobre las expresiones de las Culturas Populares están protegidas independientemente de que no se pueda determinar la autoría individual de ellas o que el plazo de protección otorgado a sus autores se haya agotado; es decir, a la par de los Tratados Internacionales que establecen la protección de la Propiedad intelectual en general, el Estado Mexicano está obligado a atender a los Tratados Internacionales relativos a los derechos indígenas, en congruencia con lo preceptuado en el propio artículo 2º constitucional.

Y no sólo en materia autoral, los pueblos indígenas en México tienen una larga tradición en la inventiva y creación desde la época prehispánica, por citar sólo un ejemplo: “otro arte importante de los indígenas ha sido el preparar bebidas alcohólicas típicas de su región, con su propia tecnología, situación que ha sido aprovechada por comerciantes y gobiernos para lograr ingresos importantes, sin embargo, poco han beneficiado al indígena, a no ser que sean peones de los industriales y comerciantes de esas bebidas alcohólicas”¹¹, entre otros, como su producción textil y el uso de colorantes, uso de tejidos y materiales, etcétera.

Estos temas son relativos a un sector al que ha tratado de incorporarse como en la reforma constitucional al artículo 4º, en 1992 y la actual redacción del artículo 2º (que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001), que reconoció sus derechos a la no discriminación y derechos culturales pero no estableció los mecanismos para materializarlos, siendo esto uno de los principales retos de prospectiva en materia de propiedad intelectual, pues “cuando hablamos de justicia indígena, por ejemplo, al considerar los sistemas normativos indígenas, es necesario establecer un punto de conexión con el Pluralismo Jurídico, categoría más amplia que, hasta ahora, ha gozado de un contenido incierto e indeterminado.”¹²

Además, en los términos de la Ley Federal del Derecho de Autor, la protección intelectual de los indígenas se hace aun cuando no exista un autor determinado, lo que evidentemente se refiere a derechos colectivos de los indígenas, cuyos titulares cuentan con “bienes participativos”¹³ que se generan colectivamente, y quienes participan en su creación pueden gozar de ellos sin que puedan apropiárselos de modo exclusivo.

¹¹ Viñamata Paschkes, Carlos, *Indigenismo y Propiedad intelectual*; México, Porrúa, 2006, p. 163.

¹² *Los Pueblos Indígenas y la Constitución de 1917: Una Reivindicación del Pasado hacia el Presente*; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015. p. 24.

¹³ *Ibid.* P. 187

Ello es relevante, pues se ha reconocido que la democracia es un sistema de vida fundamental en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo mexicano, lo que exige la “participación incluyente de todos los sectores de la población en la toma de decisiones fundamentales y en la orientación ideológica que debe darse a los asuntos públicos del país.”¹⁴

Y no sólo en la toma de decisiones y en la orientación ideológica de asuntos públicos, sino el acceso incluyente a derechos fundamentales de todos los sectores sociales, lo que actualmente no se cumple, pues si bien el artículo 2º constitucional concentra los derechos fundamentales de los indígenas, lo cierto es que aún no existen mecanismos para la eficacia de dichos derechos, sobre todo en el inciso A fracción IV de dicho artículo que establece que “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para **IV**. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.”

Numerosos son los autores que se han pronunciado en torno a la incompleta concepción del problema y los factores que deben estar involucrados para lograr la inclusión de los pueblos indígenas y de lograr un acceso efectivo de su riqueza y reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, como Emilio Rabasa que al respecto señaló: “En otras palabras, el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, específicamente de libre determinación y de autonomía, ha estado sujeto a una serie de factores en cierta medida ajenos al indianismo, y más bien relacionados con el contexto político específico en el que se ha planteado la reforma constitucional.”¹⁵

¹⁴ Pérez de los Reyes, Marco Antonio, *Los Derechos Fundamentales de los Indígenas. Perspectivas Federal, Regional, Local e Internacional en Materia Electoral*, México, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2013. p. IX.

¹⁵ Rabasa Gamboa, Emilio, *Derecho Constitucional Indígena*, México, Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2002, p. 179.

De donde se sigue que la incorporación de la propiedad intelectual indígena y su eficaz protección no es una cuestión sencilla, pues plantea problemas desde diversas aristas; sin embargo, debe alcanzarse pues “la renovación del orden jurídico es un imperativo de la realidad, y por supuesto, de la justicia.”¹⁶

Por lo tanto, el reconocimiento de todas las personas que aportan recursos intelectuales al país e incluso fuera de él, es sólo un ejemplo de los retos que genera la protección de la creatividad en un entorno global tanto de lo mexicano en México y en el mundo como con lo del mundo en México.

Esto es base para dar certeza en lo que pinta ser los esquemas de generación de riqueza futura que es la Propiedad intelectual vista además con un enfoque pluricultural propio de nuestro país, en donde si hay seguridad jurídica habrá avances y si no la hay no se puede tener acceso a nuevos avances.

Un tema que también valdría la pena discutir y solventar, es el de resolver también la protección jurídica o no, que deba darse a los productos de creatividad e innovación de la actividad desarrollada por la Inteligencia Artificial, a efecto de dar un contexto constitucional que permita dar cause a estos nuevos retos que los avances tecnológicos han traído a la sociedad del Siglo XXI.

3.2 Propuesta.

De todo lo anterior, podemos concluir que:

Si nuestra Constitución debe ser el fundamento de las otras leyes, luego entonces debe ser suficiente y fijar conceptos fundamentales, y dejar a las leyes únicamente desarrollar su contenido, pues siendo la Constitución ley fundamental

¹⁶ González Galván, Jorge Alberto (Coordinador), *Constitución y Derechos Indígenas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002. p. 20.

debe precisamente fundar a las demás y no como se advierte en este caso, en donde las leyes ordinarias amplían los privilegios exclusivos y los titulares de esos privilegios correlativamente.

Es un tema de congruencia que bien cabría revisar de cara a los cien años de la Constitución de 1917, a fin de que se establezcan elementos que permitan enfrentar los nuevos retos en materia de propiedad intelectual de una forma incluyente y completa.

En ese sentido, pueden plantearse dos alternativas:

1. Hacer un catálogo exhaustivo de los sujetos y objeto de derecho de propiedad intelectual; o bien,
2. Hacer una mención general de la protección de la propiedad intelectual.

Nos inclinamos más por la segunda postura, pues la primera corre el riesgo de presentar la misma exclusión, pues si hacemos el ejercicio de intentar comprender a todas las personas y núcleos poblacionales meritorios de protección se corre el riesgo de excluir con las consecuencias de inseguridad jurídica que no resuelven el planteamiento de este trabajo.

En cambio, si en términos generales señalamos que no constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se conceda a cualquier persona o grupo de personas que reuniendo los requisitos legales de los ordenamientos respectivos obtengan respecto de su creativa o inventiva derechos exclusivos, se entenderían comprendidos sujetos que tienen derecho a la protección de la propiedad intelectual.

Ahora bien, para no entrar en grandes discusiones filosóficas y técnicas sobre si la inteligencia artificial puede ser considerada como parte de la actividad intelectual

tradicionalmente reservada a los seres humanos, bien se podría establecer que se deberá dar una protección equivalente a los productos de la actividad que se desarrolla al amparo de la tecnología de la inteligencia artificial, a la que se da a aquellos que son producto de la capacidad creativa e innovadora del intelecto humano, señalando que en estos casos, la titularidad de los derechos del producto de la actividad tecnológica serán asignados a los dueños de tales tecnologías.

IV. CONCLUSIONES.

1. El artículo 28 de nuestra Constitución no comprende a todos los sujetos ni todos los objetos de protección de los derechos de propiedad intelectual, pues solamente se refiere a autores, artistas, inventores y perfeccionadores de mejoras; por lo que el marco legal de protección se ha construido en las leyes secundarias y en los Tratados Internacionales.

2. La Constitución como Ley Fundamental debe regular de forma completa los derechos de propiedad intelectual, pues son derechos humanos que, a su vez, son límites y restricciones de otros derechos humanos como el de libre competencia.

3. Por lo tanto, los retos de la Constitución a más de cien años de vigencia en materia de propiedad intelectual se refieren a contemplar de manera amplia e integral a los sujetos y objetos de protección de derechos de propiedad intelectual, lo que incluye todas las figuras que conforman el esquema de la propiedad intelectual, y además, a todas las personas que con motivo de sus inventos o creaciones merecen de tal protección y reconocimiento.

4. Debe entonces reformarse el artículo 28 constitucional, pero no para establecer un catálogo de derechos y sujetos de dichos derechos, sino englobarlos a todos, a fin de que las leyes secundarias desarrollen dichos derechos y los Tratados Internacionales los complementen.

5. Debe aprovecharse el espacio de oportunidad, para dar una solución a las creaciones e innovaciones cuya autoría no se le puede atribuir de manera directa a un ser humano en el despliegue de sus capacidades intelectuales, al ser producto de un desarrollo elaborado por las capacidades tecnológicas de la inteligencia artificial.

V. FUENTES SELECTAS.

DE LA PARRA TRUJILLO, EDUARDO; Derecho de los Autores, Artistas, inventores, 3ª Ed.; México, 2015, Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM- Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2015.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo et.al; Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Internacional, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación- UNAM- Konrad Adenauer Stiftung Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013, t.I.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO (Coordinador), Constitución y Derechos Indígenas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

LA SALLE, FERNANDO, “¿Qué Es una Constitución?”
<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2284/5.pdf>

Las Constituciones de México. 2ª Ed.; México, H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales, 1991.

Los Pueblos Indígenas y la Constitución de 1917: Una Reivindicación del Pasado hacia el Presente; México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

ORTÍZ BAHENA, MIGUEL ÁNGEL (Coordinador), Ley de la Propiedad Industrial. Comentada por la Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad intelectual (AMPPI), México, Porrúa, 2015.

PÉREZ DE LOS REYES, MARCO ANTONIO, Los Derechos Fundamentales de los Indígenas. Perspectivas Federal, Regional, Local e Internacional en Materia

Electoral, México, Porrúa-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
2013.

RABASA GAMBOA, EMILIO, Derecho Constitucional Indígena, México, Porrúa- Instituto
de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2002.

VIÑAMATA PASCHKES, CARLOS, Indigenismo y Propiedad intelectual; México, Porrúa,
2006.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de los Derechos humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual Relacionados
con el Comercio

Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial

Protocolo de Madrid sobre el registro internacional de marcas.

Tratado de Cooperación en Materia de Patentes

Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos
y Modelos Industriales

Arreglo de Niza

Arreglo de Estrasburgo

Acuerdo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los
elementos figurativos de las marcas

Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes,
los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas

Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978.

Jurisprudencia

Tesis de Jurisprudencia: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Décima Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis: VII.2º.C.J./2 (10ª), Abril De 2013. Pág. 1902. No. Registro: 2003341.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO TRATADO DE LIBRE COMERCIO UNIÓN EUROPEA -MÉXICO (TLCUEM).

Cancino Gómez Rodolfo¹⁷

SUMARIO: *I. Antecedentes, II. La notable influencia de las directivas europeas dentro del TLCUEM, III. Cobertura y alcance de la Contratación Pública en el TLCUEM, IV. Procedimiento de contratación, V. Calificación de proveedores, VI. Licitación Selectiva, VII. Licitación Limitada, VIII. Contratación Pública Electrónica, IX. Adjudicación del Contrato, X. Medidas Anticorrupción, XI. Solución de Controversias, XII. Fuentes selectas.*

I. ANTECEDENTES.

La Contratación Pública es de los pocos temas dentro del Tratado de Libre Comercio Unión Europea-México (TLCUEM) al igual que el de acceso a mercados y normas de origen que han sido abordados con mayor grado de especificidad, en búsqueda de agilizar los flujos comerciales, en comparación a los demás temas que sin perder su importancia aparecen y tienen un tratamiento referencial y conectivo con otros mecanismos ya existentes en el plano bilateral. En este caso, destaca el caso de España con el cual se tienen un APPRI y un Tratado para evitar la doble tributación y otra serie de herramientas comerciales. Sin embargo, el cuerpo normativo del TLCUEM no incluye disposiciones y/o, mecanismos para aplicar temas que tienen vinculación con la Contratación Pública, tales como la inversión extranjera, la propiedad intelectual, normas técnicas y el comercio de servicios financieros, que si bien algunos se encuentran dentro de la Decisión 2/2001 faltan aspectos finos de operación y cubrir vacíos jurídicos. Es indudable que estos aspectos ya son abordados detenidamente en las negociaciones para la modernización del Tratado, cambiando el paradigma de cooperación y colaboración conjunta a un enfoque pragmático económico-social que promueva y brinde

¹⁷ Profesor Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

protección a las inversiones y a los derechos de propiedad intelectual, así como la facilitación comercial para combatir el lavado de dinero y el narcotráfico.

La aspiración de México de signar el TLCUEM, era legitimar una relación comercial con el segundo proveedor de su mercado nacional, mediante la reducción de aranceles y medidas no arancelarias de manera recíproca, así como el establecimiento de cupos o restricciones cuantitativas para proteger sus segmentos productivos. Este Tratado sin duda fue un baluarte para consolidar la reforma estructural en franca evolución, que impidió realizar concesiones sin recibir nada a cambio, de tal manera que lo que fuera viable y aplicable era un beneficio adicional, a lo que se obtenía en el TLCAN que era un mercado natural por la vecindad geográfica que otorgaba ventajas comerciales atractivas.

México tiene firmados hasta ahora 13 trece tratados comerciales, donde destaca el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership- CPTPP*), o mejor conocido como el TPP 11, el cual tiene una estructura casi idéntica en materia de Contratación Pública con el nuevo texto final del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).

Para México, los tratados comerciales que contienen capítulos sobre compras gubernamentales se incorporan al sistema jurídico mexicano de manera directa. Forman parte del marco jurídico nacional. Son considerados (tratados) como leyes supremas, en un nivel equiparable a las leyes nacionales, a pesar de que los tratados no fueron sujetos a un proceso de creación de leyes, donde participan las dos cámaras que integran el Congreso de la Unión. Este mecanismo de incorporación permite, avala y autoriza que los tratados tengan aplicación preferente y efectiva sobre las leyes nacionales, donde existen riesgos evidentes de un conflicto de leyes producido por este criterio hegemónico y prevalente.

En este sentido, la Ley Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios (LOPS) y toda la maquinaria jurídica especializada queda supeditada a las nuevas reglas contenidas en los tratados, particularmente el artículo 28 de la LAASSP que considera las nuevas condiciones para la realización de las licitaciones internacionales abiertas o licitaciones bajo cobertura de tratados.¹⁸ En cuanto a obra pública, se establece que cuando se trate de licitaciones internacionales abiertas, se debe demostrar que el precio de la oferta nacional considerado para la comparación entre las ofertas de bienes nacionales y la de bienes extranjeros es el precio del bien nacional menos el 15% sobre una base de igualdad de condiciones.¹⁹ Sin embargo, este margen de preferencia (15%) no será aplicable a los bienes de origen nacional, para valorarlos frente a los bienes que integren ofertas de bienes de importación originarios de países parte de algún tratado comercial. Esto ejemplifica el tratamiento diferencial y preferencial que se le da a un tratado comercial internacional.

En consecuencia, el artículo 4 de la LAASSP y el artículo 5 de la LOAP, precisan que los procedimientos de contratación serán aplicables sin perjuicio de los tratados, por lo que la autoridad no puede optar ni siquiera por una licitación pública internacional, sino regular su actuación conforme a las reglas de operación

¹⁸ "Decreto por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles", publicado en el D.O.F. el 16 de enero de 2012.

¹⁹ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal", publicada en el D.O.F. el 28 de mayo de 2009; y "Reglas para la aplicación del margen de preferencia en el precio de los bienes de origen nacional, respecto del precio de los bienes de importación, en los procedimientos de contratación de carácter internacional abierto que realizan las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal", publicado en el D.O.F. el 28 diciembre de 2010.

establecidos en los capítulos de los tratados, siempre y cuando uno de los proveedores extranjeros ostenten la nacionalidad de uno de los países miembros del tratado comercial de que se trate.

La acción de las instituciones de la Unión Europea en relación con las compras públicas, que se inició en los años 70 y ha ido cada vez adquiriendo más y más importancia tanto política, jurídica y social como económica²⁰, tiene como principal objetivo la creación de un espacio europeo de contratación pública en el marco del mercado interior comunitario. Se basa en los principios fundamentales consagrados en el Derecho originario de la Unión Europea de igualdad de trato, convocatoria de licitaciones transparente y no discriminatoria, reconocimiento mutuo y lucha contra el fraude y la corrupción.

En nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de directivas comunitarias que pretenden garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Los valores que defiende la legislación sobre contratos para la Unión Europea son los relacionados con la garantía de la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales²¹.

²⁰ Los contratos públicos suponen el 19,7% del Producto Interior Bruto europeo, véase el documento *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2013).

²¹ Piñar Mañas, J.L., "El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley", en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 5

II. LA NOTABLE INFLUENCIA DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DENTRO DEL TLCUEM.

Las directivas relativas a la contratación pública²² y a los contratos en los conocidos como sectores especiales tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Las nuevas normas propuestas plantean la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico²³. Unos procedimientos más racionales y eficientes incrementarían la flexibilidad para los poderes adjudicadores, beneficiarían a todos los operadores económicos y facilitarían la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. La mejora de las normas sobre contratación pública permitiría asimismo que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación.

²² Directivas relativas a la contratación pública (2014/24/UE), a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (2014/25/UE) y a la adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE)

²³ Véase el apartado 2 de la exposición de motivos de la Directiva relativa a la contratación pública y el apartado 4 de la exposición de motivos de la Directiva relativa a los contratos públicos en los sectores especiales

Por lo que se refiere a la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tiene como objetivo reducir la inseguridad jurídica en la adjudicación de contratos de concesión en beneficio de las autoridades públicas y los operadores económicos²⁴. La legislación de la Unión Europea (UE) no restringe la libertad de los poderes y entidades adjudicadores a la hora de desempeñar los cometidos de interés público que son de su competencia merced a sus propios recursos, pero si deciden recurrir a una entidad externa para desempeñar tales cometidos, es necesario dar a todos los operadores económicos de la UE un acceso efectivo al mercado.

La Directiva 2014/24/UE pretende asegurar que la cooperación entre entidades públicas exenta de la aplicación de la legislación sobre contratos públicos no falsee la competencia con respecto a los operadores económicos privados. De igual modo, tampoco debe causar ningún falseamiento de la competencia la participación de un poder adjudicador como licitador en un procedimiento de adjudicación de un contrato público.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE²⁵, la normativa de la UE no restringe la libertad de los poderes adjudicadores para realizar las tareas de interés público que les corresponden con sus propios recursos administrativos técnicos y de otro tipo, no estando obligados a recurrir a entidades externas que no formen parte de su propia estructura. Si un poder adjudicador desempeña una tarea pública mediante sus propios recursos, de tal forma que no se celebra contrato alguno a

²⁴ LAZO VITORIA, X., "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", *Contratación Administrativa Práctica*, no 126 (2013).

²⁵ Véase BERNAL BLAY, M.A., "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house", en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 137 (2008) y "La problemática relativa a los contratos excluidos de la aplicación de la ley. Los denominados contratos in house", en MORENO MOLINA, J.A. (dir.): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

título oneroso, puesto que dispone de todos los recursos necesarios para tal desempeño dentro de su propia organización, la normativa sobre contratación pública de la UE no es aplicable.

El desempeño de tareas públicas mediante recursos propios puede tener lugar también en cooperación con otros poderes adjudicadores. Si ello no comporta retribución o derechos y obligaciones recíprocos, no existe prestación de servicio público en el sentido de lo establecido en la normativa europea sobre contratación pública de la UE.

En cuanto a la cooperación horizontal, de la jurisprudencia del TJUE se deriva que no se le aplicaría el Derecho de la Unión sobre contratos públicos cuando la cooperación entre entidades públicas tiene por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas.²⁶ En esta hipótesis, no se aplicarán las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos siempre que, además, tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rijan por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público²⁷.

III. COBERTURA Y ALCANCE DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL TLCUEM.

El Capítulo 21 tiene una estructura sólida donde a través de las listas anexas se especifican los bienes y servicios cubiertos, haciendo hincapié en llevar a cabo las

²⁶ Ver, en este sentido, la sentencia “Hamburgo”, de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania.

²⁷ Sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartados 44 y 47; así como la STJUE (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11.

compras gubernamentales mediante medios electrónicos, sin que ello represente llevarlo a cabo por totalmente o de forma exclusiva por esos medios.

En los Anexos 21-A (está la Contratación cubierta de la Unión Europea) y en el 21-B está la Contratación cubierta de México, conforme a la siguiente estructura:

1. En la Sección A, se enlistan las entidades del gobierno central cuyas adquisiciones están cubiertas por el Capítulo;
2. En la Sección B, se encuentran las entidades del gobierno subcentral cuyas adquisiciones están cubiertas por este Capítulo incluyendo, con respecto a México, otras entidades a nivel subcentral.
3. En la Sección C, todas las demás entidades cuyas adquisiciones estén cubiertas por este Capítulo;
4. En la Sección D, se enlistan las mercancías cubiertas.
5. En la Sección E, están los servicios distintos de los servicios de construcción.
6. En la Sección F, están especificados los servicios de construcción.

Dentro de todas estas quedan exceptuadas los acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia, acuerdos de cooperación, donaciones, préstamos, aportaciones de capital, garantías e incentivos fiscales; la contratación o adquisición de servicios de agencia fiscal o de depósito, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas o servicios relacionados con la venta, rescate y distribución de deuda pública, incluidos préstamos y bonos del gobierno, pagarés y otros valores; contratos públicos de trabajo; contratación realizada con el propósito específico de brindar asistencia internacional, entre otros.²⁸ En este trato inicialmente estuvo Gran Bretaña dentro de las rondas de negociaciones, sin

²⁸ Ver TLCUEM Alcance y Cobertura, Artículo

embargo, dado el BREXIT²⁹ tuvo que retirar las concesiones otorgadas y buscar un tratado de libre de comercio con México, incluyendo este tema de contratación pública.

El esquema de contratación pública internacional, indica que los proveedores están ubicados en un territorio distinto o son de nacionalidad extranjera en relación directa al lugar donde se llevará a cabo la licitación bajo la conducción de una entidad gubernamental de un Estado Parte del Tratado Comercial de que se trate. La internacionalidad radica precisamente en esos signos distintivos: el lugar sede de la licitación es distinta al domicilio del proveedor, el proveedor es extranjero y la legislación aplicable sobre contratación es distinta a la nacionalidad del proveedor, lo que determina el idioma para desahogar cada una de las etapas del mencionado procedimiento. Esto es independiente a la solución de controversias ante un incumplimiento del contrato, que primeramente se sujetan a las instancias jurídicas nacionales, pero particularmente se circunscriben a las disposiciones que se estipulen de manera particular en el Tratado.³⁰

A diferencia de otros Tratados Comerciales con capítulos de contratación pública, refiere únicamente al principio de no discriminación con ciertos matices del principio

²⁹ El 23 de junio de 2016, los ciudadanos británicos votaron a favor de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea por un margen del 51,9%. El 29 de marzo de 2017, el Reino Unido invocó el Artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, notificando así su intención de retirarse y abriendo el período de dos años en el que debía negociarse un Acuerdo sobre los términos de esta retirada. El 1 de febrero de 2020 entró en vigor el Acuerdo de Retirada y, tras meses de negociaciones entre la UE y el Reino Unido, el 24 de diciembre de 2020 las partes alcanzaron un compromiso sobre un Acuerdo de Comercio y Cooperación, un Acuerdo sobre Seguridad de la Información y un Acuerdo relativo a Cooperación sobre Usos Pacíficos de la Energía Nuclear entre la Unión Europea y Reino Unido, que entraron en vigor de manera provisional el 1 de enero de 2021. Brexit (exteriores.gob.es)

³⁰ Sin perjuicio del ámbito de aplicación del Artículo 21.2, una empresa de una Parte que esté legalmente establecida mediante la constitución, adquisición o mantenimiento de una presencia comercial en el territorio de la otra Parte podrá participar en la contratación pública de esa otra Parte en virtud de la misma. condiciones como las empresas de esa otra Parte según lo dispuesto en la legislación de esa otra Parte

de trato nacional en el sentido de que “ *cualquier medida relativa a las adquisiciones cubiertas, una Parte, incluidas sus entidades contratantes, otorgará inmediata e incondicionalmente a los bienes y servicios de la otra Parte y a los proveedores de la otra Parte que ofrezcan dichos bienes o servicios, un trato no menor favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, otorga a sus propios bienes, servicios y proveedores*”.³¹

En otras palabras, una parte incluyendo sus entidades contratantes no deberán tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente sobre la base del grado de afiliación o propiedad extranjera; o

(b) discriminar a un proveedor establecido localmente sobre la base de que los bienes o servicios ofrecidos por ese proveedor para una contratación en particular son bienes o servicios de la otra Parte. Esto tiene una contextualización diferente dentro del capítulo del TMEC que para empezar hace una diferenciación entre ambos principios.

IV. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

Se prevalece que las adquisiciones de bienes o servicios, incluyendo los de obra pública serán mediante licitación abierta, que representa la método de contratación mediante el cual todos los proveedores interesados pueden presentar una oferta.

Cada entidad contratante publicará dentro de una convocatoria o aviso de contratación lo siguiente:

1. El nombre y la dirección de la entidad contratante y otra información necesaria para contactar a la entidad contratante y obtener todos los documentos pertinentes relacionados con la contratación, y su costo y condiciones de pago, si corresponde.

³¹ TLCUEM, Artículo 21.4

2. Una descripción de la contratación, incluyendo la naturaleza y la cantidad de los bienes o servicios que se adquirirán o, cuando se desconozca la cantidad, la cantidad estimada.
3. En los contratos recurrentes, una estimación, si es posible, del calendario de notificaciones posteriores de la contratación prevista.
4. El plazo para la entrega de bienes o servicios o la duración del contrato.
5. El método de contratación que se utilizará y si implicará negociación o subasta electrónica.
6. La dirección y cualquier fecha límite para la presentación de solicitudes de participación en la contratación.
7. La dirección y la fecha límite para la presentación de ofertas.
8. El idioma o idiomas en los que pueden presentarse las ofertas o solicitudes de participación, si pueden presentarse en un idioma que no sea el idioma oficial de la Parte de la entidad adjudicadora.
9. Una lista y una breve descripción de las condiciones para la participación de los proveedores, incluidos los requisitos para que los proveedores proporcionen documentos o certificaciones específicos en relación con esa participación, a menos que dichos requisitos estén incluidos en la documentación de la licitación que se pone a disposición de todos los interesados proveedores al mismo tiempo que el aviso de contratación prevista;
10. Una indicación de que la contratación está cubierta por este Capítulo.³²

En resumen, en el aviso de licitación o convocatoria debe dejarse especificarse claramente el objeto de la contratación; la fecha límite para la presentación de

³² Ver, TLCUEM, Artículo 21.6. „,de conformidad con el Artículo 21.8, una entidad contratante tiene la intención de seleccionar un número limitado de proveedores calificados para ser invitados a licitar, los criterios que se utilizarán para seleccionarlos y, si corresponde, cualquier limitación en el número de proveedores que se le permitirá licitar.

ofertas o, en su caso, cualquier fecha límite para la presentación de solicitudes de participación en la contratación o para su inclusión en una lista de usos múltiples; y la dirección a la que se pueden solicitar los documentos relacionados con la contratación.

En estas se encuentran las condiciones de participación en una contratación, donde los licitantes deben demostrar que tienen la capacidad jurídica, financiera, comercial y técnica para realizarla, a menos que se demuestre que el potencial proveedor se encuentra en quiebra; ha realizado declaraciones falsas; existe deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito u obligación sustantiva en virtud de un contrato anterior; sentencias firmes respecto de delitos graves u otros delitos graves; mala conducta profesional o actos u omisiones que reflejen adversamente la integridad comercial del proveedor; o falta de pago de impuestos.

Las bases de licitación, son los lineamientos y requisitos emitidos por la autoridad licitadora para integrar toda la documentación e información necesaria que constituyen la oferta y/o las propuestas técnicas y/o económicas de los productos y servicios, las cuales deben ser entregados en tiempo y forma por los proveedores, conforme a los términos y condiciones plasmados en dichas bases. Esto además de atender ciertas particularidades sobre especificaciones técnicas,³³ protección de datos, derechos de propiedad intelectual, lineamientos acerca de sustentabilidad ambiental, incluyendo la adecuación y respeto de las normas internacionales de calidad, la utilización de las tecnologías que reduzcan la emisión de gases con efecto invernadero y promuevan la eficiencia energética u otros tipos de requerimientos que establezca la dependencia gubernamental.

³³ Según las definiciones del TLCUEM "especificación técnica": un requisito de licitación que:(i) establece las características de los bienes o servicios que se adquirirán, incluyendo calidad, desempeño, seguridad y dimensiones, o los procesos y métodos para su producción o provisión; o (ii) aborda los requisitos de terminología, símbolos, empaque, marcado o etiquetado, según se apliquen a un bien o servicio

En esta tesitura, la autoridad deberá asegurar la participación de cualquier parte interesada, conforme a los criterios de evaluación en el aviso de contratación o en las bases de licitación, es decir no puede discriminar una oferta, ni ejercer discrecionalidad. De tal forma que si no cumpliera con estos lineamientos, se debe abrir un periodo de negociaciones con una fecha límite para concluirla, para analizar ofertas nuevas o revisar aquellos aspectos que se solicitaron ser revisadas. Por tanto una dependencia o entidad gubernamental tiene la obligación de proporcionar las bases de licitación para atender en tiempo y forma cualquier solicitud para participar en una licitación, bajo la condición de que la información no conceda una ventaja hacia un proveedor en relación directa con sus competidores.

IV. CALIFICACIÓN DE PROVEEDORES

Existe el compromiso de establecer un sistema de registro y un procedimiento riguroso de calificación de proveedores para que formen parte del mismo. Los proveedores interesados deben registrarse y proporcionar cierta información que se les requerirá, garantizando tengan acceso a la información del sistema de registro por medios electrónicos y que puedan solicitar el registro en cualquier momento. La autoridad competente les informará en un plazo razonable de la decisión de conceder o rechazar esta solicitud, siempre y cuando esté debidamente fundada.

Se inculca que cada Parte realicen esfuerzos en la homologación de sus procedimientos de calificación, así como las entidades contratantes se comprometen a la no adopción ni la aplicación de un sistema de registro o procedimiento de calificación que creen o interpongan crear obstáculos innecesarios a la participación de proveedores de la otra Parte en su contratación. Cabe señalar que las entidades contratantes lleven a cabo negociaciones con proveedores ya calificados si la entidad contratante ha indicado su intención de llevar a cabo negociaciones en el aviso de contratación o convocatoria correspondiente, o cuando se de la situación de que ninguna de las ofertas

presentadas sea conforme a los criterios de evaluación específicos establecidos en el anuncio de contratación prevista o en la documentación de la licitación.³⁴

VI. LICITACIÓN SELECTIVA

Si una entidad contratante tiene la intención de utilizar la licitación selectiva, la entidad deberá establecer en la convocatoria a presentar propuestas por parte de proveedores previamente calificados, a menos que la entidad contratante establezca en el aviso de contratación prevista alguna limitación en el número de proveedores autorizados a licitar y los criterios para seleccionar el número limitado de proveedores. Se enviará una invitación a presentar una oferta a una serie de proveedores necesarios para garantizar una competencia efectiva.

El Capítulo deja entrever que la licitación puede o no ponerse a disposición del público a partir de la fecha de publicación de la convocatoria o aviso. Por tanto, una entidad contratante se asegurará de que esos documentos estén disponibles al mismo tiempo para todos los proveedores calificados seleccionados. En el aviso se deberá especificar:

1. una descripción de los productos o servicios, o categorías de los mismos, para los que se puede utilizar la lista;
2. las condiciones de participación que deben cumplir los proveedores para su inclusión en la lista y los métodos que la entidad contratante utilizará para verificar que un proveedor cumple las condiciones;
3. el nombre y la dirección de la entidad contratante y otra información necesaria para contactar a la entidad contratante y obtener todos los documentos pertinentes relacionados con la lista;

³⁴ TLCUEM, Artículo 21.11 Negociación

4. el período de validez de la lista y los medios para su renovación o terminación, o si no se indica el período de validez, una indicación del método por el cual se notificará la terminación del uso de la lista; y
5. una indicación de que la lista puede utilizarse para las adquisiciones cubiertas por este Capítulo.³⁵

En este tipo de contratación, la dependencia gubernamental publicará un aviso que invite a los proveedores a presentar una solicitud de participación en una contratación cubierta por este Capítulo, dando toda la información a los proveedores calificados para que presenten una oferta, a menos que la entidad contratante haya establecido en el aviso de contratación prevista una limitación al número de proveedores que permitirá ofertar en la licitación y los criterios o justificación para seleccionar el número restringido de proveedores.

La dependencia gubernamental realizará una selección de una lista permanente de proveedores calificados que pueden satisfacer sus necesidades, a los cuales les podrá invitar a participar en la licitación de una compra determinada bajo criterios de equidad y de oportunidad procesal. También pueden tener una lista de usos múltiples tendrá una validez de tres años o menos, una entidad contratante podrá publicar el aviso solo una vez, al comienzo del período de validez de la lista, siempre que la noticia establezca el período de validez y que no se publicarán más avisos; y que se publique por medios electrónicos y ponerla a disposición de los interesados durante el período de vigencia establecido en la convocatoria.

Cualquier proveedor de *motu proprio* podrá solicitar ante la entidad convocante participar en el procedimiento presentando una oferta determinada, donde la entidad le dará entrada, la tomará en cuenta y la valorará al igual que los demás participantes. El número de proveedores autorizados a participar sólo estará limitado por razones del funcionamiento eficiente del sistema de compras, por lo

³⁵ TLCUEM, Licitación Selectiva, Artículo 21.8

que si le fuese reclamado ese acto la dependencia deberá emitir las razones por las cuales no convocó o no admitió en la licitación a un proveedor específico.

Un criterio que orilla a las dependencias llevar a cabo una licitación selectiva está conectado con el cumplimiento de la especificaciones técnicas sobre los bienes o servicios que se licitan sólo los puede suministrar un proveedor determinado, sin que existan otros que puedan suplir esa proveeduría con las mismas características que satisfagan las necesidades reales de la dependencia. Esto puede comprender entregas adicionales del proveedor inicial que si agotó el procedimiento de contratación previo, tales como partes, componentes, repuestos o servicios continuos para materiales, servicios o instalaciones existentes, o como ampliación de materiales existentes, dado que para la dependencia gubernamental hacer un cambio de proveedor trae consigo mayores costos en la adquisición de equipos nuevos, incluyendo el software cuya adquisición haya sido por una licitación abierta o selectiva, o en otro tipo de situaciones que realmente compliquen la operación de la entidad gubernamental.

VII. LICITACIÓN LIMITADA

En la contratación pública selectiva dentro del TLCUEM, no se establece un apartado específico para la contratación restringida, sino sólo considera la "licitación limitada" en el sentido de que se trata de un método de contratación mediante el cual la entidad contratante se pone en contacto con un proveedor o proveedores de su elección considerando las listas de proveedores. Si bien no se encuentra la licitación restringida se entiende que está implícita dentro de esta categoría, lo cual lo diferencia con otros tratados. De tal forma que su objetivo es limitar o restringir el número de invitados, siempre que no se utilice con fines discriminatorios entre proveedores o de una manera que discrimine a los proveedores de la otra Parte o proteja a los proveedores nacionales en cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Siempre que los requisitos de la documentación de la licitación no se modifiquen sustancialmente en el caso.

a. Ningún proveedor cumplió con las condiciones de participación;

b. Las ofertas presentadas han sido colusorias;

c. Los bienes o servicios pueden ser suministrados únicamente por un proveedor en particular y no existen bienes o servicios alternativos o sustitutos razonables por cualquiera de las siguientes razones:

(i) la licitación es para una obra de arte; (ii) la protección de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos; o (iii) ausencia de competencia por razones técnicas;

2. Para entregas adicionales por parte del proveedor original de bienes o servicios que no fueron incluidos en la contratación inicial. Si un cambio de proveedor para dichos bienes o servicios adicionales: (i) no puede realizarse por razones económicas o técnicas, tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con equipos, software, servicios o instalaciones existentes adquiridos en el marco de la contratación inicial; y (ii) causaría inconvenientes importantes o una duplicación sustancial de costos para la entidad contratante;

3. En la medida en que sea estrictamente necesario si, por razones de extrema urgencia provocadas por hechos imprevisibles por parte de la entidad contratante, los bienes o servicios no pudieran obtenerse a tiempo mediante licitación abierta o licitación selectiva: (i) para bienes adquiridos en un mercado de productos básicos; (ii) si una entidad contratante adquiere un prototipo o un primer bien o servicio que se desarrolla a su solicitud en el curso de un contrato particular de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original.

4. El desarrollo original de un primer bien o servicio puede incluir producción o suministro limitado para incorporar los resultados de las pruebas de campo y demostrar que el bien o servicio es adecuado para producción o suministro en cantidad con estándares de calidad aceptables, pero no incluye producción en

cantidad. o suministro para establecer la viabilidad comercial o recuperar costos de investigación y desarrollo.

5. Para compras realizadas en condiciones excepcionalmente ventajosas que solo surgen a muy corto plazo en el caso de enajenaciones

inusuales, como las derivadas de liquidación, suspensión de pagos o quiebra, pero no para compras rutinarias a proveedores habituales; o si se adjudica un contrato a un ganador de un concurso de diseño, conforme a las reglas del presente capítulo.³⁶

VIII. CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

En todos los Tratados se impulsa el uso de los medios electrónicos en el procedimiento de contratación. Ahora se promueve de manera específica la utilización de sistemas y software de tecnología de la información, incluidos los relacionados con la autenticación y el cifrado de la información, que estén generalmente disponibles. La interoperabilidad con otros sistemas y software de tecnología de la información es esencial para salvaguardar la integridad de las solicitudes de participación, ofertas y el desarrollo de toda la licitación que arroje información detallada.

En México la contratación electrónica se lleva a cabo mediante el CompraNet,³⁷ que administra los procedimientos de contratación, incluidos los procedimientos de adjudicación directa que deriven de un contrato marco. Sin embargo, dado que la Secretaría de Hacienda y Crédito Pública (SHCP), es ahora el órgano rector y responsable para promover la homologación de políticas, normas y criterios en materia de contrataciones públicas se hará cargo del Compranet, el cual antes estaba bajo la coordinación de la Secretaría de la Función Pública (SFP).³⁸

³⁶ TLCUEM, Artículo 21.12

³⁷ Ver, Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público artículo 2, fracción II

³⁸ Diario Oficial de la Federación, 31 de julio de 2019... "Que en términos a los artículos 17 y 41, fracción XX de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASP) y

Asimismo para fortalecer el sistema de CompraNet, se acaba de incorporar un módulo denominado “Tienda Digital del Gobierno Federal”, a través del cual se llevarán a cabo los procedimientos de contratación mediante el uso de catálogos electrónicos que contengan los bienes o servicios que se realicen bajo el formato de compras consolidadas o centralizadas donde una entidad o varias son responsables de la conducción de la licitación.

En forma general la utilización de los medios electrónicos de información y comunicación hará diferencia en tiempo para la publicación de avisos, entrega-recepción y generación de documentación antes, durante y después de la licitación. Esto garantiza la transparencia y la imparcialidad y previene conflictos de intereses y prácticas corruptas, de conformidad con la legislación de la Parte interesada.

“Una entidad contratante podrá reducir el plazo de licitación en cinco días para cada una de las siguientes circunstancias:

- (a) el aviso de contratación prevista se publique por medios electrónicos;
- (b) toda la documentación de la licitación esté disponible por medios electrónicos a partir de la fecha de publicación del anuncio de contratación prevista; y
- (c) la entidad contratante acepta ofertas por medios electrónicos.”³⁹

La Directiva 2014/24/UE pretende reforzar las técnicas que permiten la contratación agregada, a las que agrupan con las técnicas y herramientas para la contratación electrónica. Aunque los objetivos y regulación de unas y otras son diferentes, la Directiva los une porque en todos ellos prevé la utilización de medios electrónicos.

del artículo 14, párrafo tercero del Reglamento de la LAASP, en relación con el artículo Octavo Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público coordinar las acciones necesarias con las dependencias y entidades para celebrar contratos marco, incluyendo, entre otras, su elaboración y celebración...

³⁹ Ver TLCUEM, Artículo 21.10

En efecto, el capítulo II del título II de la Directiva 2014/24/UE lleva por rúbrica “Técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada” y regula seis figuras específicas: los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas, los catálogos electrónicos, las centrales de compras y la contratación conjunta.

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal es el primer país de los 27 miembros de la Unión Europea que apostó por la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-Ley n.o 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP)⁴⁰, con un horizonte temporal de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autoridades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-Ley n.o 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

La Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), para impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz

⁴⁰ El CCP tiene una intención codificadora y ha venido a agrupar en un único texto legal todas las disposiciones relativas a las fases preparatorias y ejecutorias de los contratos públicos que anteriormente se encuentran dispersas en diversas normas. De esta forma, el CCP traspone tanto la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, como la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), corrigiendo la limitada e incompleta trasposición

en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la Unión Europea (UE).⁴¹

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia ventajas en relación con los procedimientos concretos frente a los sistemas basados en el soporte de papel. La contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costos administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podrían ser muy favorables y aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados. El recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión.

Asimismo promueve la integración de los mercados de contratación en la UE , en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas.

En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados.

⁴¹ Puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/golden-book/catalogue_en.htm (versión en inglés), fecha de consulta 21 de abril de 2013.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas.

El mercado único europeo de contratación pública electrónica se enfrenta pues a obstáculos importantes, entre ellos también la falta de interoperabilidad transfronteriza y la complejidad de la interfaz. Frente a ello, recientemente se ha publicado el Libro de Oro de las buenas prácticas en contratación pública electrónica⁴², un estudio que analiza en profundidad diversas plataformas electrónicas utilizadas para la contratación pública en la UE.

A. Subastas electrónicas

Cuando una entidad contratante toma la decisión de llevar a cabo el procedimiento de contratación mediante una subasta electrónica, se deberá emitir los lineamientos de operación previos a su realización, notificando a cada uno de los participantes:

“a) el método de evaluación automática, incluida la fórmula matemática, que se basa en los criterios de evaluación establecidos en la documentación de la licitación y que se utilizará en la clasificación o reclasificación automática durante la subasta;

b) los resultados de cualquier evaluación inicial de los elementos de su oferta si el contrato se adjudicará sobre la base de la oferta más ventajosa; y

⁴² Puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/e-procurement/golden-book/catalogue_en.htm (versión en inglés), fecha de consulta 21 de abril de 2013.

(c) cualquier otra información relevante relacionada con el desarrollo de la subasta.”⁴³

En consecuencia, recae en la entidad contratante la conducción del procedimiento de contratación, realizando todas las acciones y comprobación de requisitos de autenticación y cifrado u otros requisitos relacionados con el sistema de operación y la aplicación de las reglas de operación, la presentación de información, incluida la identificación de los elementos de la licitación relacionados con los criterios de evaluación, sobre los cuales se desarrollará la subasta.

B. Mantenimiento de documentación, reportes y trazabilidad electrónica

Una entidad contratante, durante un período de al menos tres años a partir de la fecha en que adjudique un contrato, mantendrá la documentación e informes de las licitaciones y adjudicación de contratos relacionados con las adquisiciones cubiertas. La base de datos que se instaure al amparo de este capítulo deberá asegurar la adecuada trazabilidad de la realización de la contratación cubierta por medios electrónicos para llevar a cabo el intercambio de estadísticas, la atención de las solicitudes de información por parte de los participantes en las licitaciones.

En este sentido, la información estadística deberá también contener datos sobre el país de origen de los productos y servicios adquiridos por sus entidades contratantes, con el propósito de que sean analizados comparativamente por el Comité de Contratación Pública. ⁴⁴ Una decisión muy importante, es dar un seguimiento eficaz de las adquisiciones cubiertas por este Capítulo mediante una base de datos única y uniforme, donde aparte de la información estadística que

⁴³ TLCUEM, Artículo 21.11

⁴⁴ Ver. TLCUEM, Artículo 21.19

El Subcomité de Contratación Pública abordará asuntos relacionados con la implementación y operación de este Capítulo, tales como la modificación de los Anexos 21-A y 21-B

y cualquier otro asunto relacionado con el funcionamiento de este Capítulo.

deba contener y se genere, automáticamente se difunda incluyendo información sobre los contratos adjudicados. La información debe ser accesible y de carácter público, incluyendo la posibilidad de realizar consultas en un sitio web que se establezca para estos fines.

IX. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

En las adjudicaciones de los contratos permea el principio de Transparencia en la actuación de los licitantes y licitadores, difundiendo la información generada en el procedimiento de contratación, atendiendo sin demora a los proveedores participantes de sus decisiones de adjudicación de contratos. Asimismo, es muy importante atender una solicitud a los proveedores no ganadores una una explicación de las razones por las cuales la entidad contratante no seleccionó su oferta y las ventajas relativas de la oferta del proveedor cuyo fallo cayó a su favor.

⁴⁵ Cuando una entidad contratante brinda a un proveedor la oportunidad de corregir errores de forma involuntarios entre la apertura de las ofertas y la adjudicación del contrato, la entidad contratante brindará la misma oportunidad a todos los proveedores participantes.

Los que resulten beneficiados por la adjudicación de un contrato, deberán agotar adecuadamente el procedimiento de contratación, desde la apertura y la presentación de las ofertas, el cumplimiento con los requisitos esenciales establecidos en los avisos y documentación de la licitación. A menos que una entidad adjudicadora determine que no es de interés público adjudicar un contrato, adjudicará el contrato al proveedor que la entidad adjudicadora haya determinado que es capaz de cumplir los términos del contrato conforme a los criterios de evaluación especificados. Sin embargo, en toda adjudicación de contratado, exista la obligación de la entidad adjudicadora de considerar la oferta más ventajosa; o si el precio es el único criterio, el precio deberá ser el más bajo.

⁴⁵ TLCUEM, Artículo 21.15, Transparencia de la información sobre adquisiciones.

Una entidad o dependencia podrá verificar al momento de la adjudicación si el proveedor cumplirá con los términos y condiciones del contrato, por lo que no podrá interponer pretextos para cancelar una contratación o modificar los contratos adjudicados. En consecuencia, se podrá disponer, como regla general, un período de suspensión entre la adjudicación y la celebración de un contrato a fin de dar tiempo suficiente a los licitadores no seleccionados para revisar y cuestionar la decisión de adjudicación.⁴⁶

Después de 72 días después de la adjudicación cada la entidad publicará un aviso a través de un medio electrónico, cuya información deberá incluir al menos la siguiente información:

- (a) una descripción de los bienes o servicios adquiridos;
- (b) el nombre y la dirección de la entidad contratante;
- (c) el nombre y la dirección del proveedor seleccionado;
- (d) el valor de la oferta ganadora o de las ofertas más altas y más bajas tomadas en cuenta en la adjudicación del contrato;
- (e) la fecha de adjudicación; y
- (f) el tipo de método de contratación utilizado y, en los casos en que se utilizó la licitación limitada de conformidad con el Artículo 21.12, una descripción de las circunstancias que justifiquen el uso de la licitación limitada.⁴⁷

La Directiva 2014/24/UE contempla que los poderes adjudicadores puedan utilizar como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido. La evaluación de impacto de las medidas a adoptar en la reforma de las directivas sobre contratos públicos realizada por la Comisión puso de manifiesto que el carácter desproporcionado de los procedimientos genera costes excesivos. Un procedimiento normal cuesta cerca de 28.000 euros (por término medio, 5.500 euros para la entidad o poder adjudicador y 3.800 euros por empresa licitadora). En

⁴⁶ Op. Cit. 21.11

⁴⁷ TLCUEM, Artículo 21.15

el umbral más bajo de las directivas, aplicable a los contratos de suministros y servicios (125.000 euros), estos costes representan entre el 18 y el 29 % del valor del contrato. Otro dato importante son las significativas variaciones observadas en los resultados de los Estados miembros (por ejemplo, la diferencia en el tiempo que se requiere desde la fecha de envío del anuncio de contrato hasta la adjudicación puede llegar a los 180 días)⁴⁸.

Carlos Delpiazo define la adjudicación del contrato como un acto administrativo, precontractual, separado y recepticio. La adjudicación debe ser comprendida como: “la declaración administrativa de que el contrato pertenece en su ejecución al contratista seleccionado. Dicha adjudicación deberá llevarse a cabo utilizando una pluralidad de criterios, tanto de carácter cualitativo como económico, sobre la base de la mejor relación calidad-precio.⁴⁹ En aspectos técnicos se traduce en un dictamen, una opinión fundada en valoraciones técnicas-financieras es también la manifestación de la voluntad de ente adjudicador, en este caso la voluntad del Estado que pasa de ser un punto de vista de las áreas de evaluación a una decisión administrativa que tiene matices políticos.

El TLCUEM dimensiona a la adjudicación como un acto sencillo, desde una perspectiva administrativa, sin pensar que es donde verdaderamente empieza los problemas jurídicos para la instrumentación del contrato. De tal forma que la mejor oferta que se presenta en tiempo y cumpla con los requisitos establecidos en los avisos y bases de licitación se le adjudicará el contrato por la autoridad en el momento de la apertura de las propuestas. A menos que no medie el interés público

⁴⁸ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, pág. 4).

⁴⁹ Ver, DELPIAZZO, Carlos E., Derecho Administrativo General, 2a. ed. actualizada y ampliada, Montevideo, A.M.F., 2015, vol. I. Pág. 30-35-

para impedir la adjudicación de un contrato, se formalizará el contrato al proveedor que la entidad contratante haya determinado que tiene las capacidades legal y financiera y las habilidades comerciales y técnicas para cumplir con los términos del contrato, ya sea que presente la oferta más ventajosa y si el precio es el único criterio, presente el precio más bajo dentro de la oferta.

A partir de la emisión del fallo se harán exigibles los derechos y obligaciones inherentes al modelo de contrato que se adjunta a la convocatoria, el cual deberá formalizarse jurídicamente dentro de un periodo preestablecido, a efecto de que los proveedores cumplan con las condiciones establecidas en su oferta. En algunos casos, las dependencias tienen a su disposición ofertas inferiores en precio que llaman la atención, pero que cumplen con todos los requisitos y condiciones de la convocatoria, lo cual es doblemente sorprendente, por lo que deberá contactar con el proveedor para confirmar si realmente puede cumplir con los términos del contrato a esos precios irrisorios, además podrá adjudicar el contrato a un proveedor que ya se le hayan asignados previamente otros contratos o condicionar la adjudicación a la poca experiencia previa del proveedor. Por cuestiones de interés público puede adjudicar el contrato a la oferta que contenga un precio más bajo o más ventajoso de acuerdo a los criterios de evaluación establecidos en la convocatoria. Por lo tanto, las adjudicaciones se circunscriben a los criterios y los requisitos esenciales establecidos en las bases de licitación, sin que ello implique la utilización de cláusulas relativas a opciones con objeto de eludir las disposiciones aplicables al procedimiento.⁵⁰

La dependencia gubernamental deberá informar en tiempo y forma a todos los proveedores participantes sobre la decisión tomada sobre los contratos adjudicados, por lo que a solicitud expresa de un proveedor que no le fue adjudicado el contrato, la dependencia explicará, fundará y motivará las razones por las cuales no fue elegida, en forma comparativa a las características y ventajas de la oferta

⁵⁰ Ver. MORENO MOLINA José Antonio, et al, CANCINO GÓMEZ Rodolfo, La Contratación Pública Internacional, Unión Europea-México, Reino Unido. Chartridge Books Oxford, 2018. P.178-181

seleccionada, mencionando el nombre del proveedor ganador, a menos que la dependencia considere no divulgar esa información cuando fuere contraria al interés público, lesione los intereses comerciales de una persona en particular; o fuera en detrimento de la competencia leal entre proveedores.

X. MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN

A diferencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (T-MEC), se incluye este tema de gran relevancia para que la contratación pública reduzca o elimine los grados de corrupción de los servidores públicos o los licitadores, dado que es un tema que se debe analizar en doble sentido. De tal forma que se obliga a cada Parte contar con las medidas adecuadas para prevenir, detener, e inhibir la corrupción en sus procedimientos de contratación pública, así como establecer sanciones para impedir la participación de empresas que caigan en irregularidades o resulten inelegibles ya sea por tiempo indefinido o por un período de tiempo determinado.⁵¹

El tema cae también dentro del Derecho, cuando las autoridades judiciales de esa Parte hayan determinado por decisión final que han incurrido en acciones fraudulentas u otras acciones ilegales en relación con la contratación pública en el territorio de esa Parte. Cada Parte también se asegurará de contar con políticas y procedimientos para eliminar, en la medida de lo posible, o gestionar cualquier posible conflicto de intereses por parte de quienes participen en una contratación o tengan influencia sobre ella.

A diferencia del T-MEC no existe un rubro sobre la **“garantía de la integridad de las prácticas de contratación”**, pero de una u otra forma el tema de **“anticorrupción”** persiguen los mismos propósitos de combatir el tráfico de influencias, el cohecho, el fraude, el soborno congruente con las mejores prácticas internacionales. Es un nuevo tema conocido como “compliance” o programas de cumplimiento que deben adoptar e instrumentar las empresas en

⁵¹ TLCUEM, Artículo 21.4.

materia penal, civil o administrativa en contra de la corrupción, fraude y otros actos ilícitos en las contrataciones públicas. Esto trae consigo necesariamente reforzar el marco jurídico para que de forma integral se adicionen a los procedimientos ya existentes parámetros para inhabilitar, suspender o cancelar la participación de proveedores que se encuentran coludidos y/o se determina su participación en actos de corrupción.

La investigación administrativa debe ser de conformidad al derecho nacional donde se lleva a cabo la licitación. Debe iniciarse ante cualquier tipo de denuncia, imputación directa de otro participante dentro del procedimiento o la presentación de irregularidades o evidencias objetivas que presuman o demuestren que algún proveedor se encuentra involucrado en esos actos anómalos que colapsan el presupuesto público. La autoridad, en este caso la Secretaría de la Función Pública (SFP) debe ponderar la gravedad de los actos u omisiones del proveedor para determinar una eventual inhabilitación o suspensión, pero escuchando previamente al proveedor presuntamente afectado sobre la duración de la medida que va a imponer.⁵²

Una cuestión sobresaliente de este apartado de integridad en la contratación, es la obligación en el establecimiento de políticas o procedimientos para abordar posibles conflictos de interés entre los agentes que participan en un procedimiento de contratación pública. Esto es realmente un reto, dado que México adolece de una normatividad fuerte y estricta en la materia, aún menos que se adapte a las nuevas prácticas y directivas internacionales para detener el tráfico de influencias. Esto impone una obligación a los Estados Miembros de asegurarse de que *los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir.*⁵³

⁵² Capítulo 13, Artículo 17

⁵³ SEMPLE, A. "Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive". *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, n.º 3/2015, pp.171-186 en p.182.

En consecuencia, la exclusión de un operador económico a causa de una situación de conflicto de intereses, sanciona a dicha empresa (impidiendo su participación en el procedimiento) por una situación que le es en cierto modo ajena. A estas particularidades habría que añadir los riesgos clásicos identificados en las exclusiones de licitadores, como la limitación de la competencia y la lesión al principio de libre competencia,⁵⁴ que disminuyen la capacidad de eficiencia del procedimiento de contratación, e incluso el riesgo de que, a pesar de la exclusión, y dado que el conflicto reside en el empleado público, el comportamiento de éste pueda seguir siendo parcial para con el resto de licitadores –puede, así, que una exclusión deba ir acompañada de la recusación de los empleados públicos en conflicto.⁵⁵

Quizá esta distinción entre conflictos de interés “estrictos” y aquellos derivados de participación previa en el contrato responda a la inspiración del legislador europeo en la tradición reguladora de conflictos de interés americana. En EEUU, la tradición jurídica en materia de contratación pública divide los conflictos de interés en dos tipologías, conflictos de interés personales y conflictos de interés organizacionales, refiriéndose los segundos, entre otros, a los generados por la participación de las empresas en alguna de las fases contractuales como asesor o

⁵⁴ No debemos olvidar que, como afirma DÍEZ SASTRE, las normas europeas sobre contratos públicos siguen pivotando en torno a un objetivo fundamental de buen funcionamiento del mercado y de competencia entre los operadores económicos, DÍEZ SASTRE, S. “Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior”. En: GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) *Observatorio de los contratos públicos 2014*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, p. 63.

⁵⁵ PRIESS afirma que: *a member of the decision-making body of a contracting authority who has a special relationship to one of the bidders may, even after the exclusion of that bidder, not be totally impartial with regard to the remaining competitors*. PRIESS, H.J. “Distortions of competition...” *op. cit.* en p. 162; DARLEY, R.G. “Personal conflicts of interest digest”. *Public Contract Law Journal*, 20, 1991, pp. 302 y ss.

prestador de servicios de poder adjudicador, regulándose históricamente de manera independiente.⁵⁶

Es un salto hacia adelante reglamentar dentro de este tratado, la obligación de que los proveedores ganadores deban mantener y aplicar controles internos efectivos, conducirse con ética comercial e instrumentar programas de cumplimiento para prevenir y detectar la corrupción, el fraude y otros actos ilícitos. Esto conlleva para todas las partes en un contratación a la creación de códigos éticos de conducta que guíen sus actuaciones *que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades*, que presupone es uno de los principales objetivos a seguir marcados por la doctrina y organismos internacionales en los últimos años.⁵⁷

En cuanto a los programas de cumplimiento (compliance) deben aplicarse no sólo a los ganadores de una licitación, sino debe ser extensivo a todos los participantes de un procedimiento de contratación. Estos programas tienen un carácter preventivo, regulatorio y sancionador no sólo en el ámbito administrativo sino también en el ramo penal⁵⁸aplicables para los operadores económicos, cuyas conductas pueden

⁵⁶ TAYLOR, J.W. "Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation". *Public Contract Law Journal*, 15, 1984, pp. 107

⁵⁷ Véase, a modo de ejemplo: MARTINEZ MARTINEZ, M. "Capítulo de Cataluña". En European Anti-Corruption Office (OLAF) Y ESADE. *HERCULE II PROGRAMME. TRAINING, SEMINARS AND CONFERENCES PROPOSAL. Prevención del fraude en la política de cohesión 2014 - 2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*. Julio de 2015. pp. 83-85; ODCE. *La integridad en la contratación pública: Buenas prácticas de la A a la Z*. OCDE. Traducción: Instituto Nacional de Administración Pública. Edit. Instituto Nacional de Administración Pública. 2009. pp. 61-98

⁵⁸ Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 421. Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. El Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con

ser tipificadas como delitos, adicionalmente pueden caer en responsabilidades administrativas en franca violación a los artículos 24 y 25 de la Ley de Responsabilidades Administrativas.

Asimismo es importante y urgente la incorporación en nuestra legislación de una figura de denuncia (whistleblowing) no sólo para las empresas, sino también para los órganos adjudicadores, donde los empleados participantes o relacionados con el procedimiento tienen probablemente un mayor conocimiento de las relaciones de sus compañeros y las actividades desarrolladas por la entidad adjudicadora, y por tanto una mayor probabilidad de identificación de conflictos de interés y actividades corruptas –en concreto, según un estudio, alrededor del 40% de las actividades fraudulentas detectadas en procedimientos de contratación lo son a través de denuncias de empleados de la entidad adjudicadora. De hecho, el estudio *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*, encargado por la Comisión Europea, revela que una eventual implantación de canales de denuncias o *whistleblowing* podrían, en efecto, reportar importantes beneficios económicos para las arcas públicas de aquellos sistemas legales que lo apliquen.⁵⁹

La Directiva 2014/24/UE plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales²⁰⁸, para cuya

excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido. No se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito (...)

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA. *Estimating the Economic Benefits of Whistleblower Protection in Public Procurement*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la UE, 2017; PIGA, G. “A fighting chance against...” pp. 149-153.

mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

Se regulan así los denominados conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

La importancia económica, política y social de la contratación pública, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La nueva norma prevé en primer lugar medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores⁶⁰.

XI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cada parte proporcionará un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, efectivo, transparente y no discriminatorio mediante el cual, en el contexto de una contratación cubierta en la que el proveedor tiene o ha tenido un interés, un

⁶⁰ Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre “la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pág. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 505 y 506.

proveedor podrá impugnar una infracción de este Capítulo. Las reglas de procedimiento para todas las impugnaciones deberán estar por escrito y estar disponibles de forma generalizada.

En caso de una queja de un proveedor, que surja en el contexto de una contratación cubierta en la que el proveedor tiene, o ha tenido, un interés, que ha habido una infracción o un incumplimiento, la Parte de la entidad contratante que realiza la contratación cubierta alentará a la entidad contratante y al proveedor a buscar la resolución de la reclamación mediante consultas. La entidad contratante otorgará una consideración imparcial y oportuna a dicha reclamación de manera que no perjudique la participación del proveedor en la contratación en curso o futura ni su derecho a buscar medidas correctivas en el marco del procedimiento de revisión administrativa o judicial.

Se concederá a cada proveedor un período de tiempo suficiente para preparar y presentar una impugnación, que en ningún caso será inferior a 10 días desde el momento en que se conoció la base de la impugnación o debería haberla conocido razonablemente el proveedor. Cada parte está obligada a prever medidas provisionales rápidas para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación. Esas medidas provisionales pueden dar lugar a la suspensión del proceso de contratación. Los procedimientos pueden prever que las consecuencias adversas primordiales para los intereses de que se trate, incluido el interés público, puedan tenerse en cuenta a la hora de decidir si deben aplicarse tales medidas. Cualquier justificación para no actuar se proporcionará por escrito.

Podrán adoptarse o mantenerse procedimientos que prevean acciones correctivas o de compensación por la pérdida o daños sufridos si un organismo de revisión ha determinado que ha habido una infracción o un incumplimiento. La compensación por la pérdida o los daños sufridos podrá limitarse a los costos de preparación de la oferta o los costos relacionados con la impugnación, o ambos.⁶¹

⁶¹ TLCUEM, Artículo 21.17

En términos generales se garantiza que exista un recurso de impugnación o reclamación cuando exista: i) una violación a las disposiciones de este capítulo o ii) existe incumplimiento de una dependencia gubernamental conforme a las disposiciones de este Capítulo y el proveedor no tiene derecho a impugnar conforme al derecho nacional. En ambas situaciones (violación o incumplimiento) la dependencia contratante del país miembro y el proveedor están obligados a buscar una solución mediante consultas.

Si bien de manera textual no se exige el establecimiento de tribunales especializados, subyace el razonamiento de que cada país miembro debe tener una autoridad revisora, ya sea administrativa o judicial imparcial e independiente de las dependencias o entidades contratantes, en este caso, debe ser independiente del Poder Ejecutivo. En conclusión, deben existir tribunales competentes para conocer a fondo todo el marco jurídico obeso, disperso y complejo de la contratación pública, ya que esto se complica aún más cuando estamos ante obligaciones internacionales conforme a tratados comerciales.

Cuando esté en camino la resolución de una reclamación, no se suspenderán los derechos de participación de los proveedores. Esto es muy importante para que no exista una descalificación anticipada o se deje en estado de indefensión a los proveedores o estén en desventaja para agotar una instancia posterior que preserve la oportunidad en la contratación. Además existe la obligación de las dependencias y entidades gubernamentales de ceñirse a esta directiva para que en tanto resuelven, no se afecten los intereses de los participantes en una contratación pública.

Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014 pretenden simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales. La Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo modificó las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de

la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos⁶².

El objetivo manifestado por la Comisión en la elaboración de la propuesta de reforma de las llamadas directivas “recursos” era animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de que, llegado el caso, podrán entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos. Este refuerzo de la eficacia de los recursos precontractuales incitará a los órganos de contratación a dar mejor publicidad a sus contratos y a sacarlos a licitación en beneficio de todas las partes interesadas.

Las modificaciones de las directivas de recursos introducen normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales entablados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa⁶³. También tienen como objetivo reorientar el mecanismo corrector que puede activar la Comisión hacia los casos de infracciones graves y, como ya se ha señalado, derogar dos mecanismos (el de certificación de las entidades contratantes y el de conciliación) aplicables únicamente en los sectores especiales y que no han sido utilizados por las entidades públicas.

⁶² Sobre la propuesta de la Comisión de directiva de modificación de las Directivas 89/665 y 92/13, puede verse TORNOS MAS, J., “Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratos de las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, no 59 (2006), págs. 45 y ss.

⁶³ Un completo análisis de la Directiva 2007/66 puede encontrarse en NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *El Derecho de los contratos públicos* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Monografía núm. X de la Revista Aragonesa de Administración Pública, págs. 304 y ss.

En las directivas «recursos» se establece una distinción entre, por una parte, los recursos precontractuales, destinados principalmente a corregir a tiempo las infracciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por otra, los recursos postcontractuales, que se limitan, por lo general, a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

XII. FUENTES SELECTAS

ARROWSMITH, S. (edit.) *EU Public Procurement Law: An Introduction*. EU Asia Inter-University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, 2010.

BERNAL BLAY, M.A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 137 (2008)

BOVIS, Christopher. *Public Procurement in the European Union*. Houndmills (Reino Unido) Palgrave Macmillan, 2005.

— *EC Public Procurement: Case Law and Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

— “Judicial activism and public procurement”. En: BOVIS, C. (ed.), *Research Handbook on EU Public Procurement*. Elgar, 2016,

CERRILLO I MARTÍNEZ, A “Public transparency as a tool to prevent corruption” and *Preventing corruption and promoting good governance and public integrity*. Bruselas: Bruyant, 2017

DELPIAZZO, Carlos E., *Derecho Administrativo General*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Montevideo, A.M.F., 2015,

FABIÁN CAPARRÓS, E.A. “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)”. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Edit. Ratio Legis. Salamanca, 2004.

GIMENO FELIU, J.M., “Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 159

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. “Globalización económica, políticas públicas, política pública”. En: GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. *Globalización Económica y Estado*. HG Editores, 2015.

HODGSON, G. y JIANG S. “La Economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”. *Revista de Economía Institucional*, volumen 10, Núm. 18. Bogotá. Enero-Junio 2008, pp. 55-80. Disponible en: <http://www.economiaiinstitucional.com/pdf/No18/ghodgson18.pdf>

LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Contratación Administrativa Práctica*, no 126 (2013)

MORENO MOLINA José Antonio, et al, CANCINO GÓMEZ Rodolfo, *La Contratación Pública Internacional*, Unión Europea-México, Reino Unido. Chartridge Books Oxford, 2018

MORENO MOLINA, J.A. (dir.): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

PINTOS SANTIAGO, J. “Los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea y el proteccionismo”, *Contratación administrativa práctica*, nº. 140 (2015).

PINTOS SANTIAGO, J., *La implantación de la administración electrónica y de la e-factura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017

PIÑAR MAÑAS, J.L., “El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley”, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996

RÍOS RUIX, M.A.

SEMPLE, A. "Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A critical Look at the Public Sector Procurement Directive". *European Procurement & Public Private Partnership Law Review (EPPPL)*, No. 3/2015.

TAYLOR, J.W. "Organizational conflicts of interest under the federal acquisition regulation". *Public Contract Law Journal*, 15, 1984

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.; "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena Administración", *Las vías administrativas de recurso a debate*, AEPDA-INAP, Madrid, 2016.

PRESUPUESTO PARTICIPATIVO UNIVERSITARIO EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS.

“PARTICIPATIVE UNIVERSITY BUDGET IN LAW SCHOOL OF UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS”.

Constantino Pérez Mauricio

Sumario: I. Introducción, II. ¿Qué es el presupuesto?, III. Historia del presupuesto participativo, IV. Presupuesto participativo en México, V. Teoría del presupuesto participativo, 5.1 Definición de presupuesto participativo, 5.2 Características, 5.3 Requisitos mínimos, 5.4 Ventajas y desventajas, VI. Presupuesto participativo universitario en la Argentina, VII. Universidad Autónoma de Chiapas, 7.1 Ejercicio de PPU en la Facultad de Derecho, VIII. Reflexiones finales, IX. Fuentes selectas.

Resumen: En este artículo exponemos una propuesta de presupuesto participativo para universidades públicas. Este ejercicio ha sido pensado para la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chiapas. Para ello ha servido de base la experiencia de presupuesto participativo universitario de la Universidad Nacional de General Sarmiento en la Argentina, y se rescatan los principales elementos teóricos y las características del citado ejercicio con el fin de usarlos como herramienta en la propuesta de ejercicio de presupuesto participativo universitario.

Palabras clave: comunidad universitaria; democracia; presupuesto participativo; presupuesto participativo universitario; propuesta.

Summary: *in this article we expose a proposal of participatory budget for public universities. This proposal has been though for the law school of “Universidad Autónoma de Chiapas. That is why it has served as experience of participatory Budget of Universidad Nacional de General Sarmiento in Argentina, and the main theoretical elements are taken and the features of the cited exercise so that they can be used as tools in the proposal of university participatory Budget.*

Keywords: *university community, democracy, participative budget; university participative budget; proposal.*

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio surge de la necesidad de crear e incentivar la participación de los universitarios en las decisiones económico-financieras de sus centros educativos. Durante el análisis se precisa en qué consiste el presupuesto público; también se realiza un repaso por la historia del presupuesto participativo y de sus inicios en México. Ponemos de manifiesto las características y elementos teóricos del presupuesto participativo, así como sus ventajas e inconvenientes, para proponer en su momento una metodología básica y sencilla con el objetivo de que algún día se postulen y favorezcan los presupuestos participativos de cuño universitario a partir de las experiencias suscitadas en la Universidad Nacional de General Sarmiento, en la Argentina.

Cabe resaltar que la propuesta que aquí realizamos es en abstracto, pues su práctica encontrará obstáculos de índole administrativa, técnica, legal, financiera o de cualquier otra índole que deberán ser superados y pulidos en atención al tipo de ejercicio democrático de que se trata.

II. ¿QUÉ ES EL PRESUPUESTO?

Conviene precisar qué es un presupuesto, en este caso, refiriéndose tanto al aspecto de ingresos como el de egresos, no obstante que en nuestro país se sigue la tradición de separar los ingresos de las erogaciones desde el año de 1824,⁶⁴ lo cual se traduce en la correspondiente publicación de la Ley de Ingresos y el Decreto de Egresos de la Federación, respectivamente. Se destaca que las entidades federativas y los municipios de la república operan el rubro de sus finanzas de acuerdo con la tradición antedicha.

Así, una idea cercana a un presupuesto público consiste en un mero cálculo aproximado de los gastos a ejecutar durante un determinado tiempo, normalmente

⁶⁴ Arteaga Nava, Elisur, Derecho Constitucional, tercera edición, México, Oxford, 2008, p. 780.

corresponde a un ejercicio fiscal.⁶⁵ Vale la pena destacar que un presupuesto de egresos es el documento contable y de previsión de gastos a realizar durante un ejercicio fiscal determinado, es decir, que todo gasto a efectuar por las dependencias y entidades de la administración pública deberá estar autorizado en el presupuesto de que se trate o en ley posterior.⁶⁶

Cabe señalar que cada dependencia y entidad de la administración pública tendrá una distribución y asignación presupuestal para el desempeño de sus funciones, y las universidades públicas no son la excepción. Las universidades públicas poseen un propio régimen de adquisiciones de bienes y servicios como cualquiera otra dependencia o entidad de la administración pública, por ende, contémplesse la posibilidad de realizar ejercicios de presupuesto participativo por y para alumnos.

Es oportuno destacar que un presupuesto de egresos es materialmente administrativo, pero formalmente legislativo, toda vez que es el Ejecutivo Federal quien manda la iniciativa de presupuesto a la Cámara de Diputados y es en ese recinto legislativo donde se discute, examina, aprueba y, probablemente, modifique el correspondiente presupuesto de egresos.⁶⁷ Normalmente en un presupuesto de egresos de índole pública se estatuyen y describen las cantidades asignadas y la forma de distribución de los recursos a favor de los poderes tradicionales, órganos

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 779.

⁶⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917, última reforma 20/02/2021, artículo 126.

⁶⁷ "PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN. SU OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA", Tesis: I.8o.A.3 CS (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, Décima Época, Pag. 2517, Tesis Aislada (Constitucional).

constitucionales autónomos, entidades federativas, municipios y al resto de entidades y personas que reciban recursos estatales.⁶⁸

III. HISTORIA DEL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO.

Es importante mencionar que la práctica y la visión del PP nace en la ciudad de Porto Alegre, capital del estado de Río Grande del Sur, en Brasil. Esto hasta donde me fue posible rastrear los orígenes históricos. La unión de trabajadores, sindicatos, la clase media y los intelectuales de izquierda hicieron posible el surgimiento del Partido de los Trabajadores, con la finalidad de democratizar la vida estatal.⁶⁹

Sin embargo, es necesario patentizar que una de las razones por las que se dio la necesidad de implementar el PP se debió a la creciente densidad poblacional y, en consecuencia, el acrecentamiento en la exigencia de infraestructura y servicios públicos por parte de la población de la ciudad de Porto Alegre, en Brasil.⁷⁰

Así pues, resulta relevante dar cuenta de que los orígenes del PP son más complejos de lo que aquí se muestra, ya que fue a finales de los setenta e inicios de la década de los ochenta cuando diversos gobiernos municipales brasileños sometieron su presupuesto al debate público.⁷¹

Para Tarso Genro el PP trata de:

⁶⁸ Figueroa Trujillo, Rosa Irene, "Federalismo fiscal y su incidencia en el ingreso en el estado de Sinaloa. Transparencia y rendición de cuentas", en Camargo González, Ismael, Federalismo fiscal, transparencia y rendición de cuentas, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015, p. 25.

⁶⁹ Ayala Sánchez, Alfonso y Hernández Polanco, José Ramón, "Los presupuestos participativos, una estrategia de diálogo entre ciudadanos y autoridades", en AYALA SÁNCHEZ, Alfonso (coord.), Nuevas avenidas de la democracia contemporánea, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 78.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ Goldfrank, Benjamin, "Los procesos de presupuesto participativo en América Latina: éxito, fracaso y cambio", Revista de Ciencia Política, Santiago, Volumen 26, Núm. 2, 2006, p. 5. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v26n2/art01.pdf> (consultado el 09/11/2020).

“[...] un nuevo centro de decisiones que, junto a los poderes Ejecutivo y Legislativo, democratizaron efectivamente la acción política e integraron a los ciudadanos comunes a un nuevo “espacio público [...]”⁷²

Lo rescatable de la instauración de procedimientos de presupuesto participativo redunda en que la ciudadanía fue integrada a los grupos de toma de decisión, lo cual se tradujo en mejoras a la infraestructura y a los servicios públicos con mayor calidad; además de que se empezó a gestar una forma de administración compartida del presupuesto entre gobernantes y sociedad.⁷³ Sin duda alguna este tipo de ejercicios representa buenas oportunidades para escuchar las verdaderas necesidades de la población, en el entendido de que los servidores públicos encargados de las compras y de los servicios no las conocen a fondo ni en número.

Los factores que detonaron el éxito del PP portoalegreño consistieron en la reforma tributaria al sistema de recaudación del Impuesto Predial y Territorial Urbano, las modificaciones relativas al régimen de transparencia y rendición de cuentas, y haber efectivizado la inversión en obras y servicios públicos para proveerlos de calidad.⁷⁴ La aplicación de las medidas señaladas lograron la generación del clima oportuno para que la población de Porto Alegre tomara parte en la participación ciudadana.

En México se han llevado a cabo ejercicios de PP, tal y como veremos a continuación.

⁷² Genro, Tarso y Ubiratan de Souza, PRESUPUESTO PARTICIPATIVO: la experiencia de Porto Alegre, traducido por Leticia da Fonte, Montevideo, Ediciones TRILCE, 1999, p. 16.

⁷³ Freitas, Andrea, “La experiencia de democracia participativa en Porto Alegre”, p. 5. Disponible en: <http://bocc.ubi.pt/pag/freitas-andrea-experiencia-democracia.pdf> (consultado el 15/02/2020).

⁷⁴ Ídem.

IV. PRESUPUESTO PARTICIPATIVO EN MÉXICO.

Se dice que una de las primeras experiencias del PP en nuestro país se gestó en San Pedro Garza García,⁷⁵ en el área metropolitana de Monterrey, aunque no se institucionalizó, ello no obstó para que se dieran los primeros pasos en el acercamiento de la toma de decisiones ciudadano-gobierno.

Así mismo, en la Ciudad de México- en aquél entonces, Distrito Federal-, se implementó el “Programa Comunitario de Mejoramiento Barrial”, a través de la Secretaría de Desarrollo Social, esto a partir del año 2007, con el fin de determinar la asignación y ejecución de obras para las zonas marginadas.⁷⁶

En la anualidad 2011 se llevó a cabo en el Distrito Federal por las autoridades competentes la convocatoria a una consulta ciudadana para aplicar los recursos del presupuesto participativo del ejercicio fiscal en ejecución. Las personas habitantes de las colonias y los pueblos originarios emitieron 142, 332 opiniones respecto de 6, 330 proyectos.⁷⁷ De esta manera se aproximó a la ciudadanía a la toma de decisiones en un espacio abierto a la libre práctica democrática.

Para el ejercicio fiscal del año 2012 el presupuesto participativo constó de \$704, 275, 725. 00., es decir, lo equivalente al 3% del presupuesto de las anteriores delegaciones.⁷⁸ Esto significó un aumento considerable respecto de los ejercicios anteriores.

⁷⁵ Ayala Sánchez, Alfonso y Hernández Polanco, José Ramón, “Los presupuestos participativos, una estrategia de diálogo entre ciudadanos y autoridades”..., op. cit., p.86.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ Vargas Solano, Néstor y Galván Gómez, Manuel Alejandro, “La participación ciudadana en la Ciudad de México: panorama, retos y perspectivas”, en AYALA SÁNCHEZ, Alfonso (coord), Nuevas avenidas de la democracia contemporánea, México, Universidad Nacional Autónoma de México- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 458.

⁷⁸ Ídem.

En opinión de Jaime Cárdenas Gracia, en la redacción del nuevo texto constitucional para la Ciudad de México el presupuesto participativo es la figura más importante de la democracia participativa, pero a ella jamás se le contemplará el 100% del presupuesto.⁷⁹ También señala que su regulación queda a lo que se disponga en la ley secundaria. Reconocemos que sería complicado contemplar el 100% de los recursos de que se disponga para realizar ejercicios de PP en atención a las necesidades y gastos que ya están programados antes de la ejecución del gasto público.

V. TEORÍA DEL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

Es importante poner sobre la mesa la forma en que se estructura un PP, las posibles ventajas y debilidades que pudiera llegar a presentar, sus características y los requisitos para que pueda ser puesto en práctica. Sirve señalar que todo PP cobrará sus propias particularidades en virtud de la cultura política y el grado de participación ciudadana implicado, de tal forma que de nada vale si se crean las condiciones propicias para realizarlo si la ciudadanía no muestra interés en los ejercicios del PP.

La participación y la vida democrática comienzan a privilegiar el ámbito de lo “local” en aquellos espacios que se han atrevido a implementarlo.⁸⁰ Acordémonos de que un país como el nuestro la exigencia de los derechos es primordial, y en las universidades se debería aprender a exigirlos.

⁷⁹ La Constitución de la Ciudad de México. Análisis Crítico., México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, diciembre 2017, pp. 121-122.

⁸⁰ Sintomer, Yves, “Los presupuestos participativos en Europa: retos y desafíos”, Caracas, Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 31, febrero de 2005, p. 11. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533663003> (consultado el 15/02/2020).

5.1 Definición de presupuesto participativo.

Goldfrank define al PP como “[...] un proceso a través del cual los ciudadanos, de forma individual o por medio de organizaciones cívicas, pueden de forma voluntaria y constante contribuir en la toma de decisiones del presupuesto público [...]”.⁸¹

Obsérvese que el autor citado enfatiza al PP como un proceso por el que la ciudadanía por sí misma o constituida en organización cívica puede tomar parte en las decisiones del presupuesto público. Siguiendo la definición de Goldrank, sería ideal que la ciudadanía realice los ejercicios del PP de manera voluntaria y constantemente, pues, de ese modo se puede convertir en una práctica democrática de la vida diaria.

5.2 Características,

De las características de un PP existe una que para nosotros es fundamental. La característica fundamental recae en un criterio geográfico, y consiste en que el acercamiento de la toma de decisiones a los espacios locales de gestión no debe realizarse en territorios muy extensos, puesto que es probable que la ciudadanía se desincentive a participar y que, el proceso se demore más de lo previsto.

El resto de las características de un PP estriban en mero diseño institucional, pero en este trabajo las matizamos con tal de adaptarlas a nuestro objetivo central:

- a) Se requiere un enfoque de planeación, ya sea a largo plazo o para dar satisfacción a las necesidades presentes.
- b) Resulta imprescindible determinar si al PP se le atribuye carácter formal o informal. En el primer supuesto se necesita tener respaldo en una ley; en el segundo, debe cuidarse que no haya concesión de privilegios y que, además, sean los participantes quienes libremente modifiquen y decidan el PP.

⁸¹ Goldfrank, Benjamin, “Los procesos de presupuesto participativo en América Latina... op. cit., nota 8, p. 4.

- c) Debe darse un proceso deliberativo entre los participantes. Al final de cuentas son ellos quienes mejor conocen sus carencias.
- d) Supervisión. Deberá existir autoridad alguna competente para verificar y supervisar la coordinación del PP. No olvidemos que el orden establecido no debe ser pasado por alto.
- e) Reglas claras e información asequible. Los participantes deben acceder a las reglas con las que se opera un PP, así como también contar con la información presupuestal de manera clara, concisa y precisa, ya que normalmente la ciudadanía de a pie no conoce los aspectos técnicos de las finanzas públicas.⁸²

5.3 Requisitos mínimos.

Se trata de las condiciones favorables para operar el PP, de tal forma que si no se presentan existirá la posibilidad de que el ejercicio resulte un fracaso:

- a) La voluntad política es el principal requisito, puesto que se necesita que los gobernantes en turno no se muestren reacios a cambios de ese calado. Recordemos que en este trabajo propugnamos a favor del ejercicio del presupuesto participativo en las universidades.
- b) Contar con “capital social”, es decir, que la ciudadanía se involucre en la participación y en la toma de decisiones.
- c) Competencia y habilidades idóneas por parte de los servidores públicos que estén en contacto con la operación de los PP.
- d) Los espacios geográficos donde se lleve a cabo un PP deben ser reducidos, jamás tan grande como para entorpecer el procedimiento y desincentivar la participación ciudadana.
- e) El gobierno debe contar con recursos financieros suficientes para poner en práctica este tipo de proyectos, ya que en el sector público se requieren más recursos de los que se dispone.

⁸² *Ibíd.*, p. 8.

f) Apoyarse en una base legal sólida, en otras palabras, en normas jurídicas (leyes, reglamentos) que respalden la aplicación y operación de los PP.⁸³

5.4 Ventajas y desventajas.

Cuando se trata de las ventajas de un PP, debe tomarse en cuenta que éstas obedecerán al entorno en que se aplica, a la ideología prevaleciente y al grado de participación ciudadana involucrada, tan sólo por mencionar algunos factores que favorecerán o no su correcta aplicación. Algunas de las ventajas al implementarse un PP, son las siguientes:

- a) Acercamiento del gobierno a la ciudadanía. Esta ventaja involucra una “aproximación” real para atender las necesidades de la población.⁸⁴ Aquí debe entenderse el término “proximidad” como el reconocimiento del saber basado en la experiencia singular, en otras palabras, se trata del saber local o de la comunidad.
- b) Reconocimiento para que las personas participen libremente en condiciones de igualdad en las decisiones que redundarán en su calidad de vida, esto es, que ninguna persona quede excluida.⁸⁵
- c) Transparencia en las acciones y decisiones del gobierno,⁸⁶ lo que se traduce como el deber a cargo de las autoridades de dar a conocer su gestión

⁸³ *Ibíd.*, p. 7.

⁸⁴ Anunziata, Rocío, “Proximidad, representación y participación. El Presupuesto Participativo en Argentina”, Quito, ÍCONOS, Revista de ciencias sociales, No. 40, mayo de 2011, pp. 61 y 62. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276306457_Proximidad_representacion_y_participacion_El_Presupuesto_Participativo_en_Argentina/fulltext/5588f82108aeb2994444bb19/Proximidad-representacion-y-participacion-EI-Presupuesto-Participativo-en-Arentina.pdf (consultado el 18/02/2020).

⁸⁵ Freitas, Andrea, “La experiencia de democracia participativa en Porto Alegre”, op. cit., nota 10, p. 6.

⁸⁶ *Ídem.*

pública, informen a los ciudadanos sobre sus decisiones y los recursos que se involucran.

d) Mayor control por parte de la población respecto de las acciones, inversiones, programas y proyectos realizados por la administración pública. Esta ventaja supone que la ciudadanía tenga control sobre la gestión de sus gobernantes, lo que redundará no solamente en aspectos de transparencia sino también en los de rendición de cuentas.

e) Puesta en práctica del derecho de acceso a la información pública, por ser éste vital para la toma de decisiones y facilitar el proceso comunicativo. Además, la materialización de tal derecho beneficiará tanto a los servidores públicos como a la ciudadanía, pues, ambas partes se verán favorecidas. Por un lado, los servidores dan cuenta de su gestión, por otro lado, la ciudadanía podrá confiar en sus instituciones.

f) El ejercicio del PP puede ser aprovechado para programar actividades gubernamentales y su correspondiente control.

Seamos honestos y reconozcamos la posibilidad de que se presenten desventajas en la implementación del PP ya se trate de una incorrecta operación o por la falta de condiciones idóneas para su aplicación. Algunas de las desventajas que se pudieran observar, son las siguientes:

a) El gobernante o la administración en turno puede utilizar a su favor el PP para obtener votos, lo cual pondrá en entredicho la neutralidad y el desinterés con el que debe actuar.

b) Los PP constriñen el ámbito de actuación para realizar proyectos “globales”, es decir, proyectos que tienen lugar en un área considerablemente extensa de territorio no podrán ser llevados a cabo de manera ágil y rápida.⁸⁷ De hecho, no debe desestimarse que una buena planeación quizá facilite la consecución de proyectos de mayor ambición y costos.

⁸⁷ Anunziata, Rocío, “Proximidad, representación y participación. El Presupuesto Participativo en Argentina”... op. cit., nota 21, p. 67.

- c) Los gobernantes de la jurisdicción donde se vayan a realizar este tipo de ejercicios podrán mostrarse reacios o no mostrar interés alguno en ello.
- d) Presupuestos muy reducidos para proyectos de PP.
- e) No debe omitirse la posibilidad de que los ciudadanos que decidan a través de los PP velen por intereses particulares y no por los de su comunidad.

VI. PRESUPUESTO PARTICIPATIVO UNIVERSITARIO EN LA ARGENTINA.

En el año 2013 empezó a implementarse en la Universidad Nacional de General Sarmiento la financiación de proyectos a través de ejercicios del PP de la comunidad universitaria. Tal parece que en la citada universidad la metodología a seguir se concentra en las siguientes fases:

- a) Discusión de los problemas y de las necesidades universitarias.
- b) Presentación de propuestas y la defensa de cada una de ellas, y
- c) Se vote para elegir los proyectos que ameritan el financiamiento.

En la anualidad 2020 se llevó a cabo la octava edición del ejercicio de PPU, el cual contó con una partida presupuestal de seiscientos cincuenta mil pesos argentinos. El ejercicio de referencia se realizó por medios virtuales, pues, recordemos los estragos que ha causado el virus SARS-COV-2 alrededor del mundo.

Los temas que han sido revisados y debatidos estriban en: deportes, cultura, bienestar universitario, infraestructura, desarrollo sustentable y acciones con la comunidad universitaria. Cuando las problemáticas ya han sido identificadas procede la preparación de los proyectos, para luego ser votados.⁸⁸

⁸⁸ Universidad Nacional de General Sarmiento, Presupuesto participativo, visible en: [https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/presupuesto-participativo#:~:text=El%20Presupuesto%20Participativo%20\(PP\)%20propone,miembros%20de%20la%20comunidad%20universitaria](https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/presupuesto-participativo#:~:text=El%20Presupuesto%20Participativo%20(PP)%20propone,miembros%20de%20la%20comunidad%20universitaria) (consultado el 16/03/2021).

En ediciones anteriores se han elegido proyectos de beneficio para la comunidad universitaria, entre ellos: brindar un mejor servicio de estacionamiento a través de la reparación y reacondicionamiento para eficientar su utilización, en el año 2016; la instalación de cortinas contra el calor y la refracción de la luz del sol con el objetivo de que el estudiantado esté cómodo durante reciba cátedra, en la anualidad 2018; y, en 2019 uno de los proyectos ganadores consistió en la generación de un espacio de estacionamiento para bicicletas y motos más amplio, más seguro y robustecido con la compra de un compresor de aire.⁸⁹

En la página electrónica de la Universidad Nacional de General Sarmiento aún no se actualiza la información respecto de las ediciones 2020 (en este caso no se observa cuál o cuáles fueron los proyectos ganadores) y 2021, motivo por el cual aquí hemos brindado ejemplos de proyectos puestos en ejecución de años anteriores.

VII. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS.

El por qué elegí a la Universidad Autónoma de Chiapas (en adelante las referencias se entenderán como “la Universidad”) como un posible centro de práctica de ejercicios de PP se debe a que soy egresado de la citada institución educativa, y al hecho de que viví al igual que muchos otros compañeros las carencias que de todo tipo sufrimos y se siguen sintiendo; sin embargo, nuestra propuesta está encaminada a la Facultad de Derecho (en adelante “la Facultad), campus III, con sede en la ciudad de San Cristóbal de Las Casas, Chiapas.

Recordemos que los ejercicios de PP cumplen mejor su cometido si se los pone en práctica en espacios geográficos no tan extendidos, de ahí que en nuestro estudio busque su posible implementación en un espacio pequeño como lo es la Facultad de Derecho de la mencionada universidad. Advertimos que nada obsta para pensar este tipo de proyectos en espacios con mayor extensión espacial y en

⁸⁹ Universidad Nacional de General Sarmiento, Proyectos ganadores, visible en: <https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/proyectos-ganadores-pp> (consultado el 16/03/2021).

un número mayormente amplio de interesados, lo cual deberá ejecutarse cuidadosamente.

Sirve destacar que a la Universidad se le cataloga como un “organismo autónomo descentralizado”, de interés público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, al servicio de la Nación y del Estado.⁹⁰ Esto se robustece al hacer consulta de la Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Chiapas,⁹¹ que en su numeral segunda refrenda lo dispuesto en el texto de la constitución política estatal; sin embargo, en el artículo tercero de la ley invocada se le dispuso “reconocimiento constitucional”.

No queda del todo claro si la Universidad es un órgano constitucional autónomo en el estado de Chiapas con atención a que aparece engarzada en el capítulo de órganos constitucionales autónomos de la constitución local o, si se trata meramente de un organismo descentralizado por servicio, en la especie, la educación pública universitaria. Es posible que estemos ante una confusión o inexactitud en la configuración de la citada institución, pero esta discusión no forma parte del objetivo central del estudio.

Así, para la institución universitaria se aprobó para el presente ejercicio fiscal (2021) un monto de \$ 96, 180´277, 509.00 (noventa y seis mil ciento ochenta millones doscientos setenta y siete mil quinientos nueve pesos).⁹² En la Sección V, relativa a las asignaciones presupuestarias a los Órganos Constitucionales Autónomos- recordemos que a la Universidad se le reconoce con autonomía en el texto de la constitución política local y en su ley orgánica, aunque administrativamente sea un organismo “autónomo” descentralizado, lo cual debería ser precisado para evitar confusiones-, se les asigna un presupuesto total de \$ 3, 858´ 727, 713.28 (tres mil ochocientos cincuenta y ocho millones setecientos

⁹⁰ Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas, publicada en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas el 29/12/2016, última reforma con fecha 24/06/2020, art. 104.

⁹¹ Cfr. artículo 3º, Publicada en el POE el 12/02/2020.

⁹² Decreto por el que se expide el Presupuesto de Egresos del Estado de Chiapas para el Ejercicio Fiscal 2021, publicado en el POE el 31/12/2020, art. 7º.

veintisiete mil setecientos trece pesos con veintiocho centavos).⁹³ De dicho monto se asigna a la Universidad \$ 1, 606´ 120, 104.00 (mil seiscientos seis millones ciento veinte mil ciento cuatro pesos) para el desarrollo de sus actividades.⁹⁴

Solicitamos a través de la Plataforma Nacional de Transparencia la información atinente al presupuesto asignado para la Facultad, toda vez que sabiendo a cuánto asciende el recurso con el que cuenta la citada institución educativa para el presente ejercicio fiscal (2021), se puede estimar un monto financiero para realizar un ejercicio de PPU. El detalle consiste en el hecho de que la respuesta a la solicitud presentada recaerá el 17 de mayo de la anualidad en curso, pues existe suspensión de términos y plazos procesales para cumplir con solicitudes de información pública con motivo de la pandemia generada por el virus SARS-COV-2.

Para el ejercicio fiscal del año 2020 se asignó a la Facultad un presupuesto de \$953, 000.00 (novecientos cincuenta y tres mil pesos) para el normal desenvolvimiento de sus actividades y los gastos que se deban realizar.⁹⁵ Así, es posible que la cantidad señalada haya vuelto a ser asignada para gasto a la Facultad, aunque también ese monto haya sido disminuido, y poco probable de haberse aumentado como consecuencia de la disminución de ingresos en las arcas públicas debido al ya tan referido virus SARS COV-2. Subrayamos que si los proyectos de PPU se financiarán con recursos ordinarios (presupuestales) será necesario tomar en cuenta una cantidad prudente, en el entendido de que los centros de enseñanza universitaria también operan con insuficiencia presupuestaria, ya que existen un sinnúmero de necesidades y carencias, además de que el resto de la administración pública requiere de recursos para sus actividades.

Cabe destacar que será el Comité Permanente de Finanzas el órgano universitario encargado de la administración y cuidado de los ingresos, bienes, derechos, egresos y obligaciones; asimismo, deberá autorizar el presupuesto

⁹³ Cfr. art. 12.

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Respuesta a la solicitud de información con folio INFOMEX: 1037019, de fecha 04/12/2019.

general de ingresos y de egresos que le presente la persona titular de rectoría, así como las modificaciones que se realicen durante cada ejercicio.⁹⁶ Aquí solamente mencionamos algunas de las actividades que el Comité Permanente de Finanzas debe realizar. Si bien es cierto que no aparece en el texto de la Ley Orgánica universitaria la facultad expresa de llevar a cabo ejercicios de PPU, ello no obsta para efectuarlos, pues, se desprende de la disposición legal comentada que el referido Comité Permanente de Finanzas autorizará las modificaciones tanto a los presupuestos de ingresos como de egresos de la Universidad.

Conviene matizar que por cada facultad, escuela o centro de enseñanza y/o investigación universitaria existe la autoridad competente para ejecutar gasto a nivel interno, por lo que es indispensable poner atención en la legislación que resulte aplicable, los manuales o guías internas de aplicación de recursos, y verificar si se cuenta o no con espacios para implementar los PPU. En el supuesto de que no haya espacios para su implementación, entonces habrá que proponerlos con base en el estado que guarde la normatividad universitaria, pero sin soslayar posibles propuestas de modificaciones a la normatividad con que operan las autoridades universitarias en el rubro financiero.

7.1 Ejercicio de PPU en la Facultad de Derecho.

En este subapartado intentaremos sentar las bases para llevar a cabo ejercicios de PPU al interior la citada Facultad de Derecho. Cabe resaltar que se trata de prácticas democráticas que pueden emular y mejorarse a través del ensayo-error en otras escuelas, facultades y centros de enseñanza y/o de investigación de la Universidad, en el entendido de que cada una de ellas resiente necesidades diferenciadas, aunque algunas de ellas puedan ser compartidas, es decir, semejantes.

Nuestra propuesta para realizar ejercicios de PPU puede arrancar en el mes de marzo del año de que se trate, pues, la recepción de recursos por la Facultad

⁹⁶ Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Chiapas... op. cit., nota 28, artículo 35.

acontece a partir del mes de enero de cada ejercicio fiscal. La primera etapa del PPU sería la identificación de problemas y necesidades de la comunidad universitaria, ya sea que se convoque o se trate de un ejercicio informal, al menos en lo que a identificar problemáticas respecta. En esta etapa es indispensable la participación del mayor número de personas posible.

Consideramos que en el mes de abril se reciben las propuestas resultado de la identificación de las problemáticas y de las necesidades que la comunidad universitaria resiente en sus actividades cotidianas. En esta etapa será valioso presentar las propuestas bien estructuradas a modo que su revisión por parte de los encargados de la aplicación del PPU sea sencillo y no haya demoras que se deban a la poca claridad y concisión en ellas. La finalidad de revisar las propuestas consiste en devolver las que no cumplan los requisitos para participar; sin embargo, se contempla la posibilidad de que las propuestas sean prevenidas con el objetivo de subsanarlas.

Los requisitos mínimos para presentar propuestas son los siguientes:

- a) Identificación del problema o de la necesidad. El mero sentido común permite que nos demos cuenta de lo que hace falta o de lo que representa un problema en cualquier lugar en que nos encontremos. Las universidades públicas no son la excepción, lo que se agrava mayormente al tomar en cuenta que suelen operar con poca disponibilidad de recursos.
- b) Justificación del problema o de la necesidad. Es fundamental aportar las razones por las cuales se considera que existe un problema que debe ser resuelto o una necesidad que es imprescindible resolver.
- c) Propuesta. Es necesario señalar en qué consiste toda propuesta formulada. La exposición de cada una de ellas debe ser clara y concisa, de modo que no surja duda al revisarlas.

Deseamos subrayar que no deje de contemplarse la posibilidad de crear grupos de trabajo para las dos primeras etapas que aquí han sido mencionadas, pues las propuestas que lleguen a plantearse son en el fondo problemáticas o necesidades que quejan a diversos grupos de los que se compone la comunidad universitaria.

La revisión de las propuestas puede abarcar medio mes de mayo. Una vez que han sido revisadas, es momento de convocar a la votación de las propuestas por la comunidad universitaria, para que de esa forma se elija a la que se vaya a implementar. Cabe resaltar que la votación podrá efectuarse en el mes de junio, pues, consideramos propicio dejar un espacio libre en el que no haya actividades de PPU con la finalidad de que la comunidad universitaria reflexione el sentido de su voto, puesto que el proyecto que resulte elegido repercutirá en toda la Facultad. Durante el tiempo en que no se realicen actividades de PPU, los proyectos aceptados deberán darse a conocer para que sean comparados entre sí.

Estimamos que el proyecto seleccionado puede ser implementado en junio o en el mes en que se acuerde por la comunidad universitaria. De igual manera es fundamental identificar los recursos financieros que se utilizarán para implementar el proyecto elegido mediante votación. Esto último es de vital importancia porque significa saber si los recursos invertidos son de índole presupuestaria o se obtienen por financiamientos, o por otras fuentes.

VIII. REFLEXIONES FINALES

Si bien es cierto que el PP se implementa en comunidades, ello no obsta para que sea aplicado y practicado en centros escolares, en este caso, que se realice en la Facultad de Derecho, Campus III, de la Universidad Autónoma de Chiapas, puesto que constituye un espacio territorial donde hay personas con capacidad de deliberación y decisión sobre problemas y necesidades que los aquejan en el normal desenvolvimiento de sus actividades.

Así pues, al ser la mencionada Facultad un espacio local y común que alberga a estudiantes, profesorado y personal administrativo, se debería contemplar y practicar un ejercicio de PPU en el que toda la comunidad universitaria decida en conciencia y libremente los proyectos que redunden en su beneficio. Cualquier problema o necesidad que resienta la comunidad universitaria merece ser destacada, de ahí que la participación del mayor número de miembros de ella sea requisito sin el cual no será posible un buen ejercicio de PPU.

Destacamos que los ejercicios de PPU podrán implementarse en otras universidades, facultades, escuelas y/o centros de investigación donde se adaptarán a las características y carencias del espacio y de la comunidad universitaria de que se trate. También resulta indispensable que se ponga atención a la normatividad en materia contable y de participación, si es que esta última existe para la vida universitaria. Estas cuestiones no fueron tema de análisis en el presente estudio, pero sería beneficioso abordarlas en posteriores ocasiones.

Notemos la posibilidad de mejorar nuestras universidades a través del ejercicio de PPU, toda vez que con ello estaremos en presencia de abonar a la vida democrática en espacios donde el debate, la libre discusión de ideas y una correcta toma de decisiones influirán tanto en la vida académica y profesional de quienes integran comunidad universitaria, lo cual, sin duda, beneficiará al robustecimiento de la vida democrática de la entidad federativa chiapaneca.

IX. FUENTES CONSULTADAS.

1. Bibliografía

ARTEAGA NAVA, Elisur, Derecho Constitucional, tercera edición, México, Oxford, 2008.

AYALA SÁNCHEZ, Alfonso (coord.), Nuevas avenidas de la democracia contemporánea, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 707., México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael, Federalismo fiscal, transparencia y rendición de cuentas, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, La Constitución de la Ciudad de México. Análisis Crítico., México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, diciembre 2017.

GENRO, TARSO Y UBIRATAN DE SOUZA, Presupuesto participativo: la experiencia de Porto Alegre, traducido por Leticia da Fonte, Montevideo, Ediciones TRILCE, 1999.

2. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05/02/1917.

Constitución Política de Chiapas, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 29/12/2016.

Decreto por el que se expide el Presupuesto de Egresos del Estado de Chiapas para el Ejercicio Fiscal 2021, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 31/12/2020.

Ley Orgánica de la Universidad Autónoma de Chiapas, Publicada en el Periódico Oficial del Estado el 12/02/2020.

3. Tesis

“ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS.”, Tesis: P./J. 12/2008, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Febrero de 2008, Novena Época.

“PRESUPUESTO DE EGRESOS DE LA FEDERACIÓN. SU OBJETO Y NATURALEZA JURÍDICA”, Tesis: I.8o.A.3 CS (10a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV, Décima Época.

4. Cibergrafía

ANUNZIATA, Rocío, “Proximidad, representación y participación. El Presupuesto Participativo en Argentina”, Quito, ÍCONOS, Revista de ciencias sociales, No. 40, mayo de 2011, pp. 61 y 62. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/276306457_Proximidad_representacion_y_participacion_El_Presupuesto_Participativo_en_Argentina/fulltext/5588f82108ae

b2994444bb19/Proximidad-representacion-y-participacion-El-Presupuesto-Participativo-en-Argentina.pdf (consultado el 18/02/2020).

FREITAS, Andrea, “La experiencia de democracia participativa en Porto Alegre”, p. 5. Disponible en: <http://bocc.ubi.pt/pag/freitas-andrea-experiencia-democracia.pdf> (consultado el 15/02/2020).

GOLDFRANK, Benjamin, “Los procesos de presupuesto participativo en América Latina: éxito, fracaso y cambio”, Revista de Ciencia Política, Santiago, Volumen 26, Núm. 2, 2006, p. 5. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revcipol/v26n2/art01.pdf> (consultado el 09/11/2020).

SINTOMER, Yves, “Los presupuestos participativos en Europa: retos y desafíos”, Caracas, Revista del CLAD Reforma y Democracia, No. 31, febrero de 2005, p. 11. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533663003> (consultado el 15/02/2020).

Universidad Nacional de General Sarmiento, Presupuesto participativo, visible en: [https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/presupuesto-participativo#:~:text=El%20Presupuesto%20Participativo%20\(PP\)%20propone,mie mbros%20de%20la%20comunidad%20universitaria](https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/presupuesto-participativo#:~:text=El%20Presupuesto%20Participativo%20(PP)%20propone,mie mbros%20de%20la%20comunidad%20universitaria) (consultado el 16/03/2021).

Universidad Nacional de General Sarmiento, Proyectos ganadores, visible en: <https://www.ungs.edu.ar/institucional/gestion-transparencia/proyectos-ganadores-pp> (consultado el 16/03/2021).

5. Otros

Oficio número. DPP/ACP/1550/2019, obtenido a través de la Plataforma Nacional de Transparencia, con número de folio INFOMEX: 1037019, con fecha de respuesta el 10/01/2020.

SENTIDO ACTUAL DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.

Fonseca Luján Roberto Carlos *

SUMARIO: *I. Introducción, II. La idea de la procuración de justicia, III. La idea de la construcción de la justicia, IV. Conclusión, V. Fuentes de consulta.*

RESUMEN: El artículo propone una reflexión sobre cuál debe ser el sentido actual de la función del ministerio público. Frente al modelo autoritativo de ministerio público dominante, que concibe al órgano como el encargado de controlar el acceso a la impartición de justicia penal según una interpretación administrativo-política del interés público, se propone un modelo constructivo ideal. Este segundo modelo, inspirado en una tesis general del constructivismo social, sostiene que el ministerio público debe facilitar a las víctimas el acceso a la justicia penal y promover que su experiencia de participar en la práctica social llamada justicia resulte por sí misma satisfactoria.

PALABRAS CLAVE: ministerio público, procuración de justicia, constructivismo social.

I. INTRODUCCIÓN.

La institución del ministerio público ha sido objeto de amplios procesos de reforma en la época contemporánea en México. Estas múltiples transformaciones, cuya última etapa es el cambio al modelo de fiscalías autónomas, no han alterado las ideas básicas sobre el sentido de la institución. Estas ideas incluyen el proyecto abstracto de la institución, las concepciones sobre su razón de ser y su propósito en la vida social, junto con su justificación racional; es decir, las preguntas sobre por qué y para qué existe la institución del ministerio público en nuestra sociedad. Las

* Doctor en Derecho. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

respuestas a estas preguntas generalmente suelen darse por sentadas, pues con las prisas que siempre conllevan los procesos de reforma, las preguntas de interés siempre son cómo hacer más y cómo lograr que se haga mejor lo que sea que ya se está haciendo.

En este artículo se ofrece una reflexión menos apresurada sobre cuál debe ser el sentido actual de la función del ministerio público. Para enfrentar esta inquietud se plantea un esquema ideal, de acuerdo con un enfoque constructivo pro-víctima que propone reorientar los fines y propósitos de la institución. En este modelo ideal, la función del ministerio público se encamina a procurar justicia para las víctimas, entendiendo a la justicia en un sentido constructivista, como una práctica social construida por los pensamientos, creencias y acciones comunicativas de los intervinientes. Esta justicia para la víctima no se limita a procurar que obtenga una reparación del daño en el marco del procedimiento. Más bien, se trata de promover que su experiencia de participar en la práctica social llamada justicia resulte por sí misma satisfactoria y, en esa medida, le suponga una compensación para la experiencia de sufrimiento que significó el delito.⁹⁷

II. LA IDEA DE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA.

En una primera caracterización abstracta, el ministerio público se concibe como un órgano público encargado de procurar justicia penal; no de impartirla por sí, sino de promoverla, de diligenciar para que esta pueda ocurrir o realizarse. Hay que aclarar que esta idea pretende representar solo la faceta del ministerio público como componente del sistema de justicia penal. No interesan para esta reflexión los otros encargos que le han ido correspondiendo en el marco de una evolución compleja,

⁹⁷ Para un planteamiento germinal de la tesis de la justicia como una “construcción social” y como una “experiencia”, *vid.* FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos, “Construcción, no procuración, de justicia en México”, en *Hechos y Derechos*, núm. 53, septiembre-octubre, 2019 [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13878/15143>>, [consulta: 30 de mayo de 2022].

que se ha nutrido de la influencia de diversos modelos institucionales. Al respecto, la doctrina coincide en apuntar que entre el modelo napoleónico francés y el modelo del *attorney* anglosajón, el ministerio público fue reuniendo funciones judiciales y administrativas, las primeras como órgano persecutor de delitos y acusador, y las segundas como abogado general y representante de los intereses del Estado, además de otras como vigilante de la legalidad y del interés público en procesos judiciales no penales.⁹⁸

A la institución ministerial no le corresponde impartir ni dar justicia penal, sino actuar para que otro, el juez, la imparta. Para esta caracterización, es indistinta la intensidad de esta actuación, según si al ministerio público le corresponde instar al órgano y actuar ante él como parte procesal (como en un sistema mixto tendiente a lo acusatorio), o fungir como auxiliar en una instrucción judicial (como en un sistema mixto tendiente a lo inquisitivo). Igualmente, es indistinto si el ministerio público se organiza adscrito a la magistratura, con carácter administrativo dependiente del ejecutivo o como órgano autónomo. Estas variadas configuraciones presentadas en distintos sistemas jurídicos son respuestas al cómo hacer más y mejor, que dan por sentada la idea básica sobre lo que se supone ha de hacer la institución: procurar justicia. Aquí hay que examinar el porqué de esa procuración, para preguntarse si acaso la justicia penal no podría impartirse sin ser procurada por el ministerio público.

Dada la proscripción de la venganza privada y de la justicia de mano propia, tras la comisión de un delito la única vía civilizada resulta ser el enjuiciamiento institucional del responsable. En ausencia de una institución como el ministerio público, la procuración de este enjuiciamiento podría tomar dos formas generales. Primera, que un órgano jurisdiccional, además de conducir el enjuiciamiento,

⁹⁸ Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 35 y ss.; CASTRO Y CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, México, Porrúa, 2008, pp. 7-9 y 18-19.

efectuara todas las labores procesales propias de la parte acusadora. Segunda, que un particular desempeñara las labores de promoción de la justicia, instando al órgano y actuando ante él como parte procesal.

En general, la razón de existir del ministerio público se funda en el rechazo a esas dos alternativas. El primer modelo hoy se rechaza porque de sus ejemplos variados en la historia ha quedado el conocimiento de que no puede haber imparcialidad en instituciones que actúan a la vez como juez y parte. De este modo, cuando se comete un delito, alguien tiene que presentar el caso ante el órgano judicial, porque este órgano tiene proscrito actuar de propia iniciativa. Ese alguien podría ser siempre el particular interesado, como en un modelo acusatorio pleno, en el cual los particulares acuden ante la justicia penal promoviendo sus intereses particulares. Esta posibilidad también se objeta, porque las bases ideológicas del derecho penal moderno sostienen que los asuntos penales son cuestiones de interés público.

Excede al propósito de esta reflexión discurrir sobre las bases de esta concepción publicista hegemónica del derecho penal, cuya gestación inicia en el siglo XIII europeo con la “confiscación del conflicto” a la víctima por los señores feudales y por el soberano,⁹⁹ y continúa luego en la formación del Estado moderno que, al asumir el monopolio de la violencia, define el delito jurídicamente, ya no como un mero hecho contra una persona, sino como un acto contra las normas jurídicas del Estado. Como culminación de este proceso, el Estado actual se asume como detentador del *ius puniendi*, en cuyo ejercicio legisla, enjuicia y pune. Estas labores, según se afirma desde su discurso de legitimación, las ha de realizar orientado por el interés público, en nombre de la sociedad.

Según esto, la existencia de la institución ministerial se justifica en la idea de que la persecución del delincuente y la acusación penal son labores que ha de realizar un órgano público especializado, porque el conflicto penal tiene carácter público.

⁹⁹ ZAFFARONI, Raúl *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 229 y ss.

Aquí cabe distinguir que, mientras las funciones de legislar, juzgar y punir son consustanciales a la idea del *ius puniendi*, la labor de accionar como parte acusadora parece no serlo. Resultaría inconcebible en el modelo de derecho penal actual que el Estado delegara a un particular la determinación de tipos penales, el enjuiciamiento o la determinación de las penas. Eso sí supondría caer en un modelo de venganza privada. Cosa muy distinta es un modelo mixto de acusación, como el que se ve en diversos sistemas jurídicos que han admitido formas de acción penal por particular, así sean delimitadas o subordinadas a la acusación del órgano público, sin que ello controvierta la imperiosidad del *ius puniendi*.

De lo anterior aparece que, si bien el conflicto penal se concibe como una cuestión pública, la persecución del delito y la acusación no tienen un carácter público absoluto, a diferencia del enjuiciamiento y la punición. Es admisible un sistema en el que la acusación del órgano público coexiste con la acción de un agente particular; en qué proporción le corresponde intervenir a cada uno ya es una cuestión de gradaciones propia del cómo hacer mejor, no del porqué. Siendo así, la justificación del ministerio público ha de replantearse.

Una vía para este replanteamiento puede sostener que la persecución de la justicia tras un delito es una labor que ha de ser pública no por una cuestión de principio incondicional, sino por utilidad. Por ejemplo, se puede afirmar que la existencia del ministerio público es útil para que la persecución del delito se realice con objetividad y neutralidad. Al respecto, se ha dicho que al ministerio público le corresponde procurar la justicia de forma objetiva y leal, actuando como “fiel guardián de la ley”, como “órgano desinteresado y desapasionado”, que ha de pedir la justa penalidad al juzgador “sin ira ni espíritu de venganza”,¹⁰⁰ a diferencia de como lo haría la víctima, movida por su interés particular o el puro rencor. De este modo, la existencia de la institución se justifica en tanto resulta útil para asegurar

¹⁰⁰ CASTRO Y CASTRO, Juventino, *op. cit.*, p. 34.

que en la persecución de los delitos, el interés público, objetivo y neutral, impere sobre los intereses particulares de los involucrados, subjetivos y pasionales.

Para completar esa justificación, se requiere precisar esa idea de interés público general que el ministerio público ha de promover. Para esta precisión hay que ir al origen de la institución. Según coinciden las reseñas en la doctrina, es durante la monarquía francesa en el siglo XIV que se instituyen a los procuradores del rey, para la defensa de los intereses del príncipe en las distintas cortes; luego estos pasan a ejercer potestad acusatoria en el proceso penal en nombre del Estado. Tras la revolución, la Asamblea Constituyente mantiene esta figura institucional con algunos cambios en sus funciones procesales; pero es tras el ascenso de Napoleón y la instauración de su imperio, que el ministerio público se organiza en su forma moderna.¹⁰¹ El diseño bonapartista transforma al procurador del rey en un comisario gubernativo que presenta como rasgos institucionales la sumisión al poder ejecutivo y la fuerte articulación jerárquica.¹⁰² Este ministerio público napoleónico responde a un diseño político que tiene como propósito ejercer un control sobre los procesos que han de conocer los tribunales, en detrimento de la división de poderes. Así lo critican diversos tratadistas a lo largo del siglo XIX, que inclusive llegan a proponer su “abolición”.¹⁰³

El hecho de que esta figura institucional de la monarquía perdure sugiere una continuidad en su propósito. En la monarquía, surge como representante y defensor de los intereses del soberano; en el régimen napoleónico, resurge constituido como órgano ministerial dependiente del poder político, que asume la defensa de los intereses del Estado como una función gubernativa. Esos intereses se reformulan luego en los Estados decimonónicos —incluyendo los latinoamericanos— como los intereses públicos y generales de la sociedad.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 7-8; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Algunas consideraciones históricas sobre el Ministerio público”, en *Revista de derecho y ciencias políticas*, vol. 50, 1993, pp. 383-395.

¹⁰² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima, Palestra, Temis, 2007, p. 53.

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 84-85; CASTRO Y CASTRO, Juventino, *op. cit.*, p. 33.

A partir del modelo napoleónico, la defensa del interés de la sociedad en la persecución de los delitos justifica la creación de un órgano político administrativo de control de la persecución de los delitos. Dado esto, la razón de existir del ministerio público aparece más claramente como una cuestión pragmática, relativa al control de parte del gobierno sobre la apertura de los procesos y la búsqueda de las penas.

La institución, así vista, más que procurar justicia, lo que procura en primer lugar es el control gubernativo sobre los casos que han de llevarse a la justicia. En efecto, en esta tarea se deja a un lado el interés de las víctimas; sobre estas se ejerce también control, en tanto el órgano selecciona cuáles víctimas tendrán la oportunidad de que su caso llegue o no ante un juez penal. La institución responde a un abstracto interés general de la sociedad de que los delitos se persigan y se procure su justa sanción. Sin embargo, en su interpretación concreta, este interés general se traduce en el interés concreto del representante social de controlar el acceso a la justicia penal. Ese control es entendido como una función de gobierno, ya sea que sirva a los intereses políticos de quien detenta el poder o a los intereses de la propia institución, según si se da un modelo organizativo de subordinación al ejecutivo o de independencia. Así, la existencia del ministerio público, más que ser útil para promover el interés público, es necesaria para controlar la interpretación de ese interés público de perseguir los delitos.

Si lo anterior se sostiene, la idea básica de la institución que las reformas han dejado intacta, según se propuso al comienzo, es que en la estructura del Estado se ha de prever un control administrativo sobre el acceso a la justicia penal. La necesidad de que un órgano público ejerza ese control da razón de ser al ministerio público como agente acusador único o preponderante. La justificación de ese control se liga con las concepciones centenarias del derecho penal, que han construido con solidez la idea de que los delitos son asuntos de interés público, porque la respuesta punitiva es monopolio del Estado. La pérdida total de ese control institucional, al dejar libre el acceso a la justicia penal a los particulares, es algo que un Estado que

se pretende fuerte —como lo fue el napoleónico, que consolidó la figura— no se podría permitir.

El ejercicio de este control de las puertas de la justicia penal ha generado una burocracia que ordena, selecciona y tramita los casos en los que se ha de procurar justicia. Conforme se ha desarrollado el Estado moderno, se ha complejizado la función hasta aparecer en el siglo XX como una “máquina”¹⁰⁴ que ha de operar de manera constante, uniforme y eficiente. Lo que esta máquina burocrática ha de hacer para procurar justicia aparece como una cuestión técnica, un problema de operarios. Los ajustes para que la máquina haga más y mejor dan contenido a los programas de reforma. Lo que se da por sentado, lo que no hay interés en discutir, es quién ha de tener el control sobre esa máquina institucional.

III. LA IDEA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA JUSTICIA.

En contraste con el modelo abstracto de ministerio público delineado en el apartado anterior —un órgano público encargado de controlar el acceso a la impartición de justicia penal y de conducir la persecución de los delitos de acuerdo con una interpretación administrativo-política del interés público— se propone en este apartado un segundo modelo ideal. Este segundo ministerio público ideal, en lugar de controlar, ha de promover el acceso a la justicia penal, conduciendo la persecución de los delitos de acuerdo con una interpretación pro-víctima del interés público. A falta de mejores expresiones, se propone llamar “autoritativo” al primer modelo, y “constructivo” al segundo. En todo caso, la diferencia entre estos dos modelos estriba en una idea básica sobre quién ha de controlar la máquina institucional de la procuración de justicia: una burocracia, o las víctimas de delitos.

El segundo modelo se denomina “constructivo” porque surge de una reflexión que se inspira en uno de los planteamientos filosóficos del constructivismo social: la tesis de que la realidad social es construida por sus actores. El constructivismo

¹⁰⁴ SYKES, Gresham, *El crimen y la sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1961, p. 24.

social de Collin, por ejemplo, sostiene que la realidad social se genera por la manera como las personas “pensamos” o “hablamos” de esa realidad; por las formas como la “explicamos unos a otros”, y por los “conceptos que usamos para captarla”.¹⁰⁵ En esta realidad social creada, complementa Searle, existen cosas y hechos solo porque creemos en su existencia; de modo que, parte de lo que esos hechos son, es ser pensados como tales.¹⁰⁶

Excede al propósito de esta reflexión profundizar en la postura epistemológica del constructivismo; simplemente, se retoma este planteamiento como inspiración para proponer que la justicia es una de esas cosas que existen en la realidad social, en tanto las personas creen en su existencia y hablan sobre esta. La práctica social que se llama justicia es construida por las creencias, los pensamientos y las acciones comunicativas de todos los que en determinado momento se involucran y participan en la práctica. Por supuesto, esos pensamientos incluyen el conocimiento sobre normas que las personas reconocen, y que les indican lo que tienen que hacer.

Los participantes de la práctica pueden ser miles; sin embargo, el número de involucrados no cambia el hecho de que para cada uno de ellos, la justicia es una experiencia directa, en la cual se realizan acciones a partir de los pensamientos y creencias que se tienen sobre el sentido y el propósito de esa práctica. Esto es así tanto para un imputado que vive la práctica de la justicia como una serie de molestias o incomodidades indeseables, como para un agente ministerial que vive la práctica simplemente como un trabajo burocrático remunerado.

¹⁰⁵ COLLIN, Finn, *Social Reality*, Londres, Routledge, 1997, pp. 2-3. Asimismo, *vid.* VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 64.

¹⁰⁶ SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995, pp. 1 y 34.

Para llevar esta reflexión al terreno de la procuración de justicia, puede pensarse en la comisión de un acto delictivo de los que tienen una víctima. El agresor y la víctima viven en carne propia el hecho. El primero obliga a la segunda a vivir una experiencia de sufrimiento. En la inmensa mayoría de los casos, este hecho no se divulga; la experiencia del delito no se aleja de sus protagonistas, acaso se comparte con un círculo de personas cercanas o con extraños que circunstancialmente atestiguaron el hecho. Al paso del tiempo, los involucrados puede que recuerden el hecho o lo olviden, que sigan con sus vidas o que guarden rencor, en fin, todas las posibilidades que permite imaginar la condición humana.

El asunto es muy distinto si el hecho se hace público y se enteran otras personas que creen que su deber es intervenir en estos casos para procurar justicia. En cuanto se enteran, estas otras personas dicen a los involucrados que el problema ya no es de ellos. Estas otras personas se apropian del problema, afirmando que el delito es un asunto público, y que ellos han de realizar la investigación y en su caso llevar al agresor ante un juez para que imparta justicia, porque creen que así lo marca el interés de la sociedad, a la que precisamente ellos piensan que representan.

Lo anterior parece banal, pero hacer esta descripción de la labor institucional no en términos de abstracciones —sosteniendo por ejemplo, que la procuración de justicia es una función estatal que persigue un interés público general—, sino en términos de las experiencias de los involucrados, es un cambio de enfoque fundamental para el modelo constructivo de procuración de justicia que se plantea. Se está sugiriendo que la justicia es una experiencia que cada uno de los involucrados ha de vivir. En el modelo autoritativo de ministerio público, las autoridades controlan el acceso a esta experiencia de la justicia y al hacerlo, se apropian del lugar protagónico que correspondía a los actores iniciales del delito. La autoridad controla qué tanto pueden intervenir ellos en la práctica social: principalmente han de contar lo que pasó; han de firmar papeles; han de estar presentes cuando se les diga; han de esperar. A la víctima se le permite actualmente

asumir un rol activo y coadyuvar con el ministerio público, mientras que el imputado puede simplemente no hacer nada, dejar que le pongan un defensor y esperar. En todo caso, los protagonistas son los servidores públicos, porque controlan la práctica y al hacerlo, priorizan dentro de esta la realización de sus propias experiencias sobre las experiencias de los involucrados.

En el modelo constructivo el funcionario ministerial no controla, más bien facilita y promueve que los involucrados vivan por sí mismos la experiencia de la justicia, como lo hicieron con la experiencia del delito. Sin embargo, no les da un papel igual. En este modelo la víctima es la protagonista. La autoridad se pone a su servicio y procura que la práctica social sirva para que la víctima realice su experiencia de la justicia. Esto es legítimo según una idea intuitiva de la justicia como compensación, que parte de que el agresor fue el actor principal en el hecho delictivo, al imponer a la víctima una experiencia de sufrimiento que el resto de la sociedad considera fue inmerecida. Dado esto, para hacer justicia, el protagonista de la práctica social que se llama justicia ha de ser la persona que experimentó ese sufrimiento.

Para completar esta idea, hay que aclarar a qué se refiere la expresión realizar una experiencia. Se ha señalado que la justicia se construye a partir de una práctica social, en la cual los distintos intervinientes influyen con sus creencias, pensamientos y acciones comunicativas. Cualquier intervención en esa práctica ya supone una experiencia para la persona: el detenido, el fiscal, el académico, el litigante, todos ellos tienen vivencias distintas de la justicia. Esas vivencias pueden generar en la persona distintas reacciones emocionales: desilusión, frustración, enojo, acaso indiferencia y, en los mejores casos, satisfacción. La satisfacción se presenta, por ejemplo, cuando la persona gusta y disfruta de esa práctica. También es satisfactorio cuando en la vivencia, la persona ve realizadas sus ideas previas o expectativas, formadas a partir de sus creencias. Igualmente puede darse esta experiencia satisfactoria cuando tras la vivencia, se modifican las creencias y pensamientos de la persona, en un sentido que ella misma valora como un aprendizaje enriquecedor y positivo.

Lo anterior es lo que se sugiere al decir que, en el modelo constructivo, el ministerio público ha de procurar la realización de la experiencia de justicia de la víctima. Se ha de promover y facilitar que en el marco de la práctica social de la justicia, la víctima tenga una experiencia satisfactoria; ya sea porque le resulte grata, porque vea cumplidas sus ideas previas y expectativas sobre la práctica o bien, porque logre enriquecerlas con un aprendizaje que valore como positivo.

Muy posiblemente, toda víctima comparte una idea intuitiva de la justicia vista como compensación. Toda víctima de un delito cree que se le debe compensar, y esa es su expectativa. Más allá de eso, lo que cada víctima entiende por compensación es diverso; entre infligir un daño al agresor o recibir recursos económicos, las posibilidades de compensación son todas las que permite imaginar la condición humana. En este punto, el pensamiento penal advierte de manera constante sobre el peligro de confundir la justicia con la venganza, cuando influye el rencor de quien ha sufrido un daño. La filosofía da una señal sobre el límite entre esos dos terrenos; como apunta Mate: “la justicia pone su mirada en la víctima, en el daño objetivo que se le ha hecho, planteándose la reparación del daño”, en cambio, la venganza “tiene en el punto de mira al verdugo y lo que busca es hacérselas pasar a él tan mal como él se lo ha hecho pasar a la víctima”.¹⁰⁷ Así, como es bien sabido, la justicia solo puede compensar a la víctima al restaurar y reparar integralmente (*restitutio in integrum*), y si se impone un castigo, no puede ser con el propósito de causar un daño al agresor como un fin en sí mismo.

Con todo y esa distinción, cualquiera sabe que en la reacción instintiva de la víctima comúnmente se confunde el deseo de ser compensado con el deseo de causar un mal al agresor. De ahí que, muchas veces, lo que la víctima cree que debe obtener como compensación es algo imposible, ya sea porque está prohibido hacerlo, o porque no existen los medios para lograrlo. En estos casos parece que

¹⁰⁷ MATE, Reyes, “La Justicia de las Víctimas”, en *Revista Portuguesa de Filosofia*, vol. 58, 2002, p. 300.

únicamente la experiencia de participar en la práctica social, si es apreciada por la propia víctima, evitará que quede insatisfecha de modo irremediable.

En relación con esto último, se puede distinguir aquí entre compensación como la obtención de algo, y compensación como la experiencia de algo. En el modelo constructivo que se plantea, se ha de distinguir la reparación que eventualmente se puede obtener al final de un procedimiento, de lo que la víctima ha de experimentar como compensación. Frente a la experiencia de sufrimiento que supone el delito, el acceso a la práctica social de la justicia ha de ofrecer a la víctima la experiencia de la justicia. Si el delito supuso un maltrato, en la práctica social de la justicia se ha de dar a la víctima un trato gratificante. Si el delito supuso una falta de respeto a la consideración debida a la persona, la experiencia de la justicia debe contribuir a que la persona restablezca su estima. De este modo, al margen de que cada una de las víctimas obtenga o no algo acorde con sus expectativas como compensación por el delito —lo que está condicionado a múltiples factores—, la experiencia misma de intervenir en la práctica de la justicia ha de ser lo suficientemente grata como para generar satisfacción y en esa medida, así sea mínima, compensar.

En el modelo constructivo recae sobre el ministerio público la responsabilidad de procurar que la víctima realice esta vivencia compensatoria; para esto ha de darle por supuesto un trato digno, compasivo y gentil, además de generar las condiciones favorables para la experiencia. En contraste, en el modelo autoritativo, los funcionarios ministeriales priorizan la realización de sus propias experiencias, al procurar llevar a la práctica las creencias que tienen como miembros de una burocracia, mismas que les dicen lo que debe hacerse para alcanzar la meta futura de la justicia. En el modelo constructivo el otorgamiento a la víctima de una compensación puede ser una meta futura, pero la justicia no es algo a alcanzar en el futuro, sino una práctica que se ha de construir en el momento presente en torno a la experiencia de las víctimas.

De este modo, en el modelo constructivo, la máquina institucional de la procuración de justicia que domina la práctica social respectiva se pone al servicio de la víctima. Para que esto suceda, resulta necesario que las víctimas tomen el control de dicha máquina. Este planteamiento no conlleva la propuesta de un control administrativo institucional, por el cual las víctimas vayan a mandar sobre los funcionarios. Más bien, la tesis se refiere a una suerte de control sobre la interpretación de los propósitos y la justificación en la vida social de la institución, mediante una interpretación pro-víctima del interés público.

En el modelo autoritativo, el control de la maquinaria institucional de la procuración de justicia lo realiza la propia burocracia. Son los propios funcionarios los que —siempre en nombre de la institución, que se considera como representante de la sociedad y al servicio del interés público— determinan a qué propósitos ha de servir su labor. Frente a esto, la tesis constructivista permite proponer que no hay tal cosa como un interés público único. Lo que hay son interpretaciones de ese interés, las cuales son propuestas por personas concretas que en la práctica social, se asumen como representantes de la sociedad, de la legalidad o de cualquier otra abstracción.

De este modo, tomar el control de la institución significa cambiar las bases ideológicas según las cuales, en la práctica social de la justicia, ha de separarse tajantemente entre la abstracción del interés público y los intereses de las víctimas de carne y hueso, correspondiendo determinar el contenido del primero a un cuerpo de funcionarios cuya única legitimidad es haber sido nombrados para un cargo por otros funcionarios como ellos. En el modelo constructivo que aquí se plantea, las víctimas, a partir de la legitimidad moral que les confiere haber transitado por la experiencia de un sufrimiento injusto, deberían controlar la interpretación del interés público en la procuración de justicia penal. Esto significa que, cuando un ministerio público tiene frente a sí una víctima de carne y hueso, habría de asumir que esa víctima es la sociedad y que su interés es el interés de la sociedad, y en consecuencia, poner su labor a su servicio.

El modelo constructivo rechaza la creencia de que el ministerio público ha de ejercer la representación o la defensa del interés del Estado (de origen napoleónico), de la sociedad en sentido general o de cualquier otra abstracción en la práctica social de la justicia. Lo que propone este modelo es que el órgano ha de fungir principalmente como representante de las víctimas concretas en la práctica social de la justicia, y perseguir los delitos no en nombre de la sociedad, sino en nombre de los intereses legítimos de las víctimas. En este modelo no es la víctima quien coadyuva con el órgano para el logro de algún interés público; por el contrario, es el órgano el que ha de coadyuvar con la víctima, para lograr los objetivos de que ésta viva su experiencia satisfactoria de la justicia, al tiempo que lleva adelante su exigencia legítima de justicia.

Es conveniente añadir algunas aclaraciones sobre la interpretación pro-víctima del interés público y sobre lo escrito hasta este punto. Por si acaso es necesario precisarlo, esta reflexión sobre un modelo constructivo de ministerio público se circunscribe al ámbito de la procuración de justicia. Aunque se ha hablado en un sentido general de la práctica social de la justicia, este modelo no se extiende ahora a lo que ocurre dentro de la función jurisdiccional, ya en el proceso penal. Eso es un tema que requiere otra reflexión y desarrollo. Para el alcance de este artículo, cabe precisar que el modelo constructivo no implica de ninguna manera una privatización de la justicia penal, porque da por sentado que la justicia solo la puede impartir un juez público e imparcial. Mientras el ministerio público, como órgano investigador y acusador, bien puede procurar justicia para la víctima, al órgano jurisdiccional le toca impartir justicia para las dos partes, acusador y acusado.

Por otro lado, cabe señalar que la identificación que se plantea entre el interés público y el interés de la víctima no es una ocurrencia infundada ni una ingenuidad. Es una tesis basada en la práctica institucional consolidada de la justicia internacional en materia de violaciones a derechos humanos. El discurso de los derechos humanos ha promovido una humanización del *ius puniendi*, al sostener que las víctimas de crímenes de gravedad, en el marco del derecho a la justicia,

además del derecho a la reparación (*restitutio in integrum*), tienen un derecho a la investigación, procesamiento y sanción del responsable. Esto no es que la víctima tenga derecho a sancionar; es que la víctima tiene derecho a exigir al Estado que sancione. Este enfoque de derechos humanos mira a la víctima de carne y hueso, disolviendo la creencia de que existe una separación entre cada una de las víctimas y el interés de la sociedad en abstracto.

El modelo constructivo no resta importancia a la labor del ministerio público como órgano encargado de investigar, perseguir y acusar. Se admite que la existencia de este órgano público es necesaria para el cumplimiento de esas labores, de modo que no se trata aquí de una discusión sobre quién ha de investigar o de ejercer la acción penal. Se necesita al órgano público para que realice aquellos actos que puedan suponer limitaciones a los derechos del imputado o de otros involucrados, y que de ninguna manera pudiera realizar la víctima por sí misma.

Asimismo, las víctimas necesitan al ministerio público para que este realice de manera profesional las distintas actividades de una investigación objetiva y técnica, que es indispensable para esclarecer los hechos y llegar a una verdad. Estas actividades suponen la inversión de tiempo y recursos; involucran costos que la mayoría de las víctimas no estaría en condiciones de erogar. Es legítimo que se exija al Estado cubrir esos gastos con recursos públicos, porque cada vez que se comete un delito, además de la responsabilidad del autor, hay también una responsabilidad institucional y social. El Estado es responsable, porque las instituciones le han fallado a la víctima, al no haber podido protegerla y prevenir ese delito. El grupo social es responsable de velar porque la víctima sea compensada, por una cuestión de solidaridad y apoyo mutuo.

Precisados estos puntos, aparece con más claridad qué es lo que ha de realizar el ministerio público en el modelo constructivo. Ha de procurar que la investigación y persecución del delito, conducidas de forma científica, objetiva y profesional, sirvan para que la víctima pueda ver satisfecha su exigencia de justicia, con la

obtención de una compensación reparadora al final del procedimiento. Sin embargo, en el modelo constructivo esa meta compensatoria, de realización futura y eventual, no es el único sentido que se da a la justicia; la justicia es también el trayecto, la práctica que la víctima experimenta, y que el ministerio público ha de procurar resulte satisfactoria. La justicia no puede ser una suerte de luz al final del túnel para la víctima, que justifique recorrer un trayecto tortuoso y lleno de obstáculos dentro de las instituciones.

Se mencionó antes, siguiendo la tesis retomada del constructivismo social, que la justicia existe porque las personas creen en su existencia. Si se dan estas experiencias satisfactorias que se han comentado, acaso ayuden a las víctimas a creer en la práctica social de la justicia, independientemente de que sea posible o no compensarlas como esperan al final del procedimiento. Por lo contrario, si la experiencia de la justicia se vive como otro sufrimiento, porque la institución de procuración de justicia revictimiza a la persona, las víctimas simplemente han de abandonar la creencia en la práctica social. Con la consecuencia de que, en algún momento, la justicia simplemente ya no habrá de existir para buena parte de la sociedad involucrada, por mucho que las autoridades sí tengan una creencia, más que en la justicia, en sí mismas.

Hay una cierta afinidad entre esta idea de la construcción social de la justicia y los mecanismos de justicia restaurativa que se han ido generalizando en el sistema penal actual, en tanto reivindican la relevancia de la participación de las víctimas en la práctica social de la justicia. La justicia para las víctimas se ha de construir con las víctimas, a partir de las necesidades de la víctima concreta, con la disposición favorable del sujeto que fue agresor. Esto se inscribe en lo que Mate llama la “cultura reconstructiva”, que entiende que la “injusticia”, y el delito, es “una acción que destruye una relación y que la justicia debe reconstruir”. Esta cultura implica una

“ética reconstructiva”, que pone atención en “la situación de los sujetos reales”, más que en “la salvaguarda de principios abstractos”.¹⁰⁸

Esta justicia reconstructiva se preocupa centralmente por construir con las víctimas su reparación. Esta justicia construida no ha de ser la misma para todas las víctimas, porque habrá de estar mediada por su experiencia, y determinada por sus creencias, pensamientos y necesidades. Más allá del principio universal y abstracto del reconocimiento del derecho a la *restitutio in integrum*, el contenido de la reparación es siempre un asunto concreto.

Para esto se requiere, como comenta el propio Mate, la manifestación de una “nueva sensibilidad”, por ejemplo en lo que algunos denominan la “teoría feminista de la justicia”, que pone “el cuidado y la atención [en] lo concreto, [en] los daños causados en el individuo concreto, más que en la defensa de la ley”. Esta justicia, resulta “más sensible a la respuesta imaginativa ante situaciones concretas que a aplicaciones más o menos mecánicas de la norma”.¹⁰⁹ Esto significa, sencillamente, que se ha de dejar que sea la propia víctima la que exprese en primer lugar qué necesita y cómo espera verse reparada. A partir de la palabra de la víctima, el diálogo constructivo con los otros involucrados, en el marco de la práctica social de la justicia, ha de perfilar el camino de su reparación.

IV. CONCLUSIÓN.

El modelo constructivo de ministerio público que delinea este artículo no decanta en nuevas propuestas de reformas legales ni orgánicas. Lo que se ha discutido es el significado y la interpretación que se da a ciertas expresiones, como las de “procurar justicia” o “representación social”. Frente a las interpretaciones autoritativas de esas expresiones, se postulan otras que acercan su significado a

¹⁰⁸ MATE, Reyes, *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 23-24.

¹⁰⁹ *Idem*.

ideas como las de “fomentar justicia” y “representación de las víctimas”. Estas reinterpretaciones cristalizan en la exigencia de una institución ministerial que ha de servir a las víctimas, tomándose en serio ese deber de servicio.

Frente al modelo autoritativo de ministerio público de origen napoleónico, se ha planteado un modelo constructivo. Según este, el ministerio público ideal, en lugar de controlar, ha de promover el acceso a la justicia penal, conduciendo la persecución de los delitos de acuerdo con una interpretación pro-víctima del interés público. Este planteamiento conlleva una identificación entre el interés público y el interés de las víctimas.

Esta comprensión de la justicia da las bases de legitimidad para la propuesta de poner la procuración de justicia al servicio de la víctima. Para esto, el acto de servir queda entendido en dos de los sentidos del verbo, tanto en la prestación de un servicio, como en la realización de una actividad que sirve por ser útil. Esto remarca obligaciones ya bien conocidas, como la de dar un trato digno, compasivo y respetuoso a las víctimas. En el modelo constructivo, cada uno de los servidores públicos de la institución ha de tener claro que cada acto y diligencia, cada interacción con el ciudadano, son relevantes y constituyen parte de la construcción social de la justicia.

Esta reflexión no tiene más ambiciones que expresar una intuición que quizá cualquiera que se haya acercado a la procuración e impartición de justicia penal puede compartir: que se le debe mucho a las víctimas. Esa deuda, acaso conduzca a que el derecho penal del futuro se ponga al servicio de la víctima, asumiendo ya con toda claridad que es a ella a quien se le debe hacer justicia. Hace tiempo, la idea de hacer justicia se interpretaba como ajusticiar al agresor. Quizás pronto se pueda asumir que hacer justicia se tiene que interpretar primordialmente como compensar y satisfacer a la víctima.

V. FUENTES SELECTAS

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima, Palestra, Temis, 2007.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*, México, Porrúa, 2008.
- COLLIN, Finn, *Social Reality*, Londres, Routledge, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos, “Construcción, no procuración, de justicia en México”, en *Hechos y Derechos*, núm. 53, septiembre-octubre, 2019 [en línea], <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13878/15143>>, [consulta: 30 de mayo de 2022].
- MATE, Reyes, “La Justicia de las Víctimas”, en *Revista Portuguesa de Filosofía*, vol. 58, 2002, pp. 299-318.
- _____, *Justicia de las víctimas: Terrorismo, memoria, reconciliación*, Barcelona, Anthropos, 2008.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Algunas consideraciones históricas sobre el Ministerio público”, en *Revista de derecho y ciencias políticas*, vol. 50, 1993, pp. 383-395.
- SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995.
- SYKES, Gresham, *El crimen y la sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1961.
- VILLA, Vittorio, *Constructivismo y teorías del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- ZAFFARONI, Raúl et al., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.

