

BOLETÍN *de* Derecho Administrativo

NÚMERO 1, ENERO-JUNIO DE 2022

**Revista de la Asociación Mexicana
de Derecho Administrativo**



Boletín de Derecho Administrativo

Revista de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

Número 1, Enero – Junio de 2022

Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Presidente Honorario Vitalicio

Dr. Jorge Vargas Morgado
Presidente

Dr. Francisco Javier Coquis Velasco
Secretario

Xelha Montserrat Brito Jaime
Presidenta del Foro Mexicano de Jóvenes Administrativistas

Boletín de Derecho Administrativo

Revista de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

Dr. Jorge Vargas Morgado

Director

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Miguel Alejandro López Olvera
Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz
Dr. José René Olivos Campos
Dra. Nancy Nelly González Sanmiguel
Dr. Manlio Fabio Casarín León

Boletín de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, núm. 1, enero – junio de 2022, es una publicación semestral editada por la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo.

Primera edición: marzo de 2022

DR 2022, Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

Impreso y hecho en México

ISSN: En trámite

CONTENIDO

FONDO

El legado de la Independencia de México: principios, derechos y garantías en el procedimiento administrativo sancionador	3
Griselda Anguiano Espinosa	
Hacia la justiciabilidad del derecho humano a una buena administración pública	27
Xelha Montserrat Brito Jaime	
La regularidad constitucional del acuerdo presidencial publicado en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> el 22 de noviembre de 2021	53
Agustín E. Carrillo Suárez	
Adrián Palma Martínez	
La influencia de la revolución digital en el derecho: los derechos de cuarta generación	81
Ariana Expósito Gázquez	
Gestión pública postpandemia	103
Nancy Nelly González Sanmiguel	
Xóchitl Alicia Ramírez Chávez	
Carlos Charles Manzano	

Surgimiento y evolución del derecho administrativo en Oaxaca 123

Nelly Ruiz Flores

Del Seguro Popular en Salud al Instituto de Salud para el Bienestar. Entre el reto local y los compromisos internacionales 137

Eréndira Salgado Ledesma

Enfoque constitucional y convencional del principio de imparcialidad en el procedimiento disciplinario colombiano . 161

Yury Tenorio Melenje

Michelle Picón Carvajal

Sergio Hernando Castillo Galvis

La necesidad de consolidar la autonomía de los tribunales locales de justicia administrativa y la independencia de sus magistrados 191

Armando Villanueva Mendoza

OPINIÓN

La otredad del derecho. *Cuando el derecho está en todo (everywhere), pero no lo es todo (everything)* 217

Carlos Alberto Burgoa Toledo

Igualdad sustantiva en las políticas públicas del Estado mexicano: opinión al AR 8314/2019 229

Raquel Fernanda García Ojeda

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Comentarios a la sentencia de amparo directo 309/2021 y la recepción del derecho fundamental a la buena administración en sede judicial federal 239

Manlio Fabio Casarín León

Limitación al efectivo acceso al derecho a la salud: amparo en revisión 81/2021 247

Alfonso Mendoza-Juárez

La *fecha cierta*, un análisis jurisprudencial 253

Jorge Vargas Morgado

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

Las leyes del cubrebocas 269

Miguel Alejandro López Olvera

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

González Martín, Nuria, López Olvera, Miguel Alejandro y Vargas Morgado, Jorge, *Emergencia Sanitaria por COVID-19: medidas administrativas y financieras*, IIJ-UNAM, 2022 277

Miguel Alejandro López Olvera

AVISOS GENERALES

Invitación a participar en el XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo y en el XIV Congreso Mexicano de Derecho Administrativo 285

FONDO

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO:
PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS
EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Griselda ANGUIANO ESPINOSA*

Resumen: La Constitución de Cádiz es un documento fundamental en la historia constitucional de México, encabeza las Leyes Supremas de nuestro país, introdujo diversas instituciones jurídicas vigentes actualmente en el derecho positivo mexicano, entre otras, el *ius puniendi* del Estado y el conjunto de principios, derechos y garantías del debido proceso y defensa adecuada aplicables a los procedimientos sancionadores, por su carácter son oponibles frente al Estado; a la fecha favorecen la seguridad jurídica de la persona, previo al acto privativo sancionatorio, dicho conjunto es el legado de la independencia mexicana.

Abstract: The Constitution of Cadiz is a fundamental document in the constitutional history of Mexico, heads the Supreme Laws of our country, introduced various legal institutions currently in force in Mexican positive law, among others, the *jus puniendi* of the State and the set of principles, rights and guarantees of due process and adequate defense applicable to the sanctioning procedures, by their nature are opposable against the State; to date they favor the juridical security of the person, Prior to the punitive privative act, this set is the legacy of Mexican independence.

* Licenciada, especialista y maestra en derecho todos por parte de la UNAM. Doctorante del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

Palabras clave: Constitución de Cádiz, sanción, derechos, garantías, debido proceso, defensa adecuada, seguridad jurídica, potestad sancionadora.

Keywords: Cadiz Constitution, sanction, rights, guarantees, due process, adequate defense, legal security, sanctioning power.

SUMARIO: I. Introducción. II. La Constitución de Cádiz. III. El ejercicio del ius puniendi del Estado en la Constitución de Cádiz. IV. Los principios de la potestad sancionadora. V. Los principios rectores. VI. Los principios procedimentales. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El dieciséis de septiembre de 1810 comenzó un movimiento armado encaminado a terminar con el dominio español en la Nueva España: la Independencia de México —*La noche del Grito de Dolores*—, encabezado por Miguel Hidalgo y Costilla, y gestado en diversas reuniones secretas y clandestinas en el Centro de la Nueva España, Guanajuato y Querétaro.

Dicho movimiento independentista tiene como contexto el periodo de la Ilustración y los movimientos revolucionarios liberales de Europa y América a finales del siglo XVIII, como la Revolución Francesa de 1789 y la Independencia de Estados Unidos de América¹ de 1775.

El hartazgo de los habitantes criollos de la Nueva España por los privilegios y beneficios de los que gozaba la Corona Española originó un descontento general que propició dicho movimiento independentista, cuyo objeto fue convocar a los más desfavorecidos para organizarse y luchar contra del reinado de España.

El proceso de Independencia se desarrolló en cuatro etapas: i) La conspiración de Querétaro con Miguel Hidalgo y Costilla, Juan Aldama e Ignacio Allende (1810-1812); ii) El movimiento insurgente con José María Morelos y Pavón e Ignacio López Rayón (1812-1815); iii) la llegada del nuevo virrey de la Nueva

¹ En adelante EUA.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

España (1815-1820); y iv) La consumación de la independencia (1821).²

La primera etapa es fundamental en la historia de las Constituciones de México, entre las consecuencias del movimiento independentista, fue el juramento de la Constitución de 1812, fue la primera Constitución de México, y otros territorios americanos, dicho ordenamiento encabeza las Leyes Supremas de México.

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La primera etapa se distinguió por la promulgación de la Constitución Política de la Monarquía Española —Constitución de Cádiz— el diecinueve de marzo de 1812, en Cádiz, España, por Fernando Séptimo, Rey de las Españas, y publicada en la Nueva España el treinta de septiembre del mismo año.³

La Constitución de Cádiz tuvo como finalidad promover la gloria, la prosperidad, el bien de la Nación, y decretar el buen gobierno y recta administración del Estado.⁴ Dicho ordenamiento regula sistemáticamente la organización de los poderes fundamentales del Estado dentro de una monarquía moderada hereditaria, así como los derechos, los deberes y las obligaciones de los ciudadanos españoles.⁵

El contenido de la Constitución de Cádiz es de carácter liberal, por el contexto histórico en que se desarrolla su elaboración, promulgación y publicación.

Dicho ordenamiento inicia con el reconocimiento de la nación española como la reunión de los españoles de ambos hemisferios (España y América) en un plano de igualdad en derechos y obligaciones.

² Sánchez Andrés, Agustín, *La independencia de México. 1810-1821*, México, Libros Arco, 2011, pp. 25-89.

³ *Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, versión facsímil*, México, Biblioteca del Congreso de la Unión, p. 32. Disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>

⁴ Anguiano Espinosa, Griselda, *El principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador en México*, México, Bosch, 2021, p. 53.

⁵ Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, *op. cit.*, p. 3.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

Se integra por diez títulos que regulan la Nación —Título I—; el territorio, la religión, el Gobierno, la ciudadanía española —Título II—; las Cortes —Título III—; el Rey y la corona española —Título IV—; los tribunales y la administración de justicia —Título V—, el gobierno interior —Título VI—; las contribuciones —Título VII—; la fuerza militar —Título VIII—; la instrucción pública —Título XI—; y la observancia de la Constitución y su modificación —Título X—.

Dicho ordenamiento contiene diversas ideas fundamentales que actualmente se encuentran vigentes en el derecho positivo, entre otras, la soberanía —derecho para autodeterminarse—, la división de poderes, el proceso de creación y promulgación de leyes, la administración de justicia, el gobierno local —provincias—, el ayuntamiento, las contribuciones, la fuerza militar, el derecho a la educación, la observancia de la Constitución, así como, diversos derechos y garantías aplicables en los procedimientos derivados de la potestad de punitiva del Estado.

Sobre esto último, la Constitución de Cádiz reconoció un conjunto de derechos y garantías oponibles al Estado en favor de la seguridad jurídica de la persona en los procedimientos de orden civil y criminal —derecho privado y público— en el Título relacionado con el ejercicio de la administración de justicia.

Dicho conjunto de prerrogativas permanece vigente en el constitucionalismo mexicano, ha evolucionado conforme a la realidad del sujeto, la sociedad, el Estado y el derecho, y estos conjuntamente, derivado de la importancia que implica su reconocimiento y vigencia en cualquier sistema jurídico, así como, la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de la persona.

III. EL EJERCICIO DEL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Antes como ahora, la división de poderes como idea política fundamental se manifiesta en el otorgamiento de diversas facultades al poder público para ejecutar la función pública y satisfacer las necesidades colectivas.

Para cumplir con esa finalidad, en la Constitución de Cádiz, el poder público se distribuyó en tres funciones: los Tribunales,

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

las Cortes, el Rey, cada órgano realizaba actividades de distinta naturaleza, mismas que, en conjunto, contribuyeron a la realización de los fines de las Españas.⁶ En la actualidad, dichos órganos se subsumen en los tres poderes: judicial, legislativo y ejecutivo.

Los Tribunales se encargaban de administrar la justicia de orden civil y criminal (Título V); las Cortes tenían a su cargo la elaboración de la ley y los ordenamientos aplicables a la función desempeñada (Título III), y el Rey era encargado de la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado conforme a la Constitución de Cádiz y las leyes vigentes,⁷ mediante un conjunto de autoridades u órganos en determinada materia.

En conjunto, las tres funciones colaboraban para mantener el orden público y la paz social en la Nueva España, cumplir con las normas jurídicas y lograr la armonía entre los individuos para la consecución del bien común y el bienestar de la sociedad.

No obstante, cuando ocurrían casos en que la resistencia de los individuos a las normas afectaba la seguridad pública, la autoridad competente, con el uso del poder de castigo, contrarrestaba el quebrantamiento del orden mediante la imposición de la sanción respectiva.

Los Títulos IV y V de la Constitución de Cádiz facultaban al Rey y a los Tribunales para castigar a los individuos por la infracción de la ley, lo cual actualmente conocemos como el *ius puniendi* del Estado.

⁶ Conforme al art. 11 de la Constitución de Cádiz, las Españas comprendían: la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África. En la América septentrional, Nueva España —México—, con la Nueva Galicia y Península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo, y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno.

⁷ En sustitución: Los Tribunales al Poder Judicial; las Cortes al Poder Legislativo; y el Rey al Poder Ejecutivo.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

Dicha institución se entiende como la función de la autoridad competente para sancionar la comisión del ilícito e imponer sanción al sujeto que transgreda la ley mediante el procedimiento respectivo.

Desde entonces, se manifiesta como un límite a la conducta del individuo para sujetarlo al derecho y prevenir la comisión futura del ilícito.

El *ius puniendi* del Estado es una facultad exclusiva del poder público, es otorgada por la Constitución y la ley aplicable a determinados órganos, se encuentra sujeta al imperio de la ley a fin de que no constituya un ejercicio arbitrario que vulnere la esfera jurídica de los gobernados.

La sujeción del ejercicio del *ius puniendi* a la Constitución de Cádiz implicó regular la actuación de la autoridad en la imposición de la pena a fin de cumplir con las garantías del debido proceso, de audiencia y defensa adecuada en los procedimientos en ejercicio del poder punitivo del Estado — artículos⁸ 286 a 308 de la Constitución de Cádiz—.

Desde entonces, surgió la importancia del reconocimiento de los derechos y garantías de la persona en los procedimientos de carácter público y privado, así como, la necesidad de regular la actuación de la autoridad en el ejercicio de la administración de justicia.

Los derechos, principios, valores y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución de 1812, para proteger la seguridad jurídica de la persona frente a la autoridad en ejercicio del poder público, mismos que constituyen el legado de la Independencia de México.

IV. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La Constitución de Cádiz reconoció formalmente el ejercicio de la potestad sancionadora del Rey y de los Tribunales.

La imposición de la pena por la comisión del ilícito estuvo a cargo de los Tribunales en las causas civiles y criminales; y del Rey por aquellos ilícitos previstos en ordenamientos diversos al orden criminal.

⁸ En los subsecuente art. (s).

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

Desde la Constitución de 1812, el *ius puniendi* del Estado estaba sujeto al imperio de ley —la Constitución de 1812 y las leyes ordinarias—, cuyos ordenamientos reconocían un conjunto de reglas, principios, derechos y garantías para regular la imposición de la pena o la sanción.

Lo anterior, derivado de la necesidad de controlar la actuación de los Tribunales y del Rey en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado; a fin de evitar el ejercicio represivo del poder público, la arbitrariedad en la actuación de los órganos del Estado, la falta de garantías en los procedimientos sancionadores; así como la importancia de imponer parámetros de regularidad para favorecer el debido proceso y la seguridad jurídica de la persona.

Las reglas, principios, derechos y garantías previstas en la Constitución de Cádiz surgen de la importancia de proteger a los gobernados de los actos autoritarios del Estado.

Lo anterior tiene como contexto los diversos movimientos sociales contemporáneos en Francia y EUA, cuyas disputas concluyeron con la suscripción de importantes documentos históricos encaminados a privilegiar el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana,⁹ así como, de aquellos aplicables en los procedimientos en ejercicio de la función punitiva del Estado a fin de garantizar el debido proceso, la seguridad jurídica y la defensa adecuada.

V. PRINCIPIOS RECTORES

La potestad sancionadora del Estado se reguló por diversos principios rectores previstos en la Constitución de Cádiz, a fin de limitar el ejercicio punitivo y evitar la vulneración de los derechos subjetivos y procedimentales de la persona.

Dichos principios deben distinguirse como sustantivos y procedimentales.¹⁰ Los primeros, por su naturaleza jurídica, al igual que hoy, regulaban la actuación de la autoridad competente en ejercicio del poder sancionador del Estado; los

⁹ Anguiano Espinosa, Griselda, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹⁰ Cordero Quinzacara, Eduardo, “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 42, julio 2014, p. 409.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

segundos, surgieron como un conjunto de garantías subjetivas y procedimentales del sujeto oponibles en el procedimiento para garantizar el debido proceso.

Desde entonces, como hasta ahora, los principios sustantivos de la potestad sancionadora del Estado son: a) legalidad; b) tipicidad; c) reserva de ley; d) irretroactividad de la ley; e) culpabilidad o responsabilidad; f) proporcionalidad de la pena; y g) la prohibición del doble juzgamiento por el mismo hecho —*non bis in ídem*—.

Los principios rectores del *ius puniendi* estatal estaban regulados en la Constitución de Cádiz en los arts. 243 (*non bis in ídem*), 242, 244, 247, 286, 293 (legalidad); 246 (reserva de ley), 296, 300 (culpabilidad), 294, 303, 304, 305 (proporcionalidad) y 287 (tipicidad), actualmente se regulan en los arts. 14, 16, 19, 21, 22 y 23 de la Constitución Federal vigente.¹¹

Antes como ahora, dichos principios son catalogados como derechos de seguridad jurídica y debido proceso, tienen la función de regular y limitar el ejercicio de la facultad punitiva del Estado y garantizar la protección de los derechos y garantías de los administrados en los procedimientos sancionadores.

1. Principio de legalidad

El principio de legalidad estaba regulado en los arts. 242, 244, 247, 286 y 293 de la Constitución de Cádiz —arts. 14, segundo párrafo y 16, primer párrafo de la CPEUM—, desde entonces hacía referencia a las formalidades esenciales del procedimiento, asimismo, estableció que todo acto de autoridad debe constar en mandamiento escrito de la autoridad competente, en cuyo contenido funde y motive la causa legal de la actuación.

Dicho principio contaba con una doble funcionalidad: la primera, imponer un régimen de facultades expresas establecidas en la ley; y segundo, que la actuación de la autoridad proviene del ejercicio de una facultad expresamente atribuida por la ley, en conjunto, debe interpretarse que todo acto de autoridad representa el ejercicio de una facultad expresamente establecida en la Constitución vigente y la ley aplicable a la materia de que se trate.

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

Históricamente, el principio de legalidad ha regulado el sometimiento pleno de la actuación del Estado a la ley, lo que equivale a que la autoridad competente únicamente puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico dispone expresamente, sin tener la posibilidad de llevar a cabo determinados actos que no se encuentre regulados en la ley, lo contrario origina la arbitrariedad e invalidez del acto de autoridad.

El núcleo del principio de legalidad es una garantía de seguridad jurídica encaminada a proteger al sujeto, legitimar la actuación de la autoridad en el procedimiento sancionador y favorecer el debido proceso y la defensa adecuada.

Actualmente, dicho principio es un pilar fundamental del sistema jurídico mexicano; constituye un límite al *ius puniendi* estatal, debido a que su contenido esencial representa el sometimiento del poder público al imperio de la ley, lo cual privilegia el Estado de Derecho en nuestro país, así como, la vigencia del derecho positivo.

2. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad tiene como contexto el periodo de la Ilustración, surgió en 1764 con Cesar Beccaria en la obra *Del delito y de la pena*, y Johann Paul Anselm Feuerbach, en el *Tratado de Derecho Penal*, posteriormente fue reconocido formalmente en el art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que estableció que: “nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

Dicho principio se conoce como la garantía de exacta aplicación de la ley, tiene como antecedente los principios latinos: i) *nullum crimen sine lege*; y ii) *nulla poena sine lege*,¹² en sentido amplio, se traducen como "ningún delito, ninguna pena sin ley previa"; en sentido estricto, “la conducta ilícita produce la pena”.

Tienen como fin principal evitar la arbitrariedad en la imposición de la sanción con la previsión del ilícito y la

¹² Tesis 1a./J. 46/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo VI, diciembre de 1997, pág. 217. Registro número: 197255.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

consecuencia jurídica en la ley previo a la comisión material de la conducta tipificada.

Dichos principios mayormente fueron desarrollados en materia penal, debido al contexto en que fueron creados y reconocidos.

El principio de tipicidad estaba regulado en el art. 287 de la Constitución de Cádiz —art. 14, tercer párrafo de la CPEUM—, actualmente recibe la connotación de la prohibición de imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al ilícito de que se trate.

El principio de tipicidad se entiende como: “... la constatación plena del encuadramiento exacto entre los componentes de una hipótesis delictiva descrita en la ley y un hecho concreto acontecido y probado en el mundo fáctico...”.¹³

Dicho principio está previsto en la CPEUM con el objeto de garantizar la seguridad jurídica a los gobernados y evitar arbitrariedades del poder público, se ha dado una connotación técnica meramente en materia penal, debido a que expresa, como requisito para sancionar el ilícito, el establecimiento en la ley aplicable de la conducta ilícita como ilícito —delito— previo a la realización material de la conducta.

Desde entonces, como hasta ahora, el principio de tipicidad consiste en la exigencia de que el ilícito y la sanción sean previstos en la ley aplicable, previamente a la comisión material del ilícito.

A la fecha, lo anterior trae aparejado el control de legalidad del ilícito y el *quantum* de la sanción aplicable en la ley, así como, el control constitucional por tratarse de una garantía prevista en la CPEUM en materia de ilícitos y sanciones.

3. Principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley se entiende como la exigencia de que determinadas materias sean reguladas por una norma con rango de ley de forma completa y absoluta, excluyendo a los reglamentos para su regulación.

¹³ Tesis II.2o.P.187 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 1879. Registro número: 175846.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

El Pleno de la SCJN¹⁴ explica que la reserva de ley "... se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la Ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad de que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento...".¹⁵

Dicho principio fue previsto en el 246 de la Constitución de Cádiz, actualmente está previsto en el art. 14, tercer párrafo de la CPEUM.

La reserva de ley faculta al legislador ordinario para regular en materias específicas, lo cual excluye la posibilidad de que lo reservado al legislador sea regulado por una disposición distinta de rango diferente o emitida por un órgano diferente, lo cual constituye un límite a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

La CPEUM establece expresamente la reserva a la ley en materia sancionadora al Congreso de la Unión mediante el procedimiento legislativo ordinaria; lo cual se replica en el ámbito de competencia respectivo, en base al federalismo en materia legislativa.

4. *Principio de irretroactividad*

El principio de irretroactividad está contenido en el art. 14 primer párrafo de la CPEUM, el cual establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, en la Constitución de Cádiz, por su naturaleza jurídica, se encuentra inmerso en el principio de legalidad.

La irretroactividad es: "...el principio de derecho según el cual las disposiciones contenidas en las normas jurídicas no deben ser aplicadas a los hechos que se realizaron antes de la entrada

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁵ Tesis 58, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I. Registro número: 1001299.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

en vigor de dichas normas...”,¹⁶ opera: “... cuando una disposición vuelve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia, recobrando con relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior...”.¹⁷

El principio de irretroactividad está orientado a la prohibición de aplicar una ley en perjuicio del destinatario de la norma, no obstante, cuando se favorezca al titular de un derecho subjetivo o al responsable de un ilícito, la ley será retroactiva y aplicable cuando sea en beneficio del gobernado.

5. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad es el juicio de reproche atribuido al sujeto responsable por la comisión dolosa o culposa de la conducta ilícita descrita en la ley.

Dicho principio estaba previsto en los arts. 296 y 300 de la Constitución de Cádiz, y actualmente se encuentra regulado en los arts. 14, 16 y 19 de la CPEUM y art. 7 del CPF.¹⁸

El PJJ¹⁹ define la culpabilidad como: “... el conjunto de presupuestos o caracteres que debe tener una conducta para que le sea reprochada jurídicamente a su autor, ésta se entiende como el elemento subjetivo del delito que comprende el juicio de reproche por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley...”.²⁰

La culpabilidad es un elemento esencial del ilícito, se presenta en dos supuestos: el dolo y la culpa. El dolo aparece cuando el sujeto activo, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, desea y acepta la realización del hecho ilícito previsto en la norma jurídica; la culpa se presenta cuando el sujeto activo produce el resultado

¹⁶ “Irretroactividad”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, 6ª. ed., México, IIJ-UNAM-Porrúa, 2018, t. I-O, p. 1824.

¹⁷ Tesis, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, t. CXIII, p. 473. Registro número: 318914.

¹⁸ Código Penal Federal.

¹⁹ Poder Judicial de la Federación.

²⁰ Tesis I.6o.P.36 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 1205. Registro número: 186966.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se llegaría a producir.²¹

El principio de culpabilidad reputa la responsabilidad del sujeto en la comisión del ilícito, lo cual se asocia con el *quantum* de la sanción prevista, lo cual implica la asociación entre la responsabilidad del sujeto, la pena prevista en la ley y el grado de participación del sujeto en el ilícito, lo cual determina la pena a imponer.

Desde entonces, el principio de culpabilidad consiste en imputar al responsable la comisión del ilícito como consecuencia de los actos desplegados de su conducta, comprende la imputación, el dolo o la culpa, la voluntad, en su caso, la ausencia de causas excluyentes de la responsabilidad.

6. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad estaba previsto en los arts. 303, 304 y 305 de la Constitución de Cádiz, actualmente se encuentra regulado en el art. 22 de la CPEUM, así como, en diversos instrumentos internacionales.²²

Dicho principio establece que la pena debe ser impuesta proporcionalmente al ilícito, la responsabilidad del sujeto y el grado de afectación al bien jurídico tutelado. El grado de intervención de dichos elementos en la comisión del ilícito determina adecuadamente la pena que corresponde al sujeto.

Fuentes Bardají explica que el principio de proporcionalidad exige un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, es decir, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva.²³

²¹ Art. 9 segundo párrafo del Código Penal Federal, vigente.

²² El principio de proporcionalidad, en el ámbito internacional, se regula en: art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5 numerales 2 y 3 del Convención Americana sobre Derechos Humanos; y art. 16 numerales 1 y 2 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

²³ Fuentes Bardají, Joaquín de, *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Navarra, España, Ministerio de Justicia de España-Aranzadi, 2005, p. 245.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

El legislador está obligado a observar e invocar dicho principio cuando determina el contenido de las normas sancionadoras y las penas, de tal forma que cuando ejerce la facultad de configuración normativa no actúe a su libre arbitrio, sino bajo los postulados y principios fundamentales contenidos en la CPEUM²⁴ de tal manera que dirija la pena más grave al ilícito más grave, a fin de proteger el bien jurídico más importante para el ser humano,²⁵ como la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad jurídica, entre otros.

Desde 1812, la finalidad del principio de proporcionalidad es regular la determinación de la imposición de la pena conforme al delito, la participación del sujeto y el bien jurídico tutelado.

Lo anterior, permite que la determinación del *quantum* de la sanción a imponer sea congruente y adecuada con el grado de afectación del bien jurídico vulnerado, sin que implique un exceso o discordancia con la pena impuesta.

Lo cual evita la arbitrariedad en la imposición de la pena y la actuación de la autoridad en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, lo cual ha permitido que el operador de la norma actúe al límite de la pena establecida en la ley.

7. Principio de *non bis in idem*

El significado literal del aforismo latino *non bis in idem* es “no dos veces lo mismo”.²⁶

El principio de *non bis in idem* era regulado en el art. 243 de la Constitución de Cádiz, se subsume en la figura del proceso fenecido, misma que debe entenderse como aquel juicio, cuya sentencia es firme y ha causado ejecutoria; la declaración de ejecutoriedad prohíbe iniciar un nuevo procedimiento respecto

²⁴ Tesis 1a./J. 3/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 503. Registro número: 160280.

²⁵ Tesis 1a. CCXXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 289. Registro número: 165725.

²⁶ Cabanellas, Guillermo, *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho. Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*, 4^a. ed. ampliada por Ana María Cabanellas, Buenos Aires, Heliasta, 1992. p. 175.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

de aquello anteriormente juzgado, con carácter de cosa juzgada.²⁷

La prohibición de reabrir un proceso fenecido constituyó el efecto retroactivo de la ley sobre la cosa juzgada, fue un impedimento para reabrir la causa fallada con anterioridad y la resolución dictada en el procedimiento causara ejecutoria.²⁸

El *non bis in idem* actualmente está previsto en el art. 23 de la CPEUM, dispone que “nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito”, constituye la prohibición de la duplicidad sancionadora por el mismo hecho ilícito.

El PJJ determinó que esta prohibición implica la garantía del gobernado a no ser sometido a dos juicios por el mismo hecho ilícito.²⁹

La prohibición que entraña el principio *non bis in idem* se refiere exclusivamente a la doble sanción o juzgamiento por la misma conducta, impide que el mismo hecho ilícito sea sometido a dos procedimientos diferentes y que en cada uno se sancione al responsable de forma distinta.

Desde entonces como hasta ahora, la prohibición del doble juzgamiento es una garantía del sujeto encaminada a impedir el inicio de diversos procedimientos sancionadores para juzgar la misma conducta en beneficio de la seguridad jurídica de los particulares sometidos al *ius puniendi* del Estado.

Principalmente, dicha garantía evita por cualquier manera la temible reiteración punitiva de los órganos sancionadores en México.³⁰

Desde 1812, los principios de la potestad sancionadora del Estado fueron consagrados en la Ley Suprema con la finalidad de regular diversos aspectos relacionados con la imposición de la sanción, limitar la actuación de la autoridad en el procedimiento, evitar el arbitrio y ejercicio desmedido del poder público sobre los particulares, así como, garantizar los derechos, garantías, reglas y principios reconocidos en la constitución y ley, así como, procurar la seguridad jurídica y el debido proceso

²⁷ Anguiano Espinosa, Griselda. *Op. cit.*, p. 53.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Tesis I.3o.P.35 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998, p. 1171. Registro número 195393.

³⁰ Anguiano Espinosa, Griselda, *op. cit.*, p. 44.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

en la administración de justicia y evitar la vulneración de otros derechos o garantías adyacentes del sujeto o la disminución de su defensa.

VI. LOS PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES

Desde la Constitución de 1812, al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado ha precedido la garantía del debido proceso y sus formalidades, como exigencia indispensable para imponer la pena.

Desde entonces, el procedimiento sancionador se regula por diversos principios y reglas relacionadas con la garantía del debido proceso, lo cual tiene aparejado el reconocimiento de derechos y garantías al sujeto dentro del procedimiento.

La constitución y la ley sancionadora regulan un conjunto de derechos del sujeto previo a la imposición de la sanción, representan el derecho de audiencia y defensa adecuada, se constituyen como prerrogativas del gobernado en el procedimiento encaminadas a garantizar la seguridad jurídica previo al acto privativo.

Supra mencionamos la distinción entre los principios sustantivos y los procedimentales, estos últimos se refieren al conjunto de garantías procedimentales que tienen los particulares en el procedimiento sancionador.

Al igual que ahora, el ejercicio de la potestad sancionadora exige el cumplimiento de la garantía del procedimiento, el derecho de audiencia y defensa adecuada del probable responsable, fungen como límites en la actuación de la autoridad previo a la imposición de la sanción.

Desde 1812, el procedimiento sancionador debe sujetarse a los principios establecidos en la Constitución y la ley ordinaria, a fin de tutelar los derechos del el presunto responsable en el procedimiento y garantizar el debido proceso el derecho de audiencia y defensa adecuada, lo cual constituye un referente para los aspectos procesales y sustantivos del procedimiento en ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

Desde la Constitución de Cádiz, la garantía del debido proceso es aplicable en el procedimiento sancionador dada su naturaleza punitiva y finalidad —la imposición de la sanción—.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

Desde 1812, el procedimiento sancionador es un medio para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en sentido estricto, porque constituye un acto privativo, de ahí, la importancia de reconocer el debido proceso como garantía del sujeto previo a la imposición de la pena, a fin de evitar la vulneración de otros derechos subjetivos del gobernado en el procedimiento, de audiencia y defensa adecuada, entre otros.

1. *Garantía del procedimiento sancionador*

A partir de 1812, la imposición de la pena exige el inicio, tramitación y conclusión del procedimiento sancionador respectivo, lo que, desde entonces constituye la garantía constitucional del debido proceso, como requisito para la imposición de la sanción.

Para ello, la Constitución de Cádiz otorgó un contenido esencial a la garantía del debido proceso, es decir, un conjunto de diversas prerrogativas al sujeto en el procedimiento, con el tiempo, la progresividad de los derechos otorgó nuevas connotaciones a tal contenido, no obstante, entrañan el contenido primario dado por la Constitución de Cádiz.

La actualización del derecho a la realidad jurídica ha favorecido la técnica legislativa aplicada en la elaboración de las constituciones modernas, de tal forma que ha revestido dichas prerrogativas de un carácter mayormente garantista, no así modificó la esencia verdadera de tales prerrogativas.

Actualmente, el contenido de la garantía del debido proceso se integra por: a) la asistencia jurídica; b) no declarar contra sí mismo; c) conocer la causa que origina el procedimiento; d) la presunción de inocencia; e) el procedimiento sea tramitado por la autoridad competente; f) la publicidad y contradicción; y g) un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Desde 1812, la garantía del debido proceso es un límite formal y concreto para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, a fin de que ninguna pena sea impuesta indebidamente sin que anteceda la garantía del procedimiento sancionador y sus formalidades esenciales, se traducen en derechos del sujeto en el procedimiento.

2. Los derechos del presunto responsable

Los derechos del imputado previstos en la Constitución de Cádiz, hasta ahora, son un conjunto de derechos públicos subjetivos de carácter procedimental oponibles al Estado, asisten al presunto responsable previo, durante y después del procedimiento, previo a la imposición de la sanción.

El presunto responsable en quien recae la imputación de la comisión del ilícito debe entenderse como la persona física o jurídica sujeto a la potestad sancionadora del Estado,³¹ la Constitución y la ley aplicable lo asiste con diversos derechos y garantías subjetivas y procedimentales que maximizan la garantía de la seguridad jurídica.

Los arts. 286 a 308 de la Constitución de 1812 establecen los derechos de la persona imputada, actualmente se encuentran regulados en los arts. 14, 16, 17, 19, 20 apartado B y 22 de la CPEUM.

Dicho conjunto de prerrogativas garantiza al sujeto el acceso a la justicia, la defensa adecuada, la garantía de audiencia, así como, los medios procedimentales para enfrentar la imputación de la autoridad en condiciones favorables.

Con el transcurso del tiempo, en la práctica jurídica, el reconocimiento constitucional y legal de los derechos del presunto responsable ha comprendido principalmente la garantía de audiencia y defensa adecuada del imputado en el procedimiento sancionador previo a la imposición de la pena.

En el ámbito procesal, comprende aquellos derechos encaminados a garantizar al imputado el debido proceso; en el ámbito personal, reconoce al presunto responsable diversos derechos subjetivos relacionados con la presunción de inocencia, a ser informado de la acusación, de presentar los medios de prueba, a declarar sobre la acusación, de ser juzgado por la autoridad competente, la emisión de la resolución y su impugnabilidad.

En conjunto reconocen al imputado diversos derechos y garantías efectivos en el procedimiento, con el tiempo, la práctica jurídica y la doctrina han desarrollado su contenido conforme a

³¹ Anguiano Espinosa, Griselda, *op. cit.*, p. 184.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

la realidad jurídica actual a fin de favorecer su regulación, aplicación y contenido.

Históricamente, la imposición de la sanción ha implicado el reconocimiento de las garantías constitucionales del debido proceso, de audiencia y defensa adecuada del presunto responsable en el procedimiento.

El sistema jurídico mexicano ha pugnado constantemente para que la Constitución vigente y las leyes favorezcan el principio de legalidad, debido proceso, audiencia y defensa adecuada, y la seguridad jurídica en el procedimiento sancionador, con la finalidad de privilegiar los derechos del imputado reconocidos desde la Constitución de 1812, con base en la retroactividad de la ley en favor del particular.

Con ello, se ha favorecido la condición del imputado frente a la autoridad competente en el procedimiento sancionador, a fin de evitar la indefensión, menoscabo, restricción, o cualquier vulnerabilidad del sujeto frente al Estado en la imposición de la pena.

Hasta ahora, los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de 1812 gozan del carácter de *derechos constitucionalizados* del sujeto en el procedimiento, por su naturaleza jurídica, continúan vigentes en el Sistema Jurídico Mexicano, su aplicación y efectos se extienden a diversas materias y situaciones jurídicas concretas para maximizar la seguridad jurídica del sujeto ante el Estado previo al acto privativo o restrictivo de su esfera jurídica.

VII. CONCLUSIONES

La Constitución de Cádiz es un documento fundamental en la historia de las constituciones de México, encabeza las Leyes Supremas de nuestro país, introdujo diversas figuras e instituciones jurídicas que actualmente se encuentran vigentes en el derecho positivo mexicano, entre otras, la soberanía, la división de poderes, el proceso legislativo, la administración de justicia, el federalismo, el ayuntamiento, las contribuciones, la fuerza militar, el derecho a la educación, la observancia de la Constitución, el *ius puniendi* del Estado, así como, los principios,

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

derechos y garantías del debido proceso, la defensa adecuada y la seguridad jurídica.

Fue promulgada dentro del movimiento independentista motivado por el hartazgo de los nacionales mexicanos de los privilegios de los miembros de la Corona española y su aristocracia, el cual se prolongó por varios años en México.

La Constitución de Cádiz debe su contenido liberal por la influencia del periodo de la Ilustración y los movimientos revolucionarios liberales de Europa y América a finales del siglo XVIII —la Revolución Francesa de 1789 y la Independencia de Estados Unidos de América de 1775—.

Entre otros, tuvo como finalidad regular sistemáticamente la organización de los poderes fundamentales del Estado dentro de una monarquía moderada hereditaria, y reconocer diversos principios, derechos y garantías de la persona aplicables a la función sancionadora del Estado.

Desde 1812, el *ius puniendi* se conoce como la capacidad del Estado para sancionar la comisión del ilícito, es la función de los órganos del poder público para imponer la sanción respectiva, tiene aparejado un conjunto de valores, principios, derechos, garantías y bienes jurídicos protegidos por la Constitución y la ley.

Los Títulos IV y V de la Constitución de Cádiz facultaron al Rey y los Tribunales para castigar a los individuos por la infracción de la ley, lo cual actualmente conocemos como el *ius puniendi* del Estado.

Dicha institución se entiende como la función de la autoridad competente para sancionar el ilícito e imponer la pena al sujeto infractor de la ley.

Dicha función del Estado, desde entonces se encuentra sometida a la ley mediante diversos principios y reglas constitucionales con la finalidad de limitar la imposición de la pena, evitar la pena desproporcionada y la vulneración de la esfera jurídica del sujeto.

Desde 1812, los límites que la ley impone al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* se encuentran regulados por la Constitución y la ley, son proporcionales en cuanto al ilícito y la sanción y conforme a la responsabilidad del sujeto, a fin de evitar la pena excesiva y desproporcionada o la doble sanción por el mismo ilícito.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

La sujeción del poder punitivo del Estado a la Constitución se relaciona con la garantía del debido proceso y la seguridad jurídica a la cual se otorgó un conjunto de formalidades esenciales para favorecer la defensa adecuada de la persona frente al Estado previo al acto privativo, esto es, la pena o la sanción.

Su aplicación en la práctica jurídica comprende una serie de derechos y garantías de carácter subjetivo y procedimental, garantizan el debido proceso, la seguridad jurídica, la defensa adecuada y el derecho de audiencia del sujeto sometido a la facultad sancionadora del Estado.

Lo anterior, constituye un conjunto de prerrogativas oponibles ante la autoridad en el procedimiento, cuya secuencia procesal tiene como finalidad principal imponer un acto privativo o restrictivo como consecuencia de la comisión del ilícito.

Desde 1812, el procedimiento sancionador está sometido a la Constitución y la ley para evitar la discreción y arbitrariedad en el ejercicio de la función sancionadora del Estado.

Desde entonces, en las constituciones de México, como una idea política fundamental, mediante las garantías del debido proceso, la defensa adecuada y la seguridad jurídica, y entre otros principios del poder punitivo del Estado, el legislador ha procurado regular la actuación de la autoridad ante los particulares para evitar el exceso u omisión en el desarrollo de la función pública.

Con el tiempo, se ha establecido un control de legalidad y constitucional del *ius puniendi* estatal, dicho control implica la revisión del acto privativo, cuyo efecto es trascender en el aspecto formal, jurídico, orgánico y facultativo del órgano del Estado, lo cual, incide en la esfera jurídica del sujeto.

Dicho control se ha introducido en las constituciones mexicanas para salvaguardar el contenido normativo de los principios sustantivos y procedimentales del *ius puniendi*, las normas de carácter adjetivo y sustantivo implican el ejercicio del debido proceso, la audiencia y la defensa adecuada, todas exigibles ante el Estado, derivado del acto de molestia que se pretende imponer en contra del particular a través de la pena o la sanción.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

Desde la Constitución de Cádiz, el sistema jurídico mexicano ha procurado la protección de los derechos y garantías del sujeto en el procedimiento, así como, la imposición de diversos límites al *ius puniendi* mediante los principios rectores, con ello, favorecer al particular y evitar su indefensión ante el Estado, principalmente garantizar los derechos subjetivos y procedimentales de la persona en el procedimiento sancionador.

Por lo anterior, el legislador ha procurado la continuidad de tales prerrogativas y principios en las constituciones de México; a fin de formalizar la protección y reconocimiento de los derechos y garantías del particular sujeto al *ius puniendi* del Estado. Con el transcurso del tiempo, la exigibilidad del debido proceso y los derechos y garantías del sujeto en el procedimiento ha regulado diversos aspectos técnicos y formales de su aplicación en la práctica jurídica, de tal manera que, actualmente constituyen el conjunto de disposiciones generales de las leyes sancionadoras, son vinculantes en el procedimiento sancionador.

La optimización de los derechos y garantías del sujeto en el procedimiento ha permitido la evolución práctica y doctrinaria de su contenido, favorecer su exigencia, justiciabilidad y reconocimiento en diversos tratados internacionales, aun con el transcurso del tiempo.

Su continuidad en las constituciones de México ha llevado a construir progresivamente, el nuevo paradigma jurídico en materia de derechos y garantías del sujeto en el procedimiento sancionador, lo cual ha servido para regular aspectos de carácter sustantivo y procesal.

Su reiteración y vigencia en el derecho positivo mexicano favorece la aplicación del principio de legalidad, debido proceso, audiencia, defensa adecuada y seguridad jurídica en el procedimiento sancionador, todo ello, constituye el legado de la Constitución de Cádiz.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Anguiano Espinosa, Griselda, *El principio non bis in ídem en el rocedimiento administrativo sancionador en México*, México, Bosch, 2021.

Cabanellas, G., *Repertorio jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*.

EL LEGADO DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO

4ª. Edición ampliada por Ana María Cabanellas, Buenos Aires, Heliasta, 1992.

Fuentes Bardají de, Joaquín, *Manual de derecho administrativo sancionador*, Navarra, España, Aranzadi, 2005.

Sánchez Andrés, Agustín, *La Independencia de México, 1810-1821*, México, Ed. Libros Arco, 2011.

Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, *versión facsímil*, México, Biblioteca del Congreso de la Unión, pág. 32. Disponible en: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/dp/cpme.pdf>

Cordero Quinzacara, Eduardo, "Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º. 42, julio 2014.

Tesis 1a./J. 46/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, diciembre de 1997, t. VI, p. 217. Registro número: 197255.

Tesis II.2o.P.187 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 2006, t. XXIII, p. 1879. Registro número: 175846.

Tesis 58, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, p. 472. Registro número 1001299.

Tesis --, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, t. CXIII, p. 473. Registro número 318914.

Tesis I.6o.P.36 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, mayo de 2002, p. 1205. Registro número 186966.

Tesis 1a./J. 3/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 503. Registro número 160280.

Tesis 1a. CCXXVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 289. Registro número 165725.

Tesis I.3o.P.35 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, octubre de 1998, p. 1171. Registro número 195393.

Diccionario Jurídico Mexicano, 6ª. ed., México, IJ-UNAM-Porrúa, 1993, t. I-O, p. 1824.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

GRISELDA ANGUIANO ESPINOSA

Código Penal Federal (CPF).
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.
Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles,
Inhumanos o Degradantes.
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de
las Libertades Fundamentales.
Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.
Declaración Universal de Derechos Humanos.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y
Culturales.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Xelha Montserrat BRITO JAIME*

Resumen: El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre lo que el juicio de amparo ofrece como herramienta procesal para la justiciabilidad del derecho humano a una buena administración pública, tomando en consideración que existen posturas que sostienen que es necesario diseñar una nueva ley para hacerlo efectivo. En lo que a nosotros concierne, preferimos decantarnos por el aprovechamiento de lo existente, es decir, el juicio de amparo, y para abonar a la defensa de este argumento traemos a colación algunas resoluciones emitidas por el Poder Judicial de la Federación (Tribunales Colegiados de Circuito) para revisar lo que convenga y corroborar si es suficiente para hacer efectivo por la vía jurisdiccional el derecho a una buena administración pública.

Abstract: The objective of this article is to reflect on what the amparo trial offers as procedural tool for the justiciability of the right to good public administration, taking into consideration that there are positions that maintain that it is necessary to design a new one to make it effective. As far as we are concerned, we prefer to take advantage of what exists: the amparo trial, and to support the defense of this argument we bring up some resolutions issued by the Judicial Power of the Federation (Collegiate Courts of Circuit) to review what is convenient and corroborate if it is sufficient to make the right to good public administration effective through jurisdictional channels.

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional en la misma Casa de Estudios. Presidenta del Foro de Jóvenes Administrativistas. Ponente en foros en México y el extranjero. (ORCID: 0000-0001-8361-446X)

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Palabras clave: Buena administración, justiciabilidad, derechos humanos, juicio de amparo.

Keywords: Good administration, justiciability, human rights, amparo trial.

SUMARIO: I. Introducción. II. La justiciabilidad de los derechos humanos. III. El control concentrado y difuso de la constitucionalidad y convencionalidad. IV. El juicio de amparo. V. A manera de conclusión: el papel de los órganos jurisdiccionales. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Ahora que cada vez más *iusadministrativistas* han abordado el tema del derecho humano a una buena administración pública y después de haber realizado algunos –aunque francamente inagotables— estudios al respecto,¹ entre las nuevas incógnitas que especialistas y distinguidos colegas me han planteado es si resulta pertinente o hasta necesario crear una acción procesal para hacerlo efectivo. Al responder, casi siempre me traicionó el inconsciente y de inmediato respondía “no, porque ya tenemos el juicio de amparo”, por ello, el presente artículo tiene la finalidad de meditar esta respuesta y confirmarla.

Previo a adentrarnos al tema, estimo crucial advertir a la persona lectora de algunos aspectos. El primero es que, aunque el derecho a una buena administración pública es cada vez más leído en la doctrina jurídica mexicana, en realidad es un tema cuyo interés ha aumentado en la última década en México, en gran medida gracias a los estudios del doctor Jorge Fernández

¹ Mis inicios en esta se remontan a la investigación que realicé para obtener el título de licenciada en derecho, entre 2017 y 2019, y se prolongan en el tiempo al año en curso, ahora con un enfoque distinto y procurando resolver incógnitas como la del presente artículo.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

Ruiz y a las valiosas aportaciones que ha realizado en su cátedra verbal y escrita. Por ello, el desarrollo de este tópico se encuentra aún en proceso, a la postre de investigaciones en universidades públicas y privadas de nuestro país. Cabe añadir que también ha sido desarrollado por juristas de otras latitudes en Iberoamérica, así, a la fecha tenemos ya un amplio bagaje de aportaciones.

En segundo término, se debe anticipar que, en tanto el derecho a una buena administración pública se encuentra legislado expresamente en el marco jurídico de la Ciudad de México, al momento en que se escribe la presente investigación no han sido demasiadas las sentencias que han ocupado a los tribunales federales, caso distinto a la Primera Sala Ordinaria Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas y Derecho a la Buena Administración del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, cuya competencia es precisamente la resolución de casos sobre esas materias. A la fecha, hemos recopilado apenas tres tesis emitidas por Tribunales Colegiados del Primer Circuito (en la Ciudad de México), en las que se ha invocado este derecho y, por lo tanto, se ha hecho efectivo o justiciable.

De vuelta al dilema de la creación o no de un nuevo mecanismo procesal para el derecho en mención, la academia contemporánea suele pronunciarse en defensa de aprovechar las normas que ya tenemos, quizás --a partir de un fundamento empírico-- por desconfianza al legislador, por el alto costo frente al beneficio de aprender nuevos aparatos interpretativos o también por la crítica constante de que entre más leyes menos comprensible es el Derecho, entre otros motivos. En las clases de licenciatura y posgrado, es común escuchar a las y los catedráticos cuestionar la creación de nuevas leyes e incluso criticar la redacción de las que se van generando, acusándolas de imprecisas y deficientes (tanto a la norma, como a sus redactores).

Sobre ello, considero que es comprensible en la medida en que el jurista tiende a buscar nuevas formas de argumentar el derecho, acondicionándolo a las necesidades que se le

presenten, valiéndose de la propiedad lingüística de las normas.² Asimismo, podríamos afirmarlo como “normal” si vislumbramos que el fundamento del derecho tiende en gran medida (aunque no siempre) a la conservación, a la protección, al *statu quo*³.

A la par de este fenómeno, surgen generacionalmente corrientes académicas consideradas “progresistas” (si se me permite la expresión). Así, con el debido cuidado que la afirmación amerita y sin el afán de categorizar tajantemente de uno u otro bando a ilustres juristas que exponen su postura decantándose por esta o aquella opción, podemos deducir que el vaivén de los argumentos en favor y en contra se da entre una postura “conservadora” y otra “progresista”.⁴

² Recordemos que la dimensión argumentativa del derecho e incluso la concepción de que este se apoya principalmente en la argumentación, constituye una de las posturas teóricas de la justicia que han impactado con fuerza en la doctrina y práctica jurídicas de este siglo. Atienza, Manuel y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, IJ-UNAM, 2017. pp. 1, 8-15. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1695-jurisdiccion-y-argumentacion-en-el-estado-constitucional-de-derecho>, consultado el 31/08/2021.

³ “En el estado actual”, esta expresión latina se utiliza para designar el estado de cosas en un momento determinado. Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, 37ª. ed., México, Porrúa, 2012, p. 463. Sobre esta afirmación, cabe acotar que el fundamento del Derecho ha ameritado discusiones filosóficas relevantes, sin embargo, desde un punto de vista pragmático, nos pronunciamos en este sentido de una manera general, ya que no es el objetivo de esta investigación dilucidar sobre la finalidad del Derecho ni sobre las teorías de la justicia, por lo que únicamente echamos mano de estas proyecciones para reseñar a la persona lectora aquellas impresiones que la autora ha tenido en su reciente paso por las aulas de la Facultad de Derecho.

⁴ Hemos ya advertido que esta incógnita es aún parte del debate en torno a la positivización o no del derecho a una buena administración pública en el ámbito federal, por lo que literatura específica del tema que nos ocupa es aún escasa. En consecuencia, el esfuerzo a realizar en el presente estudio es apenas un esbozo de lo que probablemente en un futuro cercano será motivo de discusión en congresos nacionales e internacionales con disertaciones de especialistas del derecho administrativo.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

En ese tenor, por un lado, se encuentran quienes consideran que el derecho a una buena administración pública (aceptado ya como derecho subjetivo), requiere una acción procesal que permita su exigibilidad en tribunales. Por otro, hay quienes aseveran que ya existe en México una que, por excelencia, protege derechos fundamentales y sus garantías contenidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que México es parte, es decir, el juicio de amparo.

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre lo que el juicio de amparo ofrece para la justiciabilidad de este derecho, ya que, consideramos que con ese método nos ahorramos el largo y tortuoso camino de confrontar los numerosos --pero baste decir, relevantes—argumentos de uno y otro bando. Aunado a ello, traeremos a colación algunas resoluciones emitidas por el Poder Judicial de la Federación para revisar lo que convenga y corroborar si el juicio de garantías es suficiente para hacer efectivo por la vía jurisdiccional el derecho a una buena administración pública.

Para ello, en primer lugar y para delimitar el marco conceptual, definiremos “justiciabilidad”; posteriormente nos referiremos al control difuso y control concentrado de la constitucionalidad y convencionalidad para pasar al juicio de amparo como acción y como uno de esos medios de control. Lo siguiente será mencionar las tesis emitidas por el Poder Judicial de la Federación (Tribunales Colegiados de Circuito) y con ello, se actualiza la posibilidad de externar algunos puntos sobre el papel de los tribunales administrativos, en particular, y de los órganos jurisdiccionales, en general, para la justiciabilidad del derecho humano a una buena administración pública.

II. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

De conformidad con el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, “justiciabilidad” es la

Calidad de los derechos que los hace susceptibles de ser alegados y exigidos ante los tribunales de justicia y la

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Administración pública, aun a falta de norma jurídica expresa, a fin de evitar que su violación o desconocimiento sean utilizados como justificación para su no aplicación.⁵

La definición que brinda dicho registro la podemos resumir en los siguientes tres aspectos: 1) la justiciabilidad es una calidad; 2) es justiciable un derecho aun cuando no haya norma escrita que lo contemple, y 3) evita que sea invocada esta cuestión (que no hay norma expresa) para justificar su falta de observancia. Por ende, es notorio que apela a una corriente filosófica de la justicia más cercana al iusnaturalismo, en el que los derechos no están sujetos al otorgamiento del Estado sino existen más allá de él. Son, por lo tanto, inherentes a la condición humana.

El mismo diccionario define como “justiciable”, en tanto sujeto, a aquella “persona cuyos derechos o intereses dependen de lo que resuelvan sobre ellos los tribunales de justicia”. Como forma adjetiva del verbo implica estar “sometido a la consideración de un órgano jurisdiccional”⁶, en ambos casos, se da por hecho que la justicia deriva de lo que dicte un tribunal, una institución dedicada a pronunciar aquello que es justo. Es aquí donde caben los cuestionamientos filosóficos, por ejemplo, respecto al paralelismo o equivalencia de justicia y ley o justicia y derecho.

El concepto de “justiciabilidad” ha sido empleado en mayor medida por defensores y estudiosos de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; así, encontramos que la literatura del tema se refiere a la posibilidad de invocar ante tribunales un derecho específico, por ejemplo, cuando Ferrer Mac-Gregor expresa:

Existe, sin embargo, una aparente tensión interpretativa con los alcances que deben darse al artículo 26 del Pacto

⁵ *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, voz “justiciabilidad”, consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/justiciabilidad> el 01/01/2022.

⁶ *Ibidem*, voz “justiciable”, disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/justiciable>

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

de San José en relación con el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador que limita la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a ciertos derechos.⁷

Asimismo, cuando se han referido a derechos concretos, como al agua y al saneamiento, autoras han empleado el vocablo “derecho justiciable” en una oración condicionante con la expresión “garantizar la efectividad”. Para ello, añaden que, si bien es importante la labor jurisdiccional, se requiere previamente la intervención de órganos tanto legislativos como administrativos y de control.⁸ Respecto a esta última premisa, entendemos entonces que la justiciabilidad no solo implica la labor que realizan los tribunales para dictar lo conducente, sino también las acciones que otros ámbitos del Estado llevan a cabo para que un derecho sea efectivo.

Por fortuna el concepto de “justiciabilidad” no es exclusivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y también ha sido acuñado en otras ramas, a decir, la electoral. En esta materia ha sido empleado *contrario sensu* para explicar la improcedencia del amparo para que la Suprema Corte conozca y discuta cuestiones de índole político, así, Cienfuegos Salgado señala:

La doctrina de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas se mantendría hasta fines del siglo XX, cuando las circunstancias resultantes de la vida política nacional hicieron patente la necesidad de mecanismos procesales que resolvieran los conflictos derivados de los procesos electorales [...].

⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017. p. 150.

⁸ *Cfr.* Tello Moreno, Luisa Fernanda, *La justiciabilidad del derecho al agua en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016, p. 65.

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

En este caso, el autor echó mano de la voz en comento para referirse a la imposibilidad histórica de que, por la vía jurisdiccional, se invoquen cuestiones político-electoral y, para ser más precisos, de la competencia para que el Alto Tribunal se pronuncie al respecto, siendo esta, en la actualidad, exclusiva del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.⁹ Por lo tanto, para el doctrinario, la “justiciabilidad” electoral en México y particularmente de las cuestiones políticas federales y locales, se enfrenta a la decisión (e interpretación) irrestricta del órgano jurisdiccional, en apego a la legislación vigente.

De los ejemplos anteriores, así como la definición contenida en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, podemos colegir que la “justiciabilidad” se acerca a la concepción de la idea de justicia que permea en las distintas materias en las que tiene cabida. En el caso de los derechos humanos, dado el cariz iusnaturalista que predomina, es usual que se vincule con la necesidad de que el juzgador vaya más allá de la letra de la ley e incluso que asuma un papel “remedial” para aquellos casos en los que el legislador o la administración pública han sido omisos.

En el caso del derecho a una buena administración pública, esta función remedial es importante, ya que, como se ha vertido con anterioridad, no es un derecho positivizado en el ámbito federal sino únicamente en el local de la Ciudad de México, lo que para fines prácticos podría considerarse para una persona juzgadora de criterio eminentemente legalista, que no es justiciable por la vía de amparo sino únicamente por los tribunales cuya competencia sea la interpretación de las leyes capitalinas. Lo relevante es que esta afirmación es ahora puesta en duda, en virtud de las recientes determinaciones del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer

⁹ No pasamos por alto algunas excepciones que rayan en la materia política, por ejemplo, la revisión de la constitucionalidad de la consulta popular; sin embargo, para efectos del presente estudio, únicamente traemos a colación lo vertido por el autor para ejemplificar las formas en que es empleado el concepto de “justiciabilidad” de los derechos.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

Circuito que, como expondremos más adelante, se pronunció en una sentencia de fondo sobre el derecho en comento.

III. EL CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

A partir de las reformas del año 2011 se introdujeron al orden jurídico mexicano principios de interpretación y reglas para el tratamiento de los derechos humanos, lo que generó un nuevo paradigma en el planteamiento normativo; con ello, en el artículo 1° se estableció el control difuso de constitucionalidad, así como la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así como los deberes de prevenir, investigar y sancionar violaciones.

Por otra parte, en el expediente Varios 912/2010, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud del cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso Rosendo Radilla Pacheco *versus* Estados Unidos Mexicanos, realizó una interpretación de la obligación de todos los jueces mexicanos de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁰

En su resolución, la Suprema Corte estableció tres pasos para realizar el referido control, los cuales pueden o no darse en su totalidad, pues dependerá del caso concreto de la norma si se avanza del paso primero al segundo y, de ser necesario, del segundo al tercero, para llegar a inaplicar una norma cuando se considere contraria los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales de los que México es parte¹¹.

¹⁰ Registro digital: 23183, Varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro I, Octubre de 2011, t. 1, p. 313.

¹¹ Pasos para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*: 1. Interpretación en sentido amplio: Interpretar el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Asimismo, la Corte estimó que la inaplicación de una norma no rompe con el principio de división de poderes, ya que se trata de un último recurso para asegurar la aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Conforme ha avanzado este tema jurisprudencialmente, la Corte ha emitido criterios relativos para el ámbito de los tribunales administrativos, tal es el caso de la jurisprudencia de rubro “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”,¹² en la que reiteró la interpretación conjunta de los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para determinar que las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, derivado de la porción normativa que reza “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.¹³

No obstante, en la misma tesis la Corte expresó que el control concentrado compete únicamente al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, mientras que el control concentrado implica el análisis de constitucionalidad y

los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo siempre la protección más amplia a las personas. 2. Interpretación en sentido estricto: Preferir la ley la hace acorde a los derechos humanos establecidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. 3. Inaplicación: Cuando las alternativas anteriores no son posibles.

¹² Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), Registro digital: 2006186, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 984.

¹³ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

convencionalidad de leyes conforme a los argumentos que aduzcan las partes. Añadió que en el control difuso el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la litis, motivo por el cual la persona juzgadora prescinde o no de todo argumento de las partes para desaplicar la norma.

Adujo que, en cuanto al juicio contencioso-administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa es en materia de legalidad, no obstante, si el actor formula conceptos de nulidad expresos y solicita al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la disposición, pero si no considera esto adecuado,

bastará con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural, obligarlo a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica.¹⁴

Por lo tanto, es claro que la Corte no expresó en clave de obligación el de realizar un control difuso por parte de los tribunales administrativos, permitiendo que únicamente se señale que no se estimó necesario realizarlo. Sobre esto reflexionaremos en apartados siguientes, sin embargo, es preciso mencionar que deducimos que el criterio sentado por el Alto Tribunal tiene que ver, por una parte, con evitar contradicciones en la emisión de fallos y, por otra, con que las sentencias

¹⁴ *Op. cit.*, Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.).

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

emitidas por los tribunales administrativos son combatibles por la vía de amparo ante los tribunales de la Federación una vez agotado el principio de definitividad.

IV. EL JUICIO DE AMPARO

El amparo es un medio de control constitucional que, a diferencia de otros disponibles, se activa –aunque no exclusivamente-- por particulares¹⁵. Es una acción procesal extraordinaria y, como lo señala el Tesouro Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procede “respecto de aquellos actos contra los cuales la ley secundaria no concede recurso alguno, por virtud del cual puedan repararse los perjuicios que dichos actos ocasionan al particular.”¹⁶

A la luz de la teoría general del proceso, el juicio de amparo ha sido analizado a partir de sus principios fundamentales y se ha entendido como una figura autónoma; sin embargo, destacados constitucionalistas han afirmado que este

¹⁵ *Cfr.* Castillo del Valle, Alberto del, *Compendio del juicio de amparo*, México, Ediciones Jurídicas Alma, 2020, pp. 85 y 86. El autor refiere que la calidad de quejoso la puede tener también la Federación, las entidades federativas, la Ciudad de México y las alcaldías, así como órganos constitucionales autónomos (personas morales oficiales) en defensa de sus intereses patrimoniales, si se trata de resoluciones en un juicio civil e incluso laboral, fundamentado en la fracción V del artículo 107 constitucional. Sobre ello, no coincidimos con el término que emplea el doctor Del Castillo del Valle al señalarlo como “gobernado”, ya que la calidad que le confiere no es de esa naturaleza, pero sí coincidimos en que existe la posibilidad de que quien tradicionalmente se señala como autoridad responsable acuda a solicitar el amparo y protección de la justicia federal cuando actuó en un régimen de bilateralidad (plano de igualdad con particulares), de lo contrario, podría ponerse en riesgo el principio de preminencia del interés general sobre el particular, por ejemplo.

¹⁶ *Tesouro jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Juicio de amparo” Vocabulario Controlado y Estructurado*. México. s.a. pp. 1618-1619. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesauro_juridico_scjn/pdfs/12.%20TJSCJN%20-%20JuicioAmparo.pdf, consultado el 17/01/2022.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

instrumento procesal tiene un carácter mixto, tratándose de la impugnación de resoluciones de carácter jurisdiccional, pues, aseveran, su naturaleza es la de ser un recurso cuando se vigilan cuestiones de legalidad y un proceso cuando se trata de aspectos constitucionales.¹⁷

Si bien debatir sobre esta afirmación no es la cuestión principal del presente artículo, dejaremos sentado dichas referencias para decantarnos por la naturaleza del juicio de amparo como autónomo y nunca como un recurso, ya que, a diferencia de este último, el amparo cuenta con particularidades que lo distinguen de otros instrumentos procesales para hacer efectivos derechos humanos, por ejemplo, es resuelto por una autoridad judicial (que pertenece formalmente al poder judicial) diferente a la que emitió el acto, que tiene competencia para dirimir de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Otra diferencia es que en el juicio de amparo la litis principal redundante en una violación constitucional, por ende, las partes alegan preceptos de la Carta Magna y, en su caso, la confrontación de preceptos normativos inferiores con esta. Por su parte, en el recurso, la litis versa sobre la acción planteada en primera instancia, por lo que los resolutiveos también versarán sobre la acreditación de esa acción principal, es decir, una litis de legalidad.

Sin embargo, no descartamos la posibilidad de que en un recurso se hagan valer preceptos que contengan derechos

¹⁷ Sobre este punto, Fix-Zamudio es cauteloso al coincidir con las afirmaciones de Emilio Rabasa, sin embargo, expresamente refiere: “tomando como base de partida las aceptadas aunque fragmentarias observaciones de Emilio Rabasa sobre la diferencia entre el control constitucional y el de legalidad, y respecto de la peculiaridad estructura del amparo contra resoluciones de carácter judicial, se ha encontrado una doble configuración, [...] y en esta forma se ha llegado a la convicción de que el amparo mexicano tiene una naturaleza mixta, pues en parte es un *recurso* y en otra un *proceso*”. Las cursivas son del autor. Fix-Zamudio, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM-IIJ, 1993. p. 86.

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

humanos, esto tomando en consideración su carácter interdependiente, transversal y bajo la lógica de que los derechos humanos pueden encontrarse contenidos en cualquier instrumento jurídico, por lo que, si bien para fines de sistematización sostenemos la conveniencia de entender el juicio de amparo como un juicio independiente y nunca como un recurso, en la práctica juicio y recurso fluyen paralelamente para la justiciabilidad de los derechos humanos.¹⁸

En cuanto al derecho a una buena administración pública, el 10 de diciembre de 2021 se publicaron tres tesis aisladas, derivadas del juicio de amparo directo registrado como D.A. 309/2021 y resuelto por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito¹⁹. Para comprender su contexto es preciso referirnos brevemente a los antecedentes del caso.

El amparo derivó de una solicitud sobre alineamiento y número oficial a una autoridad administrativa local (de una Alcaldía en la Ciudad de México), realizada por una persona a nombre de una asociación vecinal, debido a la afectación que consideraba sufría por la construcción en un predio colindante. En respuesta, la autoridad administrativa adujo que no se acreditaba el interés legítimo, en términos del artículo 35 Bis de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México²⁰ y, por lo tanto, que no se podía atender su solicitud.

¹⁸ Ejemplo de ello son los asuntos relacionados, que conocen los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Administrativa, en los que se resuelven recursos fiscales que interpone la autoridad responsable en el juicio de amparo y, a la par, el amparo directo interpuesto por un particular en su calidad de quejoso.

¹⁹ A la sentencia tuvimos acceso por primera ocasión por medio de Twitter, fue publicada en la cuenta del magistrado Jean Claude Tron-Petit el 7 de noviembre de 2021, disponible en: <https://twitter.com/jctronp/status/1457391444172238852>, consultada el 18/01/2022.

²⁰ Artículo 35 Bis.- Los interesados tienen en todo momento el derecho de obtener información sobre los procedimientos y el estado en que se encuentran, así como el acceso a los expedientes que con motivo de sus solicitudes o por

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

Derivado de lo anterior, se promovió un juicio contencioso-administrativo ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, en cuyo fallo se declaró la nulidad del acto; como consecuencia, la autoridad administrativa interpuso recurso de apelación ante el Pleno del mismo órgano jurisdiccional que culminó con la confirmación la sentencia de nulidad, pero, debido a la falta de estudio de la parte sustancial y la reiteración sobre la ausencia de interés legítimo, la particular promovió el juicio de amparo directo que aquí se menciona²¹ y del cual derivó la triada de tesis aisladas que a continuación analizaremos.

A. Buena administración pública. Constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos (legislación de la Ciudad de México)²²

Dado que esta y las próximas tesis a las que haremos alusión son consultables en el *Semanario Judicial de la Federación*, evitaremos la reiteración de lo ahí redactado y nos dedicaremos a reflexionar sobre el criterio jurídico sentado por el Tribunal Colegiado de Circuito, principalmente en el que sostuvo que el margen de actuación de los servidores públicos en la Ciudad de México debe ser conforme al principio y derecho fundamental de la buena administración.

Esta dualidad de la buena administración pública (como principio y como derecho) deriva de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano frente a la Administración

mandato legal, formen las autoridades. Así mismo, se les podrán expedir a su costa; y siempre que así lo soliciten, copias y certificaciones de los documentos que obren en los expedientes previo pago de los derechos que correspondan. Sólo podrá negarse la información o el acceso a los expedientes, cuando se involucren cuestiones relativas a la defensa y seguridad nacional, esté protegida dicha información por el secreto industrial, comercial o por disposición legal; o porque el solicitante no sea el titular o causahabiente, o no acredite su interés legítimo en el procedimiento administrativo.

²¹ Párr. 1 a 18 de la sentencia.

²² Tesis aislada I.4o.A.5 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023930, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h.

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Pública y es retomado por la legislación constitucional y secundaria capitalina para determinar normativamente su contenido; no obstante, el Tribunal lo amplió al identificar su interrelación con otros derechos, lo cual es distintivo de la sentencia en estudio, aunque no novedoso en términos doctrinarios. Esos derechos son el acceso a la información pública y la transparencia, además de la tutela judicial efectiva y el derecho de petición.

Cabe añadir que la Carta Iberoamericana además advierte una tercera funcionalidad de esta institución y es el vislumbrar a la buena administración pública como una obligación, pero consideramos que basta con el reconocimiento como derecho de los ciudadanos y como principio de actuación para derivar esta tercera.

Sobre la Carta en mención, es menester precisar que no es un tratado internacional, por lo que diferimos de aquellas posturas que estiman que se puede invocar como derecho positivo.²³ En nuestra opinión, la naturaleza de este instrumento internacional es de *soft law* y, por lo tanto, lineamientos orientadores, aunque no por ello menos relevantes para la función que les dio origen, por lo que cobra especial relevancia que, a diferencia de la legislación federal mexicana, el derecho a una buena administración se encuentre positivizado en la Constitución Política de la Ciudad de México, en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública y en la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías y, sobre todo, es notable que un tribunal federal retome tanto este marco jurídico, como la Carta en calidad de instrumento jurídico, para considerar el derecho a una buena administración pública parte del parámetro de regularidad constitucional, al estimar que,

²³ Entre las relevantes investigaciones que se han realizado en Latinoamérica, hay algunas que se decantan por esta postura, verbigracia, Linazasoro Espinoza, Izaskun, “El derecho a una buena Administración Pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno”, *Revista de Derecho Público*, Chile, núm. 93, 2020, pp. 63 y 64.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

derivado de la interpretación amplia del artículo 1° de la Constitución Federal, se incorporan derechos humanos no reconocidos expresamente en esta.

En otras palabras, para el Tribunal que resolvió, el catálogo de derechos humanos puede ser invocado –e incluso ampliado-- a partir de instrumentos distintos a la Constitución Federal, pero el precepto que refuerza la posibilidad de garantizarlo, sin duda se encuentra en la Constitución local y en las leyes secundarias relativas, que establecen expresamente el derecho en comento. Por ello, consideramos un acierto la concesión del amparo con esta argumentación que prepara el camino para la justiciabilidad del derecho a una buena administración pública.²⁴

B. Petición relacionada con la materia de una acción pública. Cuando se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico la autoridad, en acatamiento al derecho a la buena administración pública, debe contestarla bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente de los aspectos señalados, pues no se trata de facultades discrecionales, sino regladas (legislación de la Ciudad de México).²⁵

²⁴ En el presente estudio nos limitamos a destacar los aspectos positivos de la sentencia y las tesis que se mencionan; sin embargo, no pasamos por alto algunas áreas de oportunidad en la misma, por ejemplo, la probable inexactitud relativa al parámetro de control constitucional y la mención a la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano frente a la Administración Pública como “una regulación” (p. 34, párr. 42). Asimismo, estimamos que la metodología empleada para la redacción pudo haber sido más sistemática y evitando reiteraciones, tales como la mención en más de una ocasión de premisas similares (por ejemplo, en las páginas 34 a 38 se transcriben los artículos que establecen el derecho a una buena administración pública, posteriormente, se explica lo transcrito y en subsecuentes páginas 40 y 41 se reitera a modo de conclusión). No obstante, la concesión del amparo y haber invocado (entre las primeras ocasiones en tribunales de este nivel) ya constituye en sí mismo un logro histórico que aprecio no debe minimizarse.

²⁵ Tesis aislada I.4o.A.6 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023954, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h.

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Sobre esta tesis aislada y nutriéndola con la lectura de la sentencia en comento, podemos aseverar que, si bien el Colegiado puso mayor énfasis en el contenido y alcance del derecho de acceso a la información y el de petición, respecto al derecho a una buena administración realizó algunas reflexiones en las que se ve materializado, por ejemplo, en el ámbito urbanístico desde el punto de vista del derecho de petición, particularmente sobre la obligación de la autoridad (como sujeto obligado por la legislación de la materia) contestar y ocuparse, incluso oficiosamente, de casos que revisten interés público.

En términos generales, una buena administración pública presupone como elemento fundamental la transparencia, pues en sí misma dota de valor al derecho de los particulares a reclamar “una Administración que cuente con el personal adecuado, al servicio de los habitantes y que actúe de acuerdo con las reglas de la ética pública.”²⁶ En otras palabras, la obligación de respeto a los derechos y libertades de los particulares cobra relevancia, pues su violación es precisamente la raíz de un sistema político fallido donde el binomio corrupción-impunidad se impone sobre la legalidad y la ética.

Por ello, sobre el sentido de la sentencia en comento, cabe reflexionar sobre el papel que jugó la participación ciudadana, aunado a la existencia de la acción pública prevista en Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, norma que faculta a los ciudadanos (y, en consecuencia, le otorga interés legítimo) para denunciar posibles irregularidades por las que

se consideren afectados en su patrimonio o en su esfera jurídica, que incida directamente en la armonía de la comunidad del accionante, por construcciones, cambios de

²⁶ Delpiazzo, Carlos, “La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados”, *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, núm. 10, 2016, pp. 41-57, Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/issue/view/23/12>, consultada el 20/01/2022.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

uso del suelo o cambios del destino del suelo u otros aprovechamientos de inmuebles, que contravengan lo establecido en la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, en su Reglamento, en el Reglamento de Construcciones del Distrito Federal y en los Programas ambientales y de desarrollo urbano vigentes.²⁷

Por otra parte, en tanto pública, la administración no puede ser menos que transparente, por lo que, como es el ejemplo en comento, el concepto de “discrecionalidad” no debe ser aplicado como homólogo a arbitrariedad, sino, en una aplicación racional de las normas, debe notarse que estas delimitan un margen de acción dentro del cual la autoridad puede ejercer. Por ende, esas disposiciones deben ser vislumbradas como orientaciones normativas que van más allá de la mera legalidad y, como fin último, aspiran a la justicia.

Aunado a lo anterior, hemos de recordar que la apuesta de la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano frente a la Administración Pública precisamente es la condición activa de los particulares, la deliberación en asuntos de interés público; por ello, como su nombre evoca, se trata de una relación de la ciudadanía con la Administración Pública en la que van de por medio derechos, pero también deberes.

Al respecto, recordemos que la Carta establece, como parte de los principios que integran la buena administración pública, que esta debe garantizar que los ciudadanos estén presentes e influyan en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los respectivos ordenamientos jurídicos de aplicación, así como propiciar que participen en el control de la actividad administrativa.²⁸

²⁷ Artículo 106 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal. Disponible en:

http://www3.contraloriadf.gob.mx/prontuario/index.php/normativas/Templete/ver_mas/69415/31/1/0, consultada el 20/01/2022.

²⁸ Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, Capítulo Segundo: Principios, Numeral 13, Carta

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Sobre lo anterior, la sentencia destaca esta posibilidad al afirmarse que, con el empleo de la acción pública, la persona denunciante deja “de ser un simple vigilante para convertirse ahora en un actor central del control de la acción pública y combate a la corrupción; de ahí que se le otorgó una participación activa.”²⁹ Por ende, confirmamos que el derecho de petición constituye uno de los derechos que integran la buena administración pública y la respuesta de la autoridad forma parte del régimen de garantías que permite la consolidación de un auténtico Estado constitucional de Derecho, tal y como también es planteado por la legislación capitalina y por la Carta multicitada.

C. Acceso a la información pública. No es exigible acreditar un interés legítimo en el escrito de petición mediante el cual, directa o indirectamente se solicite, a menos que los sujetos obligados justifiquen fehacientemente que se trata de información reservada o confidencial, acreditando tales extremos para validar la restricción (legislación de la Ciudad de México)³⁰

En esta tercera tesis no se hace mención expresa del derecho a una buena administración pública, sin embargo, el hilo conductor de las anteriores y el estudio que se realiza en la sentencia hacen pertinente que la retomemos, ya que condensa la interpretación que la quejosa buscaba para que el juzgador se pronunciara sobre el innecesario acreditamiento de un interés jurídico para hacer valer su derecho de acceso a la información pública, aunado a que, en principio, el requerimiento no constituía datos reservados ni confidenciales.

Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, Panamá 18 y 19 de octubre de 2013.

²⁹ Párr. 55.

³⁰ Tesis: I.4o.A.7 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023922, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h, Tesis Aislada (Administrativa).

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

El criterio del tribunal lo justifica expresando que existe una sinergia ineludible entre los derechos fundamentales de petición y el de acceso a la información, los cuales entrañan características para poderse considerar cabalmente cumplidos, tales como el ser atendido en breve término, por escrito y con la información veraz y oportuna que se disponga. Por ello, no se requiere acreditar *a priori* un interés legítimo para su acceso y, en cambio, la información debe ser considerada como de dominio público a la luz del principio de máxima publicidad.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En términos generales, hemos sostenido que la función jurisdiccional tiene un papel preponderantemente remedial. Por lo tanto, procurando ser realistas, debemos pensar en las consecuencias de apostar por el acceso a la justicia únicamente por la vía de la *iurisprudencia* y entender que esto puede resultar insostenible, en parte, por la carga de trabajo que rebasa los recursos humanos para que la justicia sea pronta y expedita y, por otro, porque se actualiza la posibilidad de crear antagonismos en el ejercicio del poder, lo cual, lejos de constituir un contrapeso objetivo y útil, genera una regla implícita de estar persistentemente en contra de lo que realice la administración pública dirigida por el gobierno en turno.

Además, consideramos que, si bien el Derecho es una herramienta de cambio, se requieren acciones que incidan en diversos senderos de la vida pública para impactar y lograr las metas planteadas en las luchas sociales.

De forma particular, en la Ciudad de México confluyen rasgos que no debemos pasar por alto. Territorialmente es la sede de los poderes de la Unión, por lo que conviven tres niveles de administraciones públicas: la federal, la local como ciudad capital y además las de las Alcaldías. En ese sentido, es especialmente relevante la existencia de un tribunal administrativo dedicado a conocer y dirimir controversias en materia de buena administración pública.

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Lo anterior tiene como consecuencia que un tribunal local con mayor grado de especialización (el de buena administración) sea revisado por un tribunal federal con competencia material administrativa general. Por lo que, en lo que concierne al amparo, los tribunales del Poder Judicial de la Federación podrían considerarse de una jerarquía superior en tanto son los que revisan la constitucionalidad y convencionalidad de los fallos.

No obstante, esa mención jerárquica la realizamos con cautela, porque en estricto sentido, para las labores que a diario implican las actividades jurisdiccionales de cada tribunal, lo más preciso es decir que cada uno cuenta con distinto ámbito competencial y no necesariamente afirmar la existencia permanente de una jerarquía, salvo cuando se pone en marcha la maquinaria procesal mediante el juicio de amparo, que implica en sí mismo un ejercicio de control.

Asimismo, debemos tener presente que, a pesar de que el texto constitucional prevé un control difuso al que ya nos hemos referido a lo largo del presente estudio, la interpretación que la Suprema Corte ha realizado para su cumplimiento por parte de los tribunales administrativos se encuentra limitado.

Por un lado, podemos deducir que dicha determinación evita la emisión de fallos contradictorios, pero por otro, resulta en un desgaste para los particulares el tener que acudir al amparo para que le sean reconocidas violaciones a derechos humanos y sus garantías, ya que, lo que en su mayoría han entendido los tribunales administrativos que es su papel, redundando en el cuidado de la legalidad de los actos administrativos, pasando por alto cuestiones de constitucionalidad y, en cumplimiento a la jurisprudencia, optan por mencionar que no se advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizaron el control difuso y respetaron el principio de exhaustividad.³¹

Otro aspecto que influye en la forma en que operan estos tribunales tiene que ver con que la naturaleza de la materia

³¹ Véase *supra* nota al pie 13.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

administrativa, la cual, a diferencia de otras, al encontrarse estrechamente vinculada con la actividad gubernamental, presenta desafíos particulares para las y los juzgadores, puesto que constantemente se encuentra de por medio la determinación de intereses públicos y particulares. Es decir, la tensión entre el beneficio al aparato Estatal *versus* el reconocimiento de la persona como centro de su actuar.

Es en este segundo postulado es donde han surgido argumentos en defensa del derecho humano a una buena administración pública, pues en esencia, implica un cambio de paradigma en el que el Estado deja de vislumbrarse verticalmente, como autoridad inapelable y justificando actuaciones discrecionales como regla general y, por el contrario, se pondera como centro de la actividad estatal a la persona humana y sus derechos, lo que implica que la interpretación de la norma, en todos los ámbitos, se aplica en su mayor beneficio, tal y como lo establece el texto constitucional.

Por ello, consideramos que el papel de los tribunales administrativos debe transitar a la aplicación del control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, lo cual contribuirá en gran medida a la justiciabilidad de los derechos humanos. Así, estimamos que la legislación vigente, al menos en el ámbito de la Ciudad de México y con las herramientas jurídicas procesales ya previstas, es suficiente para hacer efectivo el derecho a una buena administración pública y únicamente se encuentra pendiente una reforma constitucional en la materia para que el ordenamiento jurídico encuentre una completa configuración que permita sea directamente invocado tanto en las sentencias de todo órgano jurisdiccional, como en las políticas públicas que deban ponerse en marcha para hacerlo plenamente efectivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Amparo Directo 309/2021, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, magistrado ponente Jean Claude Tron-Petit, disponible en:

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

<https://twitter.com/jctronp/status/1457391444172238852>, consultado el 18/01/2022.

Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, IIJ-UNAM, 3a. reimpresión, 2017. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1695-jurisdiccion-y-argumentacion-en-el-estado-constitucional-de-derecho>, consultado el 31/08/2021.

Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>, consultada el 10/01/2022.

De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 37^a. ed, 2^a reimpresión, México, Porrúa, 2012, p. 463.

Del Castillo del Valle, Alberto, *Compendio del juicio de amparo*, México. Ediciones Jurídicas Alma, 2020.

Delpiazzo, Carlos, *La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados*, en *Revista de derecho. publicación de la facultad de derecho de la universidad católica del uruguay*, núm. 10, 2016, p. 41-57, Disponible en: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/issue/view/23/12>, consultada el 20/01/2022.

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, voz “justiciabilidad”, consultado en: <https://dpej.rae.es/lema/justiciabilidad> el 01/01/2022.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM-IIJ-CNDH, 2017.

Fix -Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM-IIJ, 1993.

Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal. Disponible en: http://www3.contraloriadf.gob.mx/prontuario/index.php/normativas/Template/ver_mas/69415/31/1/0, consultada el 20/01/2022.

HACIA LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO HUMANO

Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México.
Disponible en:
http://www3.contraloriadf.gob.mx/prontuario/index.php/normativas/Template/ver_mas/66404/31/1/0, consultada el 20/01/2022.

Linazasoro Espinoza, Izaskun, “El derecho a una buena Administración Pública en las Constituciones a propósito del debate constitucional chileno”, en *Revista de derecho público*, Chile, núm. 93, 2020.

Registro digital 23183, Varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro I, Octubre de 2011, t. 1, p. 313.

Tello Moreno, Luisa Fernanda, *La justiciabilidad del derecho al agua en México*, México, CNDH, 2016.

“Juicio de amparo”, *Tesoro Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Vocabulario Controlado y Estructurado*, México, s.a. pp. 1618-1619. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/centrodedocumentacion/sites/default/files/tesoro_juridico_scjn/pdfs/12.%20TJSCJN%20-%20JuicioAmparo.pdf, consultado el 17/01/2022.

Tesis 2a./J. 16/2014 (10a.), Registro digital 2006186, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, t. I, p. 984.

Tesis aislada I.4o.A.5 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023930, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h.

Tesis aislada I.4o.A.6 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023954, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h.

Tesis aislada I.4o.A.7 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 2023922, Tribunales Colegiados de Circuito, Publicación: viernes 10 de diciembre de 2021 10:22 h.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DEL ACUERDO
PRESIDENCIAL PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL*
DE LA FEDERACIÓN EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2021

Agustín E. CARRILLO SUÁREZ*
Adrián PALMA MARTÍNEZ

Resumen: El presente artículo realiza un análisis jurídico partiendo de los principios y reglas señaladas en la Constitución, del Acuerdo expedido por el presidente de la República y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 2021. Además de lo anterior, se citan, como antecedentes importantes para el caso, la expedición del Código Civil de 1928, el decreto que suspendió las garantías en nuestro país en 1942 y el decreto de extinción de Luz y Fuerza del Centro.

Abstract: This article makes a legal analysis based on the principles and rules set out in the Constitution, the Agreement issued by the President of the Republic and published in the Official Journal of the Federation on 22 November 2021. In addition to the foregoing, the issuance of the Civil Code of 1928, the decree suspending the guarantees in our country in 1942 and the decree extinguishing the Light and Force of the Center are cited as important precedents for the case.

Palabras clave. Control de regularidad, facultad reglamentaria, poder ejecutivo, principio de legalidad, reserva de ley.

Keywords: Control of regularity, regulatory power, executive power, principle of legality, reservation of law.

* Profesor de Carrera Titular "C" Tiempo Completo, Facultad de Derecho, UNAM.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. Introducción. II. El Código Civil de 1928. III. La suspensión de garantías de 1942. IV. La extinción de Luz y Fuerza del Centro. V. El acuerdo presidencial del 22 de noviembre de 2021. VI. Consideración final. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Previo al examen de regularidad del decreto que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 2021, es conveniente dar noticia de los antecedentes más relevantes que ha tenido el Poder Ejecutivo de la Unión en el despliegue de su facultad reglamentaria, inclusive legal.

Como primer aspecto, se tiene que, desde su génesis, la Constitución Federal ha establecido la proscripción de que no podrán reunirse dos o más de poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión. La salvedad a este enunciado normativo han sido las facultades extraordinarias que el Ejecutivo Federal ha tenido en materia de suspensión de garantías –derechos fundamentales– y de comercio exterior.

No obstante, como se verá en este análisis, el Poder Ejecutivo Federal también fue dotado para emitir normas generales, abstractas e impersonales, a través del Poder Legislativo Federal. Tal es el supuesto del Código Civil de 1928, que, de acuerdo con la distribución de competencias de cada órgano, le competía al Poder Legislativo su elaboración.

El Poder Ejecutivo, con base en el sistema de facultades previsto por la norma constitucional, sólo tiene, dentro de su ámbito competencial, expedir reglamentos, así como la emisión de decretos, acuerdos y todos aquellos actos que sean necesarios para la exacta observancia de las leyes en materia administrativa.

Lo anterior es de suma relevancia para determinar si el acuerdo presidencial del 22 de noviembre de 2021 encuentra conformidad con la Constitución, pues a partir de la acotación de las atribuciones conferidas por ese ordenamiento al Poder

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

Ejecutivo, será factible establecer su aquiescencia con dicha norma.

No debe perderse de vista que, al margen del despliegue de los actos de autoridad por parte del Poder Ejecutivo Federal, también ha sido importante el contexto en el que éstos surgieron, es decir, *los motivos políticos o económicos*, los cuales serán examinados para nutrir de contenido el porqué de las decisiones asumidas por el titular de dicho poder.

Por último, en adición a lo expresado, el Poder Judicial de la Federación, concretamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha cumplido una importante labor en relación con los actos de autoridad pronunciados por el Poder Ejecutivo Federal en la creación normativa, pues a través del escrutinio judicial y de la interpretación ha sido posible mantener el orden constitucional. La subsunción adoptada por el alto tribunal es discutible y opinable, pero no deja de ser el último intérprete de la Constitución.

II. EL CÓDIGO CIVIL DE 1928

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal surge como consecuencia de que en 1926 el Congreso de la Unión autorizó al titular del Poder Ejecutivo para reformar, entre otros ordenamientos, al Código Civil, desde luego se hacía referencia al Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, de 31 de marzo de 1884, entonces en vigor, tal autorización fue prorrogada en dos ocasiones, en 1927 y 1928. Durante ese período, Plutarco Elías Calles fue Presidente de la República, cargo que ocupó desde el 1 de diciembre de 1924 al 30 de noviembre de 1928.¹

El 10 de diciembre de 1925, los legisladores Simón Neguib y Rafael Álvarez presentaron ante la Cámara de Diputados una

¹ Véase Jiménez García, Joel Francisco, *Código Civil para el Distrito Federal de 1928*, en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 23-51, visible también en la siguiente dirección de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7120/6399>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

iniciativa para que se concediera al Poder Ejecutivo la autorización de aprobar y expedir el código².

Con motivo de lo anterior, el 30 de enero de 1926 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto autorizando al Poder Ejecutivo para reformar el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código Federal de Procedimientos Penales³, en cuyo artículo único estableció:

Artículo único. Se faculta al Poder Ejecutivo de la Unión para expedir las reformas al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, al Código Penal, al Código de Procedimientos Penales, al Código de Comercio, al Código Federal de Procedimientos Civiles y al Código Federal de Procedimientos Penales, en un plazo que terminará el treinta de noviembre de mil novecientos veintiséis, debiendo dar cuenta al Poder Legislativo del uso que hubiere hecho de esas facultades.

De la lectura al citado precepto se advierte que el Congreso General facultó al Presidente de la República para expedir reformas, entre otros, al Código Civil y, para tal efecto, debía dar cuenta al Poder Legislativo del uso que hubiere hecho de tales facultades, las cuales terminarían el 30 de noviembre de 1926; sin embargo, al no haberse cumplido con el objetivo dentro del plazo establecido, mediante decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de enero de 1927 y 14 de enero de 1928⁴ se otorgó una prórroga al ejecutivo federal

² ADAME LÓPEZ, Ángel Gilberto, *La Génesis del Código Civil de 1928*, en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coord.), *80 años del Código Civil para el Distrito Federal, Trabajos conmemorativos de la autoría de señores miembros del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, primera edición, México 2012, p. 2.

³ En lo relativo al decreto, véase la siguiente dirección de internet: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=189225&pagina=1&seccion=0, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

⁴ Véanse los decretos en la siguiente dirección de internet: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4517803&fecha=06/01/1927&cod_diario=192435

y

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

hasta el 31 de agosto de 1928 para emitir la legislación correspondiente.

El Código Civil para el Distrito y Territorio Federales en materia común, y para toda la República en materia federal, fue publicado en dicho medio de difusión oficial en cuatro partes, el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

Por la génesis de dicho cuerpo normativo, se produjo una polémica en relación con su posible inconstitucionalidad, pues el artículo 49 de la Constitución Federal no establecía de forma expresa que el Congreso de la Unión pudiera delegar sus facultades legislativas en favor del Ejecutivo Federal.

Al resolver el amparo directo en revisión 713/92, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que la constitucionalidad de la expedición del código de mérito no ha de examinarse a la luz del texto actual del artículo 49 constitucional, que efectivamente prohíbe la delegación de facultades legislativas del Congreso de la Unión en favor del presidente de la República en casos distintos de los previstos en los artículos 29 y 131 constitucionales, sino del texto original del citado precepto, vigente en 1928, el cual sólo prohibía la fusión orgánica de dos o más poderes en una sola persona o corporación, de modo que alguno de ellos desapareciera de la estructura del poder, pero no la transferencia de ciertas facultades de tipo legislativo en determinada materia o ramo, tales como las que se concedieron al presidente de la República a través de los decretos de delegación⁵.

Lo anterior dio origen a la jurisprudencia P./J. 12/93 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 71, noviembre de 1993, página 10, que expresa:

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN

https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4578052&fecha=14/01/1928&cod_diario=196171, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

⁵ Véase el amparo directo en revisión 713/92, interpuesto por Tonatiuh Rodríguez Vega, en la siguiente dirección de internet: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/79>, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

MATERIA FEDERAL. SU EXPEDICION POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS ES CONSTITUCIONAL. La expedición por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la Unión, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no vulnera el principio de división de poderes, pues según ha interpretado esta Suprema Corte, la prohibición contenida en el texto original del artículo 49 entonces vigente, de que se reunieran dos o más poderes en una sola persona o corporación, impedía que uno fuera absorbido orgánicamente por el otro y desapareciera de la estructura del poder, pero no que el Congreso de la Unión transfiriera al Ejecutivo Federal ciertas facultades legislativas como un acto de colaboración entre dos poderes dirigido a salvaguardar la marcha normal y regular de la vida en sociedad; fue hasta el año de mil novecientos treinta y ocho en que se adicionó un párrafo final a dicho precepto, cuando se tornó ilegítima esta práctica inveterada surgida en el siglo pasado, porque el Constituyente dispuso que no podrían delegarse en el Ejecutivo Federal facultades para legislar en casos distintos del de suspensión de garantías individuales, al cual se agregó en el año de mil novecientos cincuenta y uno el relativo al artículo 131 de la misma Ley Suprema.

De esta forma, a través de la interpretación que efectuó la Suprema Corte de Justicia de la Nación se determinó la constitucionalidad de la delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la Unión al Poder Ejecutivo Federal para expedir las reformas, entre otros, al Código Civil, al no existir precepto constitucional que prohíba la no la transferencia de ciertas facultades de tipo legislativo en determinada materia o ramo.

III. LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS DE 1942

El 2 de junio de 1942 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*: 1) el Decreto que autoriza al Ejecutivo Federal para

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

declarar el estado de guerra entre México y Alemania, Italia y Japón; 2) el Decreto que aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales; y 3), el Decreto declarando que los Estados Unidos Mexicanos se encuentran en estado de guerra con Alemania, Italia y Japón.

La suspensión de garantías fue decretada por el presidente Manuel Ávila Camacho con motivo de la Segunda Guerra Mundial.

Una de las principales características de sistema presidencial mexicano ha sido las amplias facultades que ha gozado el ejecutivo en el desarrollo de sus funciones, esto bajo una situación de normalidad. Poco conocidas y recordadas son, en cambio, las amplias facultades que gozó en ese entonces el presidente. Entre ellas encontramos las atribuciones en materias administrativa y fiscal. Entre otras facultades también es pertinente señalar, las que se le otorgaron en materia civil, por ejemplo, en materia de arrendamiento, que tradicionalmente es legislada por cada entidad federativa de la República⁶.

En lo que interesa, los artículos 1, 4 y 5 del decreto congresional establecieron:

Artículo 1. Se aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en los artículos 4º, párrafo I del 5º, 6º, 7º, 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, párrafo III del 22 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que acordó el C. Presidente de la República previa conformidad del Consejo de Ministros, para todo el territorio y todos los habitantes de la República.

Artículo 4. Se faculta, asimismo, al Ejecutivo de la Unión, para imponer en los distintos Ramos de la Administración Pública, todas las modificaciones que fueren indispensables para la eficaz defensa del territorio

⁶ PELAYO MOLLER, Carlos María, *La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato*, en ESQUIVEL Gerardo, IBARRA PALAFOX Francisco, SALAZAR UGARTE Pedro (coord.) *Cien ensayos para el centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 2 Estudios jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. 343.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de nuestras instituciones fundamentales. Artículo 5. Se autoriza, igualmente, al Ejecutivo de la Unión para legislar en los distintos Ramos de la Administración Pública, con sujeción a lo preceptuado en el artículo precedente (...).⁷

De la lectura al decreto examinado se advierte que el congreso general otorgó facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo Federal para legislar en los distintos ramos de la administración pública, siempre que sean indispensables para la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones fundamentales.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo administrativo en revisión 5360/47, estableció que las facultades otorgadas al Presidente de la República en varias ramas de la administración públicas son de emergencia, pues no sólo se permitió al Ejecutivo hacer frente a la situación existente, con motivo de la guerra, sino que se hicieron extensivas a las ramas de la administración, las que pudieron ser modificadas por el mismo Ejecutivo, para lograr la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones en el país.

Lo anterior dio origen a la tesis aislada publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo C, página 98, de rubro: *CONTRIBUCIONES DE GUERRA*.

Por su parte, al resolver los amparos en revisión 638/49 y 3728/48, interpuestos por Agustín Bouvet y coagraviados, y Rodolfo Villarreal y coagraviados, respectivamente, la Segunda Sala del alto tribunal estableció que, si el decreto de 1 de junio de 1942, que aprobó la suspensión de garantías, en su artículo 4 faculta al Ejecutivo para realizar modificaciones en la administración, está en ello imbibita la facultad de expedir las leyes relativas, cuando solamente por

⁷ En lo relativo al Decreto que aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales, véase la siguiente dirección de internet: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4520929&fecha=02/06/1942&cod_diario=192636, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

ley podrían hacerse tales modificaciones; y al disponer en su artículo 5 la autorización para legislar en los distintos ramos, debe entenderse no circunscrita está facultad a la reforma de los ramos de la administración, sino limitada a la necesidad de la eficaz defensa del territorio y de su soberanía y dignidad y mantenimiento de las instituciones, puesto que éstas son las condiciones impuestas en el artículo 4.

Además, determinó que si el Ejecutivo quedó facultado para legislar en los distintos ramos de la administración, entre los cuales está comprendido el hacendario, y por otra parte, la creación de nuevos impuestos o la elevación de la tasa de los ya existentes, es necesaria en todo estado de guerra, a fin de aumentar los ingresos y satisfacer los gastos públicos aumentados considerablemente por razón de ese estado, no puede considerarse inconstitucional, por falta de competencia del Ejecutivo para dictarlo, el tributo creado con esos fines y sus diversas reformas.

Las consideraciones pretéritas dieron origen a la tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen V, Tercera Parte, página 200, de rubro: SUSPENSION DE GARANTIAS, CREACION DE IMPUESTOS CON MOTIVO DE LA.

De lo expuesto se colige que, para la defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones fundamentales, el Congreso de la Unión otorgó facultades al Poder Ejecutivo Federal para legislar a fin de hacer frente a la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó el decreto de 2 de junio de 1942 para establecer que la facultad del ejecutivo federal para legislar no estaba circunscrita a la reforma de los ramos de la administración, sino a la eficaz defensa del territorio y de su soberanía y dignidad y mantenimiento de las instituciones, de manera que tenía la potestad de expedir las leyes relativas para tal efecto.

IV. LA EXTINCIÓN DE LUZ Y FUERZA DEL CENTRO

Previo a exponer las razones de la extinción jurídica de la Compañía Luz y Fuerza del Centro, es conveniente tener presente que el 22 de diciembre de 1975 se publicó en el *Diario*

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

Oficial de la Federación la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, la cual, en su artículo cuarto transitorio estableció:

Artículo cuarto. partir de la fecha en que entre en vigor esta ley, quedarán sin efecto todas las concesiones otorgadas para la prestación del servicio público de energía eléctrica.

Las empresas concesionarias, entrarán o continuarán en disolución y liquidación y prestarán el servicio hasta ser totalmente liquidadas. Concluida la liquidación de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S.A., y sus asociadas Compañía de Luz y Fuerza de Pachuca, S.A., Compañía Mexicana Meridional de Fuerza, S.A., y Compañía de Luz y Fuerza Eléctrica de Toluca, S.A., el Ejecutivo Federal, dispondrá la constitución de un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, el cual tendrá a su cargo la prestación del servicio que han venido proporcionando dichas compañías. El Decreto de creación del organismo establecerá, con arreglo a esta disposición, la estructura, organización y funciones que tendrá el propio organismo para el adecuado cumplimiento de sus fines.⁸

El 27 de diciembre de 1989 se publicó en dicho medio de difusión oficial un decreto por el cual se reformó el artículo cuarto transitorio de la Ley del Servicio Público de Energía Federal, el cual dispuso:

Artículo cuarto. (...)

Las empresas concesionarias, entrarán o continuarán en disolución y liquidación y prestarán el servicio hasta ser totalmente liquidadas. Concluida la liquidación de la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, S.A., y sus asociadas Compañía de Luz y Fuerza de Pachuca, S.A., Compañía Mexicana Meridional de Fuerza, S.A., y Compañía de Luz y Fuerza Eléctrica de Toluca, S.A., el

⁸ Véase la siguiente dirección de internet: http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4830116&fecha=22/12/1975&cod_diario=207912 fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

Ejecutivo Federal, dispondrá la constitución de un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, el cual tendrá a su cargo la prestación del servicio que han venido proporcionando dichas compañías. El Decreto de creación del organismo establecerá, con arreglo a esta disposición, la estructura, organización y funciones que tendrá el propio organismo para el adecuado cumplimiento de sus fines.⁹

Por su parte, el artículo tercero transitorio de ese decreto prescribió:

Artículo tercero. El Ejecutivo Federal dispondrá lo necesario para dar celeridad a los procedimientos de liquidación de las citadas empresas, para que al concluirlos, se constituya el organismo que se ordena crear.¹⁰

Con base en lo anterior, el 9 de febrero de 1994 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el *Decreto por el cual se crea el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro*, expedido por el Presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari. El artículo 1 de ese decreto estableció:

Artículo 1. se crea el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro, con personalidad jurídica y patrimonio propio y con domicilio legal en la ciudad de México, Distrito Federal, sin perjuicio de que pueda establecer oficinas o sucursales en otras entidades federativas en que realice operaciones conforme a su objeto¹¹.

El 11 de octubre de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se extingue el organismo

⁹ Véase la siguiente dirección de internet: http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4838805&fecha=27/12/1989&cod_diario=208245, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Véase la siguiente dirección de internet: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4667745&fecha=09/02/1994, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

descentralizado Luz y Fuerza del Centro. En uno de los considerados de ese decreto de extinción estableció:

Que la Ley Federal de las Entidades Paraestatales establece que en la extinción de los organismos descentralizados deberán observarse las mismas formalidades establecidas para su creación, por lo que, toda vez que Luz y Fuerza del Centro fue creada por decreto del Ejecutivo Federal, su extinción debe hacerse a través de un instrumento de la misma naturaleza (...).¹²

En este sentido, el artículo 15 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales dispone que en la extinción de los organismos deberán observarse las mismas formalidades establecidas para su creación, debiendo la ley o decreto respectivo fijar la forma y términos de su extinción y liquidación.

De lo hasta aquí expuesto es factible advertir que el decreto de creación del organismo descentralizado para la prestación del servicio público de energía eléctrica tuvo como fuente primigenia el Congreso General, a través de la Ley del Servicio Público de Energía, para que, con arreglo a ésta, el Poder Ejecutivo Federal estableciera la estructura, organización y funciones que tendría el propio organismo.

Con motivo de la extinción de Luz y Fuerza del Centro, el 28 de octubre de 2009, el Sindicato Mexicano de Electricistas demandó el amparo y protección de la Justicia Federal, al estimar que se transgredieron en su perjuicio los artículos 5, 14, 16, 49; 72, inciso f), 73, fracción X, 89 y 123 de la Constitución General de la República¹³.

¹² En lo relativo al Decreto por el que se extingue el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro, véase la siguiente dirección de internet: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n237.pdf>, fecha de consulta: 16 de enero de 2022.

¹³ Cfr., Reseña del amparo en revisión 346/2010, *Reseñas argumentativas*, Cronista: Saúl García Corona, visible en la siguiente dirección de internet: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2016-11/res-JNSM-346-10_0.pdf, fecha de consulta: 19 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

El 10 de diciembre de 2009, la Juez Primero de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región, la que le correspondió conocer del asunto, celebró la audiencia constitucional y dictó sentencia en la que resolvió sobreseer en el juicio respecto de diversas autoridades, así como no amparar ni proteger a dicho sindicato y sus agremiados en contra de los actos reclamados¹⁴.

En desacuerdo con la determinación anterior, interpusieron recurso de revisión respecto del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó reasumir su competencia originaria. El amparo en revisión fue radicado con el expediente 346/2010 y mediante sentencia de 5 de julio de 2010 resolvió, en lo que interesa, lo siguiente:

- Que, de acuerdo con el artículo tercero transitorio del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de diciembre de 1989, la facultad que, al Ejecutivo Federal, le confirió el Congreso de la Unión en la Ley Federal de Empresas Paraestatales, el Presidente de la República la ejerció al emitir el decreto publicado el 9 de febrero de 1994, por medio del cual fue creado el organismo Luz y Fuerza del Centro.
- Que la emisión del decreto de liquidación impugnado se ajustó a lo establecido por el legislador en el artículo 15 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales;
- Que lo ordenado por el Poder Legislativo en el sentido de disponer, ordenar o proveer “la constitución de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios”, implica el reconocimiento de la facultad constitucional y legal del titular del Ejecutivo Federal para extinguir a dicho organismo, facultad que tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución General de la República,
- Que ninguno de los decretos fue caprichoso o arbitrario;
- Que, si bien la disposición transitoria establece que el Ejecutivo Federal dispondrá la creación de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio

¹⁴ Ibidem.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

propios, lo cierto es que no se requiere mandato legal para que el Ejecutivo Federal extinga dicho organismo, ya que implicaría limitar las atribuciones otorgadas por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales al Presidente de la República;

- Que, si el Congreso pretendía crear el organismo descentralizado por ley, debió haberla creado mediante acto legislativo; y,
- Que no existe argumento válido para sostener que el Ejecutivo Federal carecía de facultades para extinguir a Luz y Fuerza del Centro.¹⁵

De la lectura a la sentencia pronunciada en el amparo en revisión 346/2010 se advierte que la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, en esencia, que el Poder Ejecutivo Federal tenía la potestad para extinguir mediante decreto a Luz y Fuerza del Centro, en términos del artículo 15 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; de esta forma, estimó que la actuación del titular de dicho poder fue constitucional y legal, ya que no se requiere mandato legal para que el Ejecutivo Federal extinga dicho organismo.

Sin embargo, las razones expuestas en la sentencia adolecen de sustento constitucional y legal por los siguientes motivos:

- El Congreso general mandató al ejecutivo federal para constituir un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios;
- A través de ese mandato, el Poder Ejecutivo Federal constituyó Luz y Fuerza del Centro; por tanto, su extinción debió hacerse por la misma vía, esto es, por ley del Congreso;
- De acuerdo con el artículo 16 constitucional, las autoridades sólo pueden hacer lo que expresamente señala la norma general; en consecuencia, si no existe

¹⁵ Véase el amparo en revisión 346/2010 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de julio de 2010, visible en la siguiente dirección de internet: https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2010/2/2_116911_0.doc, fecha de consulta: 20 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

prescripción legal para extinguir el organismo descentralizado, no puede hacerse una interpretación extensiva de las facultades del Poder Ejecutivo Federal.

Al margen de lo expuesto, en el contexto periodístico se tiene que su extinción obedeció a *motivos políticos*. En entrevista con CNNMéxico, el líder sindical Martín Esparza Flores explicó que la extinción de Luz y Fuerza fue motivada por la necesidad de desaparecer a un gremio que se oponía a las políticas gubernamentales del Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, respecto a la generación y distribución de electricidad.¹⁶ Los sucesos iniciaron con la negación, por parte de la Secretaría del Trabajo, de la toma de nota del líder sindical Martín Esparza, quien pretendía reelegirse para el cargo de secretario general del Sindicato Mexicano de Electricista¹⁷. La contratación excesiva de trabajadores para Luz y Fuerza del Centro, que llegó a ser de 44 mil empleados y 22 mil jubilados, fue atribuida al Contrato Colectivo de Trabajo y se dijo que de mantenerse esa tendencia en los pasivos laborales éstos hubieran aumentado estrepitosamente.¹⁸

V. EL ACUERDO PRESIDENCIAL DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 2021

El 22 de noviembre de 2021 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo por el que se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a realizar las acciones que se indican, en relación con los proyectos y obras del Gobierno de México considerados de interés público y seguridad nacional, así como prioritarios y

¹⁶ Véase la nota periodística publicada el 11 octubre de 2010 en la Revista Expansión, en la siguiente dirección de internet: <https://expansion.mx/nacional/2010/10/11/luz-y-fuerza-desaparecio-por-motivos-politicos-lider-de-electricistas>, fecha de consulta: 25 de enero de 2022.

¹⁷ Véase ZÁRATE O. Daniel y AGUILAR GIL Yasgueldí, *El SME y la extinción de LYFC: algunos aspectos relevantes*, en la siguiente dirección de internet: <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/362/11danielzarate.pdf>, fecha de consulta: 25 de enero de 2022.

¹⁸ Ibidem

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

estratégicos para el desarrollo nacional, expedido por el Presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, el cual consideró lo siguiente:

Que es de interés público y de seguridad nacional el desarrollo y crecimiento de la infraestructura a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, y que se traducen en un beneficio colectivo de todos los mexicanos (...).¹⁹

En consecuencia, prescribió:

Artículo primero. Se declara de interés público y seguridad nacional la realización de proyectos y obras a cargo del Gobierno de México asociados a infraestructura de los sectores comunicaciones, telecomunicaciones, aduanero, fronterizo, hidráulico, hídrico, medio ambiente, turístico, salud, vías férreas, ferrocarriles en todas sus modalidades energético, puertos, aeropuertos y aquellos que, por su objeto, características, naturaleza, complejidad y magnitud, se consideren prioritarios y/o estratégicos para el desarrollo nacional.

Artículo segundo. Se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a otorgar la autorización provisional a la presentación y/u obtención de los dictámenes, permisos o licencias necesarias para iniciar los proyectos u obras a que se refiere el artículo anterior, y con ello garantizar su ejecución oportuna, el beneficio social esperado y el ejercicio de los presupuestos autorizados.

La autorización provisional será emitida en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud correspondiente. Transcurrido dicho plazo sin que se emita una autorización provisional expresa, se considerará resuelta en sentido positivo.

¹⁹ *Cfr.*, el acuerdo mencionado en la siguiente dirección de internet: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5635985&fecha=22/11/2021 fecha de consulta: 28 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

Artículo tercero. La autorización provisional tendrá una vigencia de doce meses, contados a partir de su emisión, periodo en el cual se deberá obtener, conforme a las disposiciones aplicables, la autorización definitiva.

De la lectura a los artículos citados se advierte que el objeto del acuerdo consiste en declarar de interés público y seguridad nacional la realización de proyectos y obras asociados a infraestructura de los sectores de comunicaciones, telecomunicaciones, aduanero, fronterizo, hidráulico, hídrico, medio ambiente, turístico, salud, vías férreas, ferrocarriles en todas sus modalidades, energético, puertos, aeropuertos y aquellos que, por su naturaleza, sean prioritarios o estratégicos para el desarrollo nacional. Para ello, las dependencias y entidades de la administración pública federal deberán otorgar la autorización provisional –con vigencia de doce meses– a la presentación u obtención de los dictámenes, permisos o licencias necesarias para iniciar los proyectos u obras de infraestructura.

Sin embargo, de origen, el decreto contiene diversas inconsistencias de orden normativo. En primer lugar, se funda en los artículos 89, fracción I, 26 y 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1o., 2o., 3o., 10, 11, 27, 29, 30, 30 Bis, 31, 32, 32 Bis, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 41 Bis y 42 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Los preceptos constitucionales, en tesis general, enuncian la facultad reglamentaria que tiene el Poder Ejecutivo Federal y prescriben, además, la planeación del desarrollo nacional y que la administración pública será centralizada y paraestatal conforme la ley orgánica que expida el Congreso.

Por su parte, las normas legales citadas enuncian cuáles son los órganos que componen la administración pública; asimismo, el Poder Ejecutivo de la Unión, para el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios, tendrá a su cargo las dependencias que enuncia la citada ley orgánica, es decir, versan sobre la organización de la administración pública federal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 5/2001, determinó que la facultad

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

reglamentaria comprende la atribución de expedir reglamentos, así como la emisión de decretos, acuerdos y todos aquellos actos que sean necesarios para la exacta observancia de las leyes en materia administrativa²⁰.

En consecuencia, aun cuando el Poder Ejecutivo Federal tiene la facultad para emitir acuerdos y todos aquellos actos que resulten indispensables para la aplicación y ejecución de las leyes, lo cierto es que no existe referencia normativa para emitir el acuerdo que se examina, ya que el despliegue de la potestad reglamentaria debe atender, como se verá más adelante, los principios de reserva de ley y subordinación jerárquica, inmersos en el diverso fundamental de legalidad.

En segundo término, el acuerdo permite otorgar adjudicaciones directas a empresas para proyectos de desarrollo mediante *autorizaciones provisionales*, los cuales pueden ser susceptibles de afectar territorios indígenas.

El Presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, en su conferencia de prensa matutina del 23 de noviembre de 2021, mencionó:

(...) es un acuerdo para agilizar trámites y que por los trámites burocráticos no se detengan las obras, que se pueda dar la confianza a las instituciones y a las empresas que están trabajando en el Tren Maya para que los trámites que tienen que hacer para la realización de las obras sean más expeditos y que se les dé también tiempo para presentar toda la documentación, en el entendido de que las empresas, las dependencias del gobierno federal, pues están regidas por principios de protección al medio ambiente, de justicia, de honestidad, y que se le tienen que dar facilidades y se le tienen que tener confianza a las dependencias.

²⁰ Véase la jurisprudencia P./J. 101/2001 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, septiembre de 2001, página 1103, de rubro: *PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. LA FACULTAD PARA PROVEER EN LA ESFERA ADMINISTRATIVA A LA EXACTA OBSERVANCIA DE LAS LEYES, COMPRENDE, ADEMÁS DE LA EXPEDICIÓN DE REGLAMENTOS, LA EMISIÓN DE ACUERDOS Y DECRETOS, ASÍ COMO LA REALIZACIÓN DE TODOS AQUELLOS ACTOS QUE SEAN NECESARIOS PARA ESE FIN.*

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

Entonces, eso fue lo del acuerdo, es un asunto interno entre dependencias. Por ejemplo, que Medio Ambiente ayude a Comunicaciones y Transportes o ayude a Fonatur en las empresas que están trabajando en el Tren Maya para que tengan tramo y no se detenga la obra, porque tenemos que avanzar, tenemos que terminar, concluir las obras.

Esto no tiene nada que ver con la transparencia. Las secretarías, todos estamos obligados a rendir cuentas.²¹

Las obras más emblemáticas impulsadas por el titular del Poder Ejecutivo Federal son el Tren Maya, el aeropuerto internacional Felipe Ángeles y la refinería de Dos Bocas, en el Estado de Tabasco²².

Así, lo que se pretende con dicho acuerdo es, de acuerdo con lo expresado por el Presidente de la República, que los trámites que deben realizar las empresas que intervienen en la construcción del Tren Maya sean más expeditos y tengan tiempo para presentar toda la documentación.

De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda 2020, en Yucatán las lenguas indígenas más habladas²³ son:

Lengua indígena	Número de hablantes 2020
Maya	519,167
Ch'ol	2,027
Tseltal	1,069

²¹ Cfr., la siguiente dirección de internet: <https://lopezobrador.org.mx/2021/11/23/version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-643/>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

²² Véase el periódico *El País*, del 23 de noviembre de 2021, columnista: Francesco Manetto, visible también en la siguiente dirección de internet: <https://elpais.com/mexico/2021-11-23/lopez-obrador-defiende-que-el-decreto-que-blinda-las-obras-del-gobierno-busca-evitar-amparos-y-trabas-burocraticas.html>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

²³ Véase la siguiente dirección de internet: <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/yuc/poblacion/diversidad.aspx?tema=me&e=31>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

Náhuatl	494
---------	-----

Lo anterior revela la presencia de, al menos, medio millón de habitantes indígenas en el sitio en que se pretende la construcción del Tren Maya sin tomar en consideración que, además de esa entidad federativa, Chiapas, Quintana Roo, Campeche y Tabasco²⁴ también serán beneficiarios de dicho proyecto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka versus Suriname* determinó:

Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.²⁵

De esta forma, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de un territorio indígena, el Estado tiene la correlativa obligación de consultar a sus integrantes y obtener su consentimiento previo, libre e informado, según sus costumbres y tradiciones.

En el contexto nacional, los artículos 2, apartado B, fracciones II y IX, de la Constitución, 1, 6, numeral 1, 15, numeral 2, 22, numeral 3, 27, numeral 3 y 28 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, prevén el derecho humano a la consulta previa a las personas y

²⁴ Véase el periódico *Expansión política*, de 11 de noviembre del 2018, en la siguiente dirección de internet: <https://politica.expansion.mx/mexico/2018/11/11/el-tren-maya-el-proyecto-de-infraestructura-estrella-del-futuro-gobierno>, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

²⁵ Cfr., la sentencia de 28 de noviembre del 2007, en la siguiente dirección de internet: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf, fecha de consulta: 31 de enero de 2022.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

pueblos indígenas. Al resolver los amparos en revisión 631/2012 y 499/2015, la Primera y Segunda Sala del alto tribunal, respectivamente, determinaron que la consulta requiere cumplir con lo siguiente: a) ser previa; b) culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En diversos fallos del alto tribunal se ha reiterado el criterio del derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas a la consulta previa²⁶.

Al resolver los amparos en revisión 1144/2019 y 341/2020, el alto tribunal determinó que el Congreso de la Unión debe regular las reglas y el procedimiento de consulta, previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe, a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, antes del 31 de agosto de 2021.

Así, se tiene que el decreto mencionado no dispone la manera en que se realizará la consulta previa de los pueblos y comunidades que eventualmente pudieran resultar afectados por la construcción del Tren Maya.

Además, el decreto dispone que debe entenderse por interés público y seguridad nacional el desarrollo y crecimiento de la infraestructura a cargo de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, y que se traducen en un beneficio colectivo de todos los mexicanos.

No obstante, el artículo 3 de la Ley de Seguridad Nacional enuncia que por *seguridad nacional* se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven, entre otros a:

1. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;
2. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;
3. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

²⁶ Véanse las acciones de inconstitucionalidad 31/2014, 84/2016, 15/2017 y sus acumuladas, 151/2017, 81/2018, 118/2019 y 212/2020.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

4. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

De esta manera, el acuerdo no se sujeta a alguno de los supuestos que enuncia la Ley de Seguridad Nacional; por el contrario, establece una hipótesis adicional a las prescritas. El sistema jurídico mexicano se rige por el principio de legalidad, que consagra el artículo 16 de la Constitución, el cual prescribe que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. De este principio fundamental derivan dos principios subordinados: 1) reserva de ley; y, 2) subordinación jerárquica.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1068/2005, determinó que el principio de reserva de ley –que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad)– prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida.

Lo anterior dio origen a la jurisprudencia 1a./J. 122/2007 de la Primera Sala del alto tribunal, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, septiembre de 2007, página 122, de rubro: *FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN.*

De igual forma, al resolver la controversia constitucional 41/2006, el Pleno del alto tribunal estableció que el principio de reserva de ley evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular, en tanto que el diverso de subordinación jerárquica consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

disposiciones desarrolle, complemento o detalle y en los que encuentre su justificación y medida. Lo expuesto integró la jurisprudencia P./J. 79/2009 consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, agosto de 2009, página 1067, de rubro: *FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES*.

Por otro lado, como se mencionó, el decreto también hace referencia al concepto de interés público y lo concibe en concomitancia al diverso de seguridad nacional. El interés público, de acuerdo con lo que han definido los tribunales de la federación, constituye un concepto indeterminado²⁷, de tal forma que es menester acudir a valores, principios e intereses que resulten compatibles con el fin de los actos administrativos.

Tales imprecisiones de índole normativo y conceptual advierten que la emisión del decreto examinado no respetó principios fundamentales que rigen el sistema jurídico mexicano.

VI. CONSIDERACIÓN FINAL

Expuestos someramente los antecedentes respecto de los cuales el titular del Poder Ejecutivo de la Unión ha desplegado sus facultades competenciales para la emisión de normas generales se desprende la existencia de un elemento concordante: la intervención e instrucción del Poder Legislativo Federal en la producción normativa y del Poder Judicial de la Federación en la aprobación del despliegue de ese acto de autoridad.

Como primer antecedente, si bien el ejecutivo federal no tenía atribuciones para expedir el Código Civil de 1928, lo cierto es que fue dotado de facultades por parte del poder legislativo e, incluso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimo

²⁷ *Cfr.*, la tesis I.4o.A.59 K del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, septiembre de 2005, página 1431, de rubro: *CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD*.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

que era constitucional la transferencia de ciertas facultades de tipo legislativo en determinada materia o ramo al poder ejecutivo.

En segundo orden, con motivo de la Segunda Guerra Mundial, el poder legislativo –a propósito de la suspensión de garantías de 1942– también otorgó facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo Federal para legislar en los distintos ramos de la administración pública, y el alto tribunal determinó que no sólo se le permitió hacer frente a la situación existente, con motivo de la guerra, sino que se hicieron extensivas a las ramas de la administración, las que pudieron ser modificadas por el mismo Ejecutivo, para lograr la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones en el país.

En tercer lugar, con motivo de la extinción de Luz y Fuerza del Centro, aunque existió una norma emanada del Congreso General que instruyó al Poder Ejecutivo Federal para crear a dicha compañía, en realidad, su extinción se realizó a través de un decreto de este poder, aspecto que fue constatado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al considerar que no se requiere mandato legal para que el ejecutivo federal extinga dicho organismo, ya que implicaría limitar las atribuciones otorgadas por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales al Presidente de la República.

Los supuestos enunciados advierten que el Poder Legislativo Federal otorgó facultades al Ejecutivo de la Unión de índole legal y reglamentaria, y en el despliegue de sus actos de autoridad tuvieron asidero constitucional y legal de acuerdo con la interpretación efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Unión.

Dicho de otra forma, el Poder Legislativo Federal siempre tuvo una intervención en el otorgamiento de facultades al ejecutivo federal, de manera que en su actuar, si bien estuvo sujeta a escrutinio judicial, lo cierto es que existieron normas generales, abstractas e impersonales que, en principio, regulaban esos actos de autoridad.

Por el contrario, en el acuerdo presidencial del 22 de noviembre de 2021 no se tiene la intervención del Poder Legislativo Federal para el otorgamiento de las facultades otorgadas al titular del Poder Ejecutivo de la Unión.

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

El ejercicio de la facultad para proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, comprende, la expedición de reglamentos, la emisión de acuerdos y decretos, así como la realización de todos aquellos actos que sean necesarios para ese fin; empero, debe respetar el principio de legalidad que tutela el artículo 16 de la Constitución y, en consecuencia, los diversos de reserva de ley y subordinación jerárquica.

De esta forma, proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de las leyes encuentra sus límites en este principio fundamental; por tanto, todo acto autoritario debe cumplir con esta base.

La génesis del acuerdo mencionado, los preceptos y los motivos que le dan origen no encuentra sustento en la norma constitucional y tampoco legal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Adame López, Ángel Gilberto, “La Génesis del Código Civil de 1928”, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *80 años del Código Civil para el Distrito Federal. Trabajos conmemorativos de la autoría de señores miembros del Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2012.
- Jiménez García, Joel Francisco, “Código Civil para el Distrito Federal de 1928”, en *Revista de Derecho Privado*, IIJ-UNAM, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto de 2003.
- Pelayo Moller, Carlos María, “La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato”, en Esquivel, Gerardo, Ibarra Palafox, Francisco y Salazar Ugarte Pedro (coord.) *Cien ensayos para el centenario, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 2, México, IIJ-UNAM, 2017.
- Acuerdo por el que se instruye a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal a realizar las acciones que se indican, en relación con los proyectos y obras del Gobierno de México considerados de interés público y seguridad nacional, así como prioritarios y estratégicos para el desarrollo nacional:

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5635985&fecha=22/11/2021

Amparo directo en revisión 713/92, interpuesto por Tonatiuh Rodríguez Vega:

<https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/79>

Amparo en revisión 346/2010 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 5 de julio de 2010,

https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/3/2010/2/2_116911_0.doc

Censo de Población y Vivienda 2020 INEGI:
<http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/yuc/poblacion/diversidad.aspx?tema=me&e=31>

Decreto autorizando al Poder Ejecutivo para reformar el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Penal, el Código de Procedimientos Penales, el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código Federal de Procedimientos Penales:

https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=189225&pagina=1&seccion=0

Decreto por el cual se prorroga el plazo concedido para la reforma de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, Penal y de Procedimientos Penales, Federales de Procedimientos Civiles, Penales y de Comercio:

https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4517803&fecha=06/01/1927&cod_diario=192435

Decreto por el cual se prorroga el plazo concedido al Ejecutivo de la Unión para expedir los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, Penal y de Procedimientos Penales, Federal de Procedimientos Civiles y Penales y el de Comercio:

https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4578052&fecha=14/01/1928&cod_diario=196171

Decreto por el cual se crea el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro:

http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4667745&fecha=09/02/1994

Decreto por el que se extingue el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro:

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n237.pdf>

CARRILLO SUÁREZ – PALMA MARTÍNEZ

Decreto por el que se reforma la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica:

http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4838805&fecha=27/12/1989&cod_diario=208245

Decreto que aprueba la suspensión de las garantías individuales consignadas en varios artículos constitucionales:

https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4520929&fecha=02/06/1942&cod_diario=192636

El SME y la extinción de LYFC: algunos aspectos relevantes:

<http://www.economia.unam.mx/publicaciones/econinforma/pdfs/362/11danielzarate.pdf>

Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica:

http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4830116&fecha=22/12/1975&cod_diario=207912

Nota periodística publicada el 11 octubre de 2010 en la Revista Expansión:

<https://expansion.mx/nacional/2010/10/11/luz-y-fuerza-desaparecio-por-motivos-politicos-lider-de-electricistas>

Periódico *El País*, del 23 de noviembre de 2021, columnista:

Francesco Manetto: <https://elpais.com/mexico/2021-11-23/lopez-obrador-defiende-que-el-decreto-que-blinda-las-obras-del-gobierno-busca-evitar-amparos-y-trabas-burocraticas.html>

Periódico Expansión política, de 11 de noviembre del 2018:

<https://politica.expansion.mx/mexico/2018/11/11/el-tren-maya-el-proyecto-de-infraestructura-estrella-del-futuro-gobierno>

Reseña del amparo en revisión 346/2010, *Reseñas argumentativas*, Cronista: Saúl García Corona:

https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2016-11/res-JNSM-346-10_0.pdf

Revista de Derecho Privado, nueva época, año II, núm. 5, mayo-agosto de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM:

<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7120/6399>

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 28 de noviembre del 2007:

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_17_2_esp.pdf

Versión estenográfica de la conferencia de prensa matutina del presidente Andrés Manuel López Obrador, del 23 de noviembre de 2021:

<https://lopezobrador.org.mx/2021/11/23/version-estenografica-de-la-conferencia-de-prensa-matutina-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-643/>

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL EN EL DERECHO: LOS DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

Ariana EXPÓSITO GÁZQUEZ*

Resumen: A los problemas de los Estados para solventar los efectos derivados de la Revolución Internet, se les ha sumado el advenimiento de la Revolución Digital y de las tecnologías que la configuran. Sendas revoluciones están marcando la evolución y desarrollo de la estructura social, a un ritmo exponencialmente elevado y de manera transversal, lo cual está sobrepasando su capacidad para lidiar con las problemáticas en las relaciones que implican estos fenómenos disruptivos. Sin embargo, la sociedad que se está erigiendo necesita de un Derecho específico que resuelva todas las controversias que se están generando, además de configurar derechos que solucionen los conflictos inéditos que están surgiendo: los derechos de cuarta generación.

The problems of States in dealing with the effects of the Internet Revolution have been compounded by the advent of the Digital Revolution and the technologies that shape it. Revolutions are marking the evolution and development of the social structure, at an exponentially high rate and in a transversal way, which is surpassing their ability to deal with the problems in the relationships involved in these disruptive phenomena. However, the society that is being built needs a specific law that resolves all the controversies that are being generated, in addition to configuring rights that solve the unpublished conflicts that are emerging: the rights of the fourth generation.

Palabras clave: Revolución internet, revolución digital, nuevas tecnologías, derecho digital, derechos digitales.

Keywords: Internet revolution, digital revolution, new technologies, digital law, digital rights.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Almería. Miembro del Grupo de Investigación "Ciencia y Derecho Público en el S. XXI". La línea de investigación actual está centrada en el análisis jurídico de las nuevas tecnologías y su aplicación e incorporación dentro del Derecho Administrativo.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Las revoluciones antecedentes y sus efectos en el Derecho. III. La Revolución Digital. IV. La adecuación del Derecho a la realidad digital. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Del análisis de nuestra historia se puede aseverar que, a medida que se producen descubrimientos científicos e innovaciones en el modelo productivo de gran trascendencia, el Derecho cambia para adaptarse a las necesidades que instan los ciudadanos. El ejemplo paradigmático de esta realidad son los efectos que las distintas revoluciones industriales han provocado en la organización social, los cuales terminan proyectándose en modificaciones vertebrales del ordenamiento jurídico. En la actualidad, el avance de las nuevas tecnologías enmarcadas en la Revolución Digital y los efectos que están provocando sobre las relaciones, permiten afirmar el inicio de un período disruptivo que necesita de un Derecho adecuado en relación con los bienes jurídicos que pueden ser objeto de lesión. En este sentido, este trabajo nace con el objetivo de analizar los previsibles efectos de la Revolución Digital, y la influencia que tendrá sobre el Derecho, especialmente en la concreción y reconfiguración de los derechos de los ciudadanos.

II. LAS REVOLUCIONES ANTECEDENTES Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO

Los avances científico-técnicos que promueven el inicio de la I Revolución Industrial a partir del S. XVIII, son el descubrimiento de nuevos materiales como el carbón y el acero, la implantación del ferrocarril, la invención del motor de vapor, y con él su uso en la mecanización de los procesos de producción¹. Los efectos de esta Revolución instauran un orden socioeconómico inédito que obliga a reconocer un conjunto de derechos individuales o de primera generación. Asimismo, a medida que avanzaba el desarrollo de la I Revolución Industrial

¹ *Vide* Gorrel y Guilera, 2019: 21 y ss.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

se puso de manifiesto el conflicto existente entre el pauperismo y la degradación de las condiciones de vida de los ciudadanos, a consecuencia de la implantación extrema de los principios liberales económicos. De tal manera que el envilecimiento de las condiciones sociales, como consecuencia de la revolución científico técnica, lleva a replantear el orden social instaurado, hasta el punto de que, por primera vez, la idea de lo social comienza a desplegarse del contenido económico². En este sentido, estas condiciones deplorables del proletariado provocan que se enfrenten a dos realidades distintas: por un lado, contra las máquinas, a las que culpabilizaban de sus condiciones laborales y la pérdida de puestos de trabajo, como consecuencia del paro tecnológico; y, por otro lado, contra el poder político, por la prohibición de organización de los trabajadores, así como también, por su inmovilismo ante la cuestión social y de redistribución de la riqueza.

En el caso de la II Revolución Industrial, esta se sitúa entre finales del S. XIX y principios del S. XX con el inicio de la I Guerra Mundial, y cuyos principales factores que influyeron en su desarrollo fueron la introducción del gas y los materiales derivados del petróleo como combustible, y la incorporación de tres nuevos sectores industriales: el químico, el metalúrgico y el eléctrico³. Además, la producción se concentró en lugares determinados que posibilitan la producción en masa y la división del trabajo, lo que facilitaba la implantación de los sistemas de fabricación en cadena⁴. A partir de la Gran Guerra, tras la debacle económica y social, comienzan a desarrollarse en Europa las primeras políticas de protección social “sui generis”. De tal manera que, los Estados empezaron a tratar el problema de la pobreza extrema como uno de los males que amenazaba la estabilidad de los gobiernos, especialmente tras la revolución de la primera de los pueblos⁵. Así, de forma progresiva, a través del uso de la regulación normativa, mediante el uso de políticas de planificación y movilización de los recursos⁶, y el desarrollo de

² *Vide* Castel, 1995: 19-20.

³ *Vide* Gorrel y Guilera, 2019: 23 y ss.

⁴ *Vide* Schwab, 2016: 13.

⁵ *Vide* Hobsbawm, 1989: 19.

⁶ *Vide* Fernández, 2002: 56-60.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

servicios públicos, los Estados comienzan a intervenir en la reglamentación de las necesidades que la población experimenta. Sin embargo, durante el período de entreguerras, la insuficiencia financiera provoca el acrecentamiento de los problemas relacionados con el pauperismo; situación que empeora una vez que se desata la contienda.

En efecto, una vez que finaliza técnicamente la II Guerra Mundial, con la firma del Tratado de París en 1945, la necesidad de intervención en la cuestión social de los Estados es urgente y evidente. Asimismo, tras el conflicto bélico se instaura de forma definitiva el pacto social, a través del cual los trabajadores asumen su posición de “clase obrera”, a cambio de la consecución de una serie de derechos denominados sociales que garantizan un mínimo vital en sus relaciones. En consecuencia, a partir de este momento, el Estado intervencionista se convierte en la fórmula de organización de las relaciones sociales, intensificando su función ordenadora de las relaciones, como proveedor de bienes y servicios, e incorporando una lista ascendente de actividades que habían sido llevadas a cabo, históricamente, por el sector privado⁷. Esta tendencia intervencionista responde al propósito de lograr la integración social que exige el desarrollo económico para corregir los fallos de un mercado ineficiente que no distribuye las rentas de manera equitativa, a través de un sistema de aportación o de cuotas al Estado⁸.

De este modo, comienza un proceso internacional de formalización de los derechos sociales⁹ en distintos textos vinculantes, hasta llegar a su máximo grado de reconocimiento a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰.

⁷ Vide Souvirón, 1998: 27.

⁸ Vide Barea y Gómez Ciria, 1994: 23 y ss.

⁹ Vide Mazziotti, 1964: 804: «el conjunto de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades; mientras que, desde el punto de vista subjetivo, podrían entenderse como las facultades de normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos».

¹⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En adelante se usará el término DUDH para referirse a esta declaración.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

No obstante, acompañado de este reconocimiento supraestatal, se produce una incorporación paulatina de estos derechos en los ordenamientos jurídicos de los Estados, los cuales adaptaron los límites y las garantías necesarias para su ejercicio atendiendo a sus posibilidades de actuación y recursos. En efecto, con el paso del tiempo, los derechos sociales han ido evolucionando de sus primigenias concreciones, ampliando y mejorando el catálogo de prestaciones y servicios que los Estados brindan a los ciudadanos¹¹.

En el caso de la III Revolución Industrial, esta se produce en el último cuarto del S. XX y se caracteriza por las innovaciones en microelectrónica y el avance de las tecnologías de la información y la comunicación; la aparición de nuevos instrumentos de comunicación como la radio o la televisión; el incremento de fuentes de energía renovables y, además, va acompañada de un aumento de la conciencia por la sostenibilidad de los recursos y la protección medioambiental. No obstante, esta revolución se conoce también por la llegada del ordenador personal, el inicio de la digitalización de la información y la aparición de internet¹². En esta tercera revolución es en la que se encuentran inmersos la mayor parte de los Estados, algunos incluso intentando superar la ruptura con la segunda¹³.

Esta revolución, junto con la implantación del neoliberalismo económico, provoca lo que se ha denominado como fenómeno de la globalización¹⁴. La globalización supone la intensificación de las relaciones, al mismo tiempo que de las interacciones sociales en todo el mundo, lo que provoca que acontecimientos distantes en el espacio-tiempo produzcan efectos impactantes en cualquier parte del mundo. Esta nueva situación implica una reconstrucción de las relaciones sociales, desde distintas

¹¹ *Vide* Pérez, 1950: 86 y ss.

¹² *Vide* Gorrel y Guilera, 2019: 26 y ss.

¹³ *Vide* Schwab, 2016: 13: «La segunda revolución Industrial todavía debe ser plenamente experimentada por el 17% de la población mundial, pues casi 1.300 millones de personas carecen de acceso a la electricidad. Esto también es válido para la tercera revolución industrial, con más de la mitad de la población mundial, 4.000 millones de personas, la mayoría en el mundo en desarrollo, sin acceso a Internet».

¹⁴ *Vide* Held y otros, 1999: 2-4.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

perspectivas que van desde la esfera económica hasta la seguridad de los propios países. De tal manera que los cambios económicos, las transformaciones sociales y los modos de interrelación, no pueden ser analizados de forma aislada, sino que forman parte de un todo global, y no son nada los unos sin los otros. Esta realidad lleva a distintos autores a afirmar que todos estos fenómenos provocaron la configuración de una nueva estructura social¹⁵: la sociedad de la información.

A tal efecto, Internet se ha convertido en el elemento transversal que ha transformado nuestra realidad, y en el eje vertebrador de las relaciones. Sin embargo, por el mero hecho de cambiar de medio, las relaciones humanas no están exentas de generar complicaciones y, por tanto, están necesitadas del Derecho para resolver estos conflictos¹⁶. Asimismo, aunque Internet nace libre y con una estructura anárquica, a la que no le resultan aplicables limitaciones geográficas, los Gobiernos de todo el mundo se lanzaron a intentar controlar el ciberespacio, como una nueva isla que conquistar. En la actualidad las características de la red de redes han promovido la configuración de un modelo multiholder *multistakeholder*: este modelo se basa en la cooperación de distintos grupos de interés como el sector privado, la sociedad civil, los gobiernos, las academias y la comunidad técnica para encontrar soluciones a los problemas u objetivos comunes de la sociedad global¹⁷.

De este modo, Internet ha experimentado paulatinamente, pero de forma intensa, diversidad de regulaciones jurídicas en determinados aspectos de su configuración, hasta el punto de que, para algunos autores, esto implica el nacimiento de una nueva rama del Derecho: el Derecho de Internet¹⁸. El Derecho de Internet recoge todas las capas o estructuras que implica Internet, es decir, tanto el estrato físico de las redes de las telecomunicaciones, el logístico o de los principios de configuración del sistema, los servicios que se prestan a través de la red, y la regulación y el control de la actividad que se realiza. En consecuencia, el Derecho de Internet se presenta con

¹⁵ Vide Castells, 1998: 388 y ss.

¹⁶ Vide Rodotà, 2005: 5 y ss.

¹⁷ Vide Frías, Pérez y Steck, 2018: 543-535.

¹⁸ Vide Barrio, 2017: 135.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

una naturaleza heterogénea público-privada, donde confluyen el Derecho de las Telecomunicaciones, el Derecho de la Informática, el Derecho Público regulatorio del mercado, el Derecho del Ciberespacio y los derechos digitales.

No obstante, pese a que la mayor parte de los Estados están aún intentando, a través de la actividad normativa, garantizar la preservación de las libertades y los derechos de los ciudadanos en la red, se vislumbra la instauración de una nueva etapa evolutiva: la IV Revolución Industrial o Revolución Digital. El padre de esta revolución, Klaus Schwab, defiende la llegada de este período refrendado por tres características principalmente: la velocidad con la que se están produciendo las transformaciones; la amplitud y la profundidad de la misma, en tanto que promueve la combinación de distintas tecnologías que, a la vez, están modificando la economía, las empresas y la sociedad en su conjunto; y el impacto que está proyectando en las sociedades, con la complejidad inherente de los sistemas constituidos que engloban tanto los países, las empresas, el sistema industrial, como la sociedad civil en su conjunto¹⁹.

III. LA REVOLUCIÓN DIGITAL

1. *Concepto, caracteres y vectores*

La IV Revolución Industrial, o Revolución Digital, tiene su origen a partir de la primera década del S. XXI. Si bien, durante el CeBIT de Hannover en 2011, se utiliza por primera vez el término industria 4.0²⁰, pero con la intención de utilizarlo como una técnica de marketing para la promoción de las fábricas inteligentes. Será más tarde, en el año 2014, cuando los profesores Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee afirmaron que estábamos presenciando un nuevo período de la humanidad caracterizado por el protagonismo de las máquinas en las relaciones²¹.

¹⁹ *Vide* Schwab, 2016: 9.

²⁰ *Vide* Schwab, 2016: 13.

²¹ *Vide* Brynjolfsson y McAfee, 2014: 35: «el mundo está en un punto de inflexión en que el efecto de estas tecnologías digitales se manifestará con toda su fuerza a través de la automatización y la creación de cosas sin precedentes»

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

El breve período de gestación de esta Revolución, junto con el carácter coetáneo con nuestra época, es la principal causa por la que en la doctrina solo exista conformidad para referirse a la primera vez que se hace referencia al inicio de este período, y quien es el padre legal de su creación. El resto de las características y de los elementos que la configuran, así como también, sobre las consecuencias que tendrá sobre el conjunto de la sociedad, especialmente, desde el punto de vista legal, no existe consenso. En efecto, describir en este momento los efectos que se prevén de la Revolución Digital, la cual se encuentra en un período de gestación, sería similar a reducir los efectos de la I Revolución Industrial en el descubrimiento de la máquina a vapor, sin tener en consideración su influencia en el resto de cambios sociales.

Sin embargo, si nos servimos del análisis del proceso general de los distintos períodos de ruptura sociales, se puede realizar un análisis predictivo del proceso que esta seguirá. Primero, se altera el sistema de producción, a través de la innovación tecnológica, lo cual tiene efectos sobre la configuración del mercado laboral y después sobre las relaciones personales. De tal manera que, a consecuencia de los problemas que estas modificaciones generan en las relaciones, el Estado se ve obligado a intervenir, reconfigurando el ordenamiento jurídico, creando derechos y generando obligaciones a los distintos actores. No obstante, se prevé que esta Revolución tendrá unos efectos de mayor magnitud sobre el conjunto de la humanidad que sus antecesoras. El argumento principal de esta hipótesis es que en las distintas revoluciones siempre ha predominado un elemento, o bien el uso de nuevas fuentes de energía, o bien, el avance del conocimiento o la información disponible, pero en esta ambos son coprotagonistas. Sin embargo, tanto el avance y la rapidez con la que extiendan sus efectos, y su consolidación, dependen principalmente de dos cuestiones: el liderazgo del proyecto y la necesidad de un diálogo abierto frente a los cambios²².

Las tendencias actuales de desarrollo sugieren que la Revolución Digital tiene tres vectores que permiten diferenciar entre las innovaciones materiales, digitales y biológicas. Cada

²² *Vide* Schwab, 2016: 14.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

una de ellas representa una vertiente aislada de desarrollo pero que, a su vez, se sirve de los otros vectores para expandir y aumentar su potencial.

En primer lugar, dentro de las innovaciones tangibles o materiales estarían, por ejemplo, el descubrimiento de nuevos materiales como inteligentes, biomateriales, y nanomateriales²³; las impresoras 3D²⁴, que se presentan como la alternativa a los procesos de fabricación en serie, al mismo tiempo que, permite la personalización de los productos, atendiendo al diseño instado en cada montaje; o los drones²⁵.

En segundo lugar, las innovaciones digitales que tendrían su base en la extensión generalizada de Internet a través la creación del mundo digital o virtual, y se correspondería con el Internet de las Cosas, la inteligencia artificial, la robótica avanzada y la computación cuántica.

Y, finalmente, el último grupo que se refería a los avances en el desarrollo de las ciencias biológicas, en el cual se pueden introducir todas las innovaciones relacionadas con la salud y el ser humano como, por ejemplo, la biotecnología, la epigenética, la secuenciación genética, neurobiología, o los ciborgs.

2. Las tecnologías de la IV Revolución Industrial y los cambios en los modelos de negocio

En la actualidad, las empresas de mayor capitalización mundial son Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft y Facebook, las cuales, además agrupan cerca del 80% de su mercado de negocio. Esto permite afirmar que las empresas más importantes están dedicadas al sector tecnológico y a la prestación de

²³ Vide Gorrel y Guilera, 2019: 113-115.

²⁴ Vide COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, Dictamen 2015/C 332/05, de 8 de octubre, sobre “Vivir mañana. La impresión 3D: una herramienta para reforzar la economía europea”, Bruselas, p. 2: «se caracterizan por utilizar el proceso de unir materiales para fabricar objetos con datos de modelos 3D normalmente superponiendo capas, a diferencia de los denominados métodos de fábrica sustractivos»

²⁵ Vide Barrio, 2018: 31: «aviones pilotados a distancia que pueden albergar componentes auxiliares como cámaras, sensores e incluso armamento. Todas las operaciones de vuelo, incluyendo el despegue y el aterrizaje, se realizan sin un piloto humano a bordo».

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

servicios relacionados con la sociedad de la información²⁶. De tal manera que los datos (la mercancía del S. XXI²⁷) se han convertido en la materia prima que permite el crecimiento económico de las empresas y la creación de nuevos modelos de empresa. En este sentido, las innovaciones tecnológicas están gestando un nuevo modelo económico basado en el manejo de vastas cantidades de información (comúnmente conocido como Big Data²⁸) que se acumulan en bases de datos para ser analizadas. Asimismo, la actividad principal de estas empresas es utilizar el procedimiento de agregación y sistematización de datos para configurar perfiles específicos²⁹ que permiten analizar y, después, asegurar los productos o servicios que más le pueden interesar al usuario.

Este modelo de negocio se ha aprovechado de la fragmentación normativa y la débil protección de los datos en el ciberespacio, así como también las cláusulas del consentimiento general de tratamiento de la información, para expandirse y acaparar la totalidad del mercado. Sin embargo, lo más preocupante es que está modificando los límites del derecho a la privacidad, la intimidad e inclusive la propia imagen³⁰, que ya no representan aquello que el legislador pretendía conservar y proteger.³¹

Además, están surgiendo otros modelos de empresa que afectan a los negocios convencionales, tales como la economía colaborativa³²; la *gig economy*, entre las que se distingue el *crowdwork* (trabajo colaborativo online) y el trabajo demanda vía aplicaciones móviles; o el Fintech³³. Junto a lo anterior destaca

²⁶ Vide Hernández Rodríguez, 2018: 35.

²⁷ Vide Moreno, 2017: 9.

²⁸ Vide Puyol, 2015: 79: «conjunto de tecnologías y procesos que están permitiendo capturar y almacenar cantidades masivas de datos de diversos orígenes y tipologías».

²⁹ Vide Sancho, 2019: 2.

³⁰ Vide Bernasek y Mongan, 2017: 55.

³¹ Vide Hernández Corchete, 2018: 282: «la privacidad es un valor que no interesa al sujeto titular de los datos, como lo acreditaría la facilidad con la que consienten que sus datos sean recogidos, tratados y cedidos en los términos que se anuncian en el aviso de privacidad».

³² Vide Almenar y Maldonado, 2020: 20.

³³ Vide FUNCAS y KPMG, «Informe del Observatorio de la digitalización financiera: Fintech, innovación al servicio del cliente», FUNCAS, Madrid, 2017, p.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

el aumento de la automatización de los procesos y la robotización de la actividad productiva³⁴, y con este un proceso de relevo generacional entre humanos y robots no será una cuestión pacífica.

IV. LA ADECUACIÓN DEL DERECHO A LA REALIDAD DIGITAL

La consolidación del Derecho de Internet, y con este de los servicios y prestaciones a través del ciberespacio, ha provocado que los Estados adapten sus ordenamientos jurídicos para preservar los derechos y las libertades de los ciudadanos, pero también los principios y valores de organización por los que estos se rigen. Este proceso ha dado lugar a lo que la doctrina conoce como una nueva rama del ordenamiento: el Derecho Digital³⁵. Sin embargo, en lo que atiende al ámbito material del Derecho Digital, aunque originariamente esté vinculado a la expansión de Internet, este también está regulando los efectos que comienzan a proyectarse relacionados con la Revolución Digital.

De tal manera que el Derecho Digital puede definirse como una rama del ordenamiento jurídico compleja y dispar, en tanto que engloba distintas materias con naturaleza jurídica y caracteres diversos, como puede ser el Derecho de Internet, pero también sobre la problemática derivada del tratamiento de esa información y su utilización en las tecnologías propias de la Revolución Digital, como puede ser el IoT o la inteligencia artificial. Además, a pesar su reciente creación, la doctrina se atreve a distinguir algunos de los caracteres que definen esta rama del conocimiento, tales como la multidisciplinariedad; su extensión a universal a todos los sectores de la sociedad; la utilización del procesamiento y análisis de datos; la interconexión entre humanos y máquinas; y el carácter neutral que sirve de base de las relaciones que se crean³⁶.

3: «las actividades financieras que recurren a las nuevas tecnologías para mejorar la eficiencia en los servicios financieros».

³⁴ Vide OCDE, *Informe sobre los progresos de digitalización*, París, 29 de enero de 2019.

³⁵ Vide Barrio, 2020:36.; Rodotà, 2005: 5; García, 2009: 12.

³⁶ Vide Barrio, 2020:32 y ss.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

Asimismo, junto a la adecuación del ordenamiento de forma general, también se están promoviendo la concreción de un conjunto de potestades conforme a las necesidades de los ciudadanos, permitiendo distinguir una nueva generación de derechos humanos: los derechos digitales³⁷. Estos derechos pueden definirse como un conjunto de facultades de los individuos, fruto exclusivo de la evolución tecnológica, con la finalidad de preservar los intereses, las libertades y otros derechos consolidados frente a las transgresiones y modificaciones que pueda provocar la implantación de las nuevas tecnologías. Por otro lado, en lo que se refiere a la categorización y las características de estos derechos, de igual modo que la Revolución Digital, se encuentran aún en un estadio inicial de desarrollo, de manera que solo se pueden hacer análisis en relación con los vectores que ya se vislumbran. En este sentido, a modo de acercamiento a su contenido, se podrían distinguir cuatro grandes categorías.

En primer lugar, del derecho de acceso a Internet. La red de redes se ha convertido en la herramienta transversal que permite la concreción de un complejo entramado de sistema que posibilita las relaciones de los individuos³⁸, y a partir de la cual se ha posibilitado el avance de las tecnologías propias de la Revolución Digital. Por ello, el punto de partida de este análisis, es reconocer el derecho de acceso a Internet como propio de la dignidad humana³⁹. No obstante, en la actualidad este derecho no cuenta con un reconocimiento internacional reflejado en un texto normativo vinculante, aunque si hay determinados Estados, como México⁴⁰ o Perú⁴¹, que si lo han incorporado a sus Constituciones.

³⁷ Vide Bustamante, 2001:2.

³⁸ Vide Villarino, 2017: 51.

³⁹ Vide Cotino, 2015: 59.

⁴⁰ Vide CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917, artículo 6: «El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios».

⁴¹ Vide CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, 1993, artículo 14 a): «El Estado reconoce el derecho de toda persona de acceder a internet en forma progresiva y universal, el Estado garantiza y promueve el acceso a internet y a la formación

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

Sin embargo, tan importante como el reconocimiento legal del derecho, es también el establecimiento de garantías necesarias que permitan aseverar las adecuadas facultades que otorgan a su titular, lo que, de contrario, implica la prestación de determinados servicios por parte de los Estados como puede ser de: facilitar el desarrollo de las redes de conexión, y garantizando una calidad, velocidad y precio del servicio, para que sea accesible a todas las personas con independencia de sus condiciones socioeconómicas⁴²; ayudar a que todas las personas dispongan de electos TIC que posibiliten la conexión a Internet; y formar y capacitar a todas las personas para su correcta utilización.

Junto a la vertiente positiva del Derecho de Internet, se encuentra la perspectiva negativa: el derecho a no utilizar Internet. La vertiente negativa de este derecho genera una obligación directa para los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos. En este sentido, estos deberán disponer de los medios necesarios para que, aquellos que no deseen utilizar Internet o no cuenten con los medios necesarios, dispongan de los canales tradicionales para posibilitar sus relaciones con el Estado.

Por otro lado, en lo que se refiere a los derechos vinculados a la navegación por Internet, debe respetarse el principio de neutralidad (tanto por los prestadores de servicios de la sociedad de la información⁴³, como del propio Estado⁴⁴). De este modo, las limitaciones a la circulación de los datos deben estar lo suficientemente motivadas conforme a Derecho⁴⁵ y respetar los valores y principios del ordenamiento jurídico, especialmente,

en las tecnologías de la información y la comunicación en el marco de la inclusión social, priorizando su cobertura en las zonas rurales y de frontera. Elimina el sector rural, como facilitador de otros derechos fundamentales».

⁴² Vide Santofimio, 2020:8.

⁴³ Vide Rebollo y Delgado, 2019: 19 y ss.

⁴⁴ Vide García, 2018: 397 y ss.

⁴⁵ Vide STEDH, de 18 de diciembre de 2012, asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, apartado 64: *«es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder (...) la revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses».*

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

aquellos en los que se funda la democracia (libertad, igualdad, y pluralismo político)⁴⁶.

Asimismo, directamente vinculado a este derecho se encuentra la necesidad de establecer medidas de seguridad suficientes frente a los riesgos y amenazas que implica el ciberespacio, de tal manera que el derecho a la ciberseguridad se ha convertido en un elemento transversal para garantizar los principios y valores del ordenamiento, la seguridad nacional y pública, y los derechos reconocidos de los ciudadanos⁴⁷.

Y, de igual manera sucede, con el derecho a participar en los asuntos públicos a través de los medios digitales⁴⁸, puesto que se convierte en una oportunidad óptima para reforzar los sistemas democráticos, en tanto en cuanto, posibilita la comunicación bidireccional entre los ciudadanos y los poderes del Estado⁴⁹.

En segundo lugar, los derechos relativos a la protección de datos. En efecto, tal y como ha sido expuesto, los datos se han convertido en la nueva materia prima de crecimiento económico⁵⁰, especialmente los personales. Por ello, el ordenamiento jurídico debe prever los mecanismos necesarios para preservar la intimidad del individuo, de tal manera que, para el tratamiento de esta información se parta siempre del consentimiento informado⁵¹ que, además, deberá ser expreso y revocable⁵².

Por otro lado, en términos de protección de datos, es importante que la identidad del individuo sea preservada en las relaciones virtuales, o lo que es lo mismo teniendo derecho a garantizar el anonimato o pseudoanonimato⁵³, de tal manera que, no se puede individualizar a la persona a través del tratamiento de sus datos, siempre y cuando se respeten los derechos individuales de terceros (especialmente, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen). Asimismo, derivado de

⁴⁶ *Vide* Cotino, 2020: 6.

⁴⁷ *Vide* Tasa, 2019:2; Rey, 2018: 205.

⁴⁸ *Vide* Gamero, 2018: 236.

⁴⁹ *Vide* Dahlberg, 2007: 47 y ss.

⁵⁰ *Vide* Moreno, 2017: 9.

⁵¹ *Vide* Díaz La Fuente, 2019: 295.

⁵² *Vide* Vilasau, 2019: 210.

⁵³ *Vide* Piñar, 2018: 99 y ss.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

este Derecho se encuentra la facultad de no ser vigilado o controlado en el ciberespacio, o a través de la geolocalización, pero de igual manera, siempre que se respetan los límites aplicables en los Estados de Derecho.

Junto a este derecho se encuentra el libre desarrollo de la personalidad, vinculado a la limitación de la influencia y manipulación que pueden ejercer sobre los ciudadanos aquellos que controlen los perfiles digitales del individuo, y especialmente, cuando utilización algoritmos de dirección conductual. Además, vinculado a ese libre desarrollo de la personalidad, se encontraría el derecho al olvido digital, es decir, la potestad para defender el interés legítimo de que aquellos datos concernientes a la identidad y privacidad del individuo no aparezcan de forma indefinida en el ciberespacio, afectando a su honorabilidad⁵⁴. Mientras que, desde la perspectiva contraria a este último derecho, se encontraría el derecho al recuerdo digital, o al testamento de la vida digital del individuo⁵⁵.

En tercer lugar, derivados del desarrollo de la inteligencia artificial y la robótica. Dentro de estos derechos se distinguen distintas categorías.

En un primer punto, aquellos derechos relacionados con el acceso a la utilización de estas tecnologías, garantizando la facilitación y disposición de estas a los ciudadanos con independencia de su condición socioeconómica⁵⁶.

En un segundo punto, el derecho a no ser objeto de actuaciones automatizadas, de tal manera que se conozcan aquellas decisiones cuya motivación sea sustancialmente promovida por la inteligencia artificial, garantizando el derecho de acceso a la información que la motivó⁵⁷. Este derecho, de contrario, supone garantizar desde las instituciones el derecho al tratamiento por un ser humano⁵⁸. Y, de igual manera, en el caso de que los humanos lleguen a convivir con una sociedad altamente robotizada, se deberán establecer mecanismos necesarios que preservar la dignidad humana. De tal manera

⁵⁴ *Vide* Córdoba y Díez-Picazo, 2016: 110.

⁵⁵ *Vide* Ponce, 2019: 442.

⁵⁶ *Vide* Barrio, 2018b: 125.

⁵⁷ *Vide* Huergo, 2020: 26.

⁵⁸ *Vide* Ponce, 2019:32.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

que los poderes del Estado deben preservar que las actuaciones promovidas por sistemas inteligentes no atenten contra la dignidad humana, a través de un marco ético de referencia⁵⁹.

En un tercer punto, se distinguirían los derechos relacionados con el funcionamiento de estas tecnologías, en cuyo caso habría que garantizar: la utilización de los datos más puros posibles, sin ser sesgados, o minados previamente, y además, estableciendo los mecanismos necesarios para que no sean manipulados; el empleo de los datos que sean estrictamente necesarios, especialmente en los relativos a la intimidad y privacidad del individuo⁶⁰; el establecimiento y concreción del principio de transparencia algorítmica⁶¹, de manera que las decisiones de la máquina sean fiscalizables⁶²; además de la instauración de las medidas de ciberseguridad necesarias para preservar su correcto funcionamiento.

Y, en cuarto punto, en relación con las actuaciones realizadas por estas innovaciones tecnológicas, reconociendo un derecho a la responsabilidad de los daños causados. Esta cuestión no es baladí, más aún si se acaba reconociendo una personalidad jurídica propia para estas tecnologías, en tanto que habrá que determinar quiénes el responsable de los daños provocados en sus actuaciones⁶³.

En cuarto lugar, aquellos derechos basados en el avance de las ciencias biológicas. En este campo, destacan especialmente los avances en secuenciación genética y la construcción de estructuras biológicas con las técnicas de ingeniería genética, y las investigaciones sobre el mapeo de la red neuronal cerebral, y los neuroderechos⁶⁴. Estas investigaciones se convierten en trascendentales para entender mejor el funcionamiento del cuerpo humano, pero también pueden ser utilizadas para configurar nuevas destrezas, o ampliar las existentes.

El punto de partida de la regulación de este sector, siempre y cuando se trate de mejorar la salud y la vida de las personas, es garantizando el acceso universal a las mismas. En efecto, no

⁵⁹ *Vide* De La Sierra, 2021: 1.

⁶⁰ *Vide* Mayer-Schönberger y Cukier, 2013: 4 y ss.

⁶¹ *Vide* Cerrillo, 2020: 95 y ss.

⁶² *Vide* Vida, 2018: 215 y ss.

⁶³ *Vide* García-Prieto, 2018: 57.

⁶⁴ *Vide* Yuste y otros, 2017: 1 y ss.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

existirá otro elemento más contundente que clasifique a los seres humanos como el no padecimiento de determinadas enfermedades y, en consecuencia, el aumento de la longevidad y disfrute de una mayor calidad de vida general⁶⁵. La brecha entre las jerarquías sociales aumentará como no ha ocurrido antes, distinguiendo prácticamente entre “semidioses” y humanos. Por tanto, el Estado deberá prever que, en un futuro, todas las personas puedan someterse a este tipo de intervenciones que, en mayor o menor medida, preservan su derecho a la vida y la protección de la salud.

No obstante, esto obliga a garantizar el derecho a los ciudadanos a decidir sobre la incorporación en sus organismos de sistemas basados en compuestos artificiales, y de igual manera, sobre sistemas u organismos modificados genéticamente, siempre desde la perspectiva de evitar el padecimiento de enfermedades y de la protección de la salud; o el derecho a decidir sobre la intervención a una modificación genética o la implantación de robots en su organismo⁶⁶, pero esta vez fuera de las consideraciones médicas. Y, finalmente, habría que establecer un derecho que garantice que del uso de estas tecnologías existirá un responsable que, en el caso de producir daños, resarza a los afectados.

V. BIBLIOGRAFÍA

Almenar I Llongo, Vicent y Maldonado Devis, Mónica, “Economía y consumo colaborativo”, en M-Lmain Ahmed, Mustapha, *Economía colaborativa y bancos de tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Barea Tejerio, José y Gómez Ciria, Antonio, *El problema de la eficiencia del sector público en España. especial consideración de la sanidad*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos. 1994.

Barrio Andrés, Moisés, *Fundamentos del derecho de internet*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

⁶⁵ Vide Pérez, 2019: 141 y ss.

⁶⁶ Vide Bellver, 2016: 234 y ss.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

- Barrio Andrés, Moisés, “Drones. Concepto, clases e historia. Usos actuales. El derecho de los drones”, en Barrio Andrés, Moisés, *Derecho de los drones*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- Barrio Andrés, Moisés, *Manual de derecho digital*, Valencia, Tirant lo blanch, 2020.
- Bellver Capella, Vicente, *La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta*, Cuadernos de bioética, XXVII, 2016.
- Bernasek, Anna y Mongan, D.T. “¿Tienen los nuevos monopolios gigantes (Amazon, Google, Facebook...) el poder de transformar economías globales?”, *Vanguardia Dossier*, núm. 63, 2017.
- Brynjolfsson, Erik y McAfee, Andrew, *The second machine age. Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*, New York. W. W. Norton & Company, 2014.
- Bustamante Donás, Javier, “Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Información*, núm 1, 2021.
- Castells Oliván, Manuel, *Fin del milenio*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Castels, Robert, *La metamorfosis de la cuestión social*, París, Paidós, 1995.
- Cerrillo I. Martínez, Agustí, “La inteligencia artificial y el control de sus posibles sesgos”, en Villoria Mendieta, Manuel, (Coord.), *Ética pública en el S. XXI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2021.
- Córdoba Castroverde, Diego y Díez-Picazo Giménez, Ignacio, “Reflexiones sobre los retos a la protección de la privacidad en un entorno tecnológicos”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El derecho a la privacidad en un entorno tecnológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- Cotino Hueso, Lorenzo, “Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet y las garantías a partir de la redefinición de las clases libertades informativas”, en Cotino Hueso, Lorenzo, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

- Cotino Hueso, Lorenzo, “La (in)constitucionalidad de la “intervención”, “mordaza”, o “apagón” de las telecomunicaciones e Internet por el Gobierno en virtud del Real Decreto-Ley 14/2019”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020.
- Dahlberg, Linconln, “The Internet, deliberative democracy and power: radicalizing the public sphere”, *International Journal of Media & Cultural Politics*, núm. 31, 2007.
- De La Sierra, Susana, “Control judicial de los algoritmos: robots. Administración y Estado de Derecho”, *Revista De La Jurisprudencia*, núm. 17, 2021.
- Díaz Lafuente, José, “Los desafíos de la sociedad global digitalizada y la protección de datos personales. Análisis de la elaboración de perfiles en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea”, en García Mahamut, Rosario y Tomás Mallén, Beatriz, *El Reglamento General de Protección de Datos: Un enfoque nacional y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- Fernández Steinko, Armando, *Experiencias participativas en economía y empresa. Tres ciclos para domesticar un Siglo*, Madrid, S.XXI Editores, 2002.
- Frías Barroso, Zoraida, Pérez Martínez, Jorge, Steck, Christoph, “Gobernanza de Internet y derechos digitales”, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás y Piñar Mañas, José Luis, *Sociedad digital y derecho*, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- Gamero Casado, Eduardo, “El derecho digital a participar en los asuntos públicos: redes sociales y otros canales de expresión”, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás y Piñar Mañas, José Luis (Coord.), *Sociedad digital y derecho*, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- García Mexía, Pablo, *Derecho europeo de internet*, A Coruña. Netbiblo, 2009.
- García Mexía, Pablo. El derecho de acceso a Internet, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Coord.), *SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO*. Madrid. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. 2018.

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

- García-Prieto Cuesta, Juan. ¿Qué es un robot?, en Barrios Andrés, Moisés (Coord.) DERECHO DE LOS ROBOTS. Madrid. Wolters Kluwer. 2018.
- Gorrel Gum, Antonio y Guilera Agüera, Lloreng. Las sucesivas revoluciones industriales en Gorrel Gum, Antonio y Guilera Agüera, Lloreng (Coord.). LA INDUSTRIA 4.0. EN LA SOCIEDAD DIGITAL, Barcelona. ICG Marge S.L., 2019.
- Held, David y otros, GLOBAL TRANSFORMATION: POLITICS, ECONOMICS AND CULTURE. Cambridge. Polity Press. 1999.
- Hernández Corchete, Juan Antonio. Expectativas de privacidad, tutela de la intimidad y protección de datos en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás y Piñar Mañas, José Luis (Coord.). SOCIEDAD DIGITAL Y DERECHO. Madrid. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. 2018.
- Hernández Rodríguez, Francisco. Competencia y monopolios digitales en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana (Coord.). 4ª REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA DIGITAL. Navarra. Aranzadi. 2018.
- Hobsbawm, Eric John. LA ERA DEL CAPITALISMO DE 1848-1875. Barcelona. Editorial Labor S.A.1989.
- Huergo Lora, Alejandro. Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho Administrativo en Huergo Lora, Alejandro, y Díaz González, Gustavo (Coord.). LA REGULACIÓN DE LOS ALGORITMOS. Cizur Menor. Aranzadi. 2020.
- Mayer-Schönberger, Víctor, y Cukier, Kenneth. BIG DATA. LA REVOLUCIÓN DE LOS DATOS MASIVOS. Madrid. Turner Publicaciones. 2013.
- Mazziotti, Manlio. Diritti sociali en ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO, vol. XII. Milano. Giuffrè. 1964.
- Moreno Muñoz, Miguel. Privacidad y procesamiento automático de datos personales mediante aplicaciones y bots, DILEMATA, 24. 2017.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco. La sostenibilidad de los sistemas de salud en Europa y la nueva economía en Márquez Gómez, Daniel (Coordinador). DERECHO ADMINISTRATIVO. México D. F. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Colegio Nacional. 2019.

LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN DIGITAL

- Pérez Serrano, Nicolás, *La evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de Apertura del curso académico 1950-51*, Madrid, 1950.
- Piñar Mañas, José Luis, “Identidad y persona en la sociedad digital”, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás y Piñar Mañas, José Luis (Coords.), *Sociedad digital y derecho*, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- Ponce Solé, Juli, “Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- Puyol Montero, Javier, *Aproximación jurídica y económica al big data*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Rebollo Delgado, Lucrecio y Zapatero Martín, Pilar, *Derechos digitales*, Madrid, Dykinson, 2019.
- Rey Ares, Lucía, “La 4ª revolución industrial: industria 4.0”, en García Novoa, César y Santiago Iglesias, Diana (Coords.), *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Navarra, Aranzadi, 2018.
- Rodotà, Stefano, “¿Cuál Derecho para el nuevo mundo?”, en *Revista de Derecho Privado*, 9. 2005.
- Sancho López, Marina, “Estrategias legales para garantizar los derechos fundamentales frente a los desafíos del Big Data”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, “Reflexiones en torno a e. Fosthoff y el resurgir de la idea de un “mínimo vital” tecnológico en épocas de pandemia y en escenarios de economía de mercado”, en Ponencia en la Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, 2020.
- Schwab, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Barcelona, Debate, 2016.
- Souvirón Morenilla, José María, *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada, Comares, 1998.
- Tasa Fuster, Vicenta, “Los desafíos de la cuarta revolución tecnológica e industrial en una sociedad periférica europea y sus consecuencias en la gobernanza política y la regulación

ARIANA EXPOSITO GÁZQUEZ

- legal. Con especial referencia a la Comunidad Valenciana”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- Vida Fernández, José, “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, Tomás, y Piñar Mañas, José Luis (Coord.). *Sociedad digital y derecho*, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- Villarino Marzo, Jorge, “Cuarta generación de derechos: reflexiones sobre la libertad de expresión en Internet”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 100-102, 2017.
- Yuste, Rafael, y otros, “Four ethical priorities for neurotechnologies and IA”, *Nature*, núm. 551, 2017.
- Vilasau Solana, Mónica, “Las exigencias de información en el RGPD y en la LO 3/2018 de protección de datos y garantía de los derechos digitales, ¿contribuyen a la formación de un consentimiento de mejor calidad?”, en García Mahamut, Rosario, y Tomás Mallén, Beatriz, *El Reglamento General de Protección de Datos: un enfoque nacional y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

Nancy Nelly GONZÁLEZ SANMIGUEL¹

Xóchitl alicia RAMÍREZ CHÁVEZ²

Carlos CHARLES MANZANO ³

Resumen: La investigación que presentamos analiza los problemas derivados de la emergencia sanitaria provocada por la enfermedad de la COVID-19, especialmente respecto de la gestión pública desde un enfoque tecnológico y con el énfasis puesto en la participación de las personas para garantizar un gobierno abierto y cercano a la ciudadanía. La educación y la salud, como derechos humanos cuya vulneración se vio mayormente impactada, son solo dos ejemplos que muestran las debilidades y las áreas de oportunidad en este sector tecnológico.

Abstract: The research we present analyzes the problems arising from the health emergency caused by COVID-19, especially regarding public management from a technological approach and with emphasis placed on the participation of people to ensure an open and close government to the citizenry. Education and health, as human rights whose violation was mostly impacted, are just two examples that show the weaknesses and areas of opportunity in this technological sector.

Palabras clave: Gestión pública, pandemia, tecnología, digitalización, buena administración pública, COVID-19.

Keywords: Public management, pandemic, technology, digitization, good public administration, COVID-19.

¹ Catedrática de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

² Catedrática de tiempo completo de Derecho Constitucional y Derecho Civil.

³ Catedrático de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

SUMARIO: Introducción. I. La tecnología como elemento de transformación de la gestión pública. II. Gobierno cercano y digitalización. III. Estrategias para el fortalecimiento de las redes y su implicación en la gestión pública. IV. Medidas tendientes del gobierno abierto digital postpandemia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El enfoque de la gestión pública se va marcando en dos rubros hacia la digitalización y el problema de solventar las consecuencias de la pandemia, que ha demostrado la ineficacia del control en tal situación, por tal motivo se pretende dentro de este trabajo manejar las siguientes líneas de investigación en referencia a cuatro aspectos fundamentales:

La tecnología como elemento de transformación de la gestión pública. Resulta más que evidente que el uso y aplicación de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje en la actualidad ha revolucionado vertiginosamente y ha dejado claramente expuesta la necesidad apremiante de evolucionar la forma en que las organizaciones de carácter público hacen uso de estas, mediante la implementación de una estrategia eficiente tendiente a modernizar y mejorar los procedimientos que sean necesarios para la consolidación de los objetivos de la transformación digital tanto de la gestión, como de la administración pública.

El gobierno cercano digital. Con la finalidad de que se proyecten políticas públicas eficaces y eficientes es preciso lograr implantar canales de comunicación entre el sector público y la colectividad cuya operatividad responda de manera seria y válidamente para posibilitar que la administración pública conozca con precisión cuáles son las problemáticas y necesidades más indispensables y urgentes que debe atender para dar satisfacción a las demandas de su población. La innovación que impulsa la introducción plena de los instrumentos digitales es aún el desafío que permitirá conseguir una verdadera transformación del gobierno hacia sistemas más abiertos y cercanos a la ciudadanía para mantener continuamente estrechos vínculos con aquellas peticiones que la

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

población requiere sean atendidas por el sector público y de esta forma su actividad tienda a favorecer la calidad de vida.

Estrategias para el fortalecimiento de redes, su implicación en la gestión pública. En este apartado se analizará cuáles son las mejores propuestas para utilizar las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje y aproximar las organizaciones del sector público a la ciudadanía y mejorar la toma de decisiones en la gestión pública.

En el punto de las medidas tendientes del gobierno abierto hacia la digitalización después de la pandemia, visualizar cuales son los avances que ha impulsado a generar el cambio del gobierno digital y la importancia que radica en gestionar la buena administración, viendo a que a raíz del uso de la tecnología, se sigue presentando situaciones burocráticas que no se puede cambiar el binomio de la eficacia de la Administración Pública.

En efecto, se constituye que la digitalización ha traído aparejado el principio de la transparencia también se ha denotado la dificultada que existe para generar ciertos trámites y gestiones en diferentes dependencias, siendo esto una frustración que se debería desaparecer a través de los medios electrónicos.

II. LA TECNOLOGÍA COMO ELEMENTO DE TRANSFORMACIÓN DE LA GESTIÓN PÚBLICA

La contingencia ocasionada por el COVID-19 ha enfrentado a la gestión pública y su administración con la falta de adaptación eficaz a los desafíos que ya se venían vislumbrando épocas atrás respecto a la introducción de herramientas digitales para una buena administración pública.

Hoy, toma un valor excepcional sin precedentes y se restaura la exigencia de atender inmediatamente el fortalecimiento de la estructura con que cuenta el Estado para emplear y aprovechar efectivamente todas las ventajas y múltiples beneficios que aporta el uso y aplicación de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje en la insoslayable transformación digital de la gestión pública, sobre todo para el escenario postpandemia y la preparación que pudiéramos requerir para hacer frente a futuras crisis similares.

Es preciso primeramente aclarar cuál es la diferencia entre los conceptos de gestión y administración públicas, ambas, nociones sumamente importantes y relacionadas con la ejecución de planes y programas de gobierno, pero que se distinguen entre sí porque mientras que la gestión pública se refiere a la actividad de toma de decisiones respecto a la dirección, innovación y propuesta de estrategias concretas en base a la determinación de objetivos claros, la administración pública se encarga de la ejecución de los proyectos diseñados por la gestión pública a través de su actividad administrativa consistente en el adecuado manejo y aplicación de los recursos con que cuenta una entidad pública para dar satisfacción a las necesidades de su población.

Ahora bien, con la finalidad de que la gestión pública pueda trazar políticas públicas eficaces y eficientes es imprescindible que lo haga desde el establecimiento de adecuados canales de comunicación con la ciudadanía, es aquí donde la utilización por parte del Estado de las herramientas e instrumentos digitales se torna indispensable por el nivel de impacto que esta transformación digital puede procurar en beneficio de la integración de la colectividad y su participación activa en la toma de decisiones del sector público.

Indiscutiblemente esto requiere de cambios exponenciales en relación con las formas de actuar del gobierno y el modo en que se comunica con los ciudadanos para integrarlos en una cada vez mayor participación democrática.

Es cierto que se ha avanzado mucho en esta transformación hacia el denominado indistintamente gobierno electrónico, en línea, digital, e-gobierno, etc., sin embargo, aún existen grandes retos que superar.

En este contexto, se propone identificar cuáles son los ejes principales para la transformación electrónica o digital de la gestión pública, no sin antes definirla en base a sus propósitos como la serie de procedimientos tendientes a la modernización de las políticas públicas y sus procedimientos de ejecución por parte de la administración pública empleando las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje para la recolección de datos, relación y comunicación con la ciudadanía, así como la agilización de trámites, optimización de servicios públicos para hacerlos asequibles a un mayor número

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

de gobernados y por supuesto, intensificar la transparencia de las operaciones de las organizaciones del sector público.

Para acercarnos al concepto de un buen gobierno digital y la función que tiene el Derecho dentro de sus alcances, es preciso conocer cómo se ha dado su proceso de transformación a lo digital y la importancia sobre el uso de los medios y canales electrónicos en la vida de la población, del derecho fundamental a la buena administración pública y sobre el Derecho Digital, que sirve como orientación en los aspectos tecnológicos dentro de la administración.

El derecho a la buena administración pública surge a partir de la necesidad de racionalizar el poder, teniendo como antecedentes el contexto de la revolución francesa, el esquema de la forma de gobierno democrática y el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, que señala: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”.⁴ Por ello, se establece la facultad de control que hoy tiene la sociedad frente a los actos del poder público dentro de un Estado Constitucional de Derecho en el cual la Administración Pública gira en torno al mayor beneficio para la población a la que sirve.

Es en estas circunstancias que surge el derecho humano a la buena administración pública y es imprescindible su salvaguarda.

La situación actual de la pandemia por COVID-19 ha dejado al descubierto a la administración pública frente a la sociedad, ya que las enormes deficiencias del gobierno en esta materia, no sólo de México sino también de varios países de Latinoamérica, como de otros del resto del mundo, quedaron expuestas ante la falta o insuficiencia de trámites y gestiones ante autoridades administrativas que pudiera llevar a cabo la población mediante plataformas digitales.

Esto sin mencionar que todavía gran parte de la población en México no cuenta ni con las herramientas electrónicas, (computadoras, tabletas, etc.), ni con los conocimientos técnicos para su utilización, incluso ni con la posibilidad de acceso a los

⁴ Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano de 1789. Senado francés. 13 de noviembre de 2021. http://www.senat.fr/lng/es/declaration_droits_homme.html

servicios de internet, además de la desconfianza y temor para relacionarse de este nuevo modo con su administración pública.

Aunque si bien es cierto que las adversidades por el coronavirus aceleraron en el mundo entero la actividad de las administraciones públicas a través del uso de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje, la implementación del gobierno digital ya venía siendo inevitable desde hace un tiempo atrás.

No podemos negar la actual dinámica digital que vincula y hace depender a las personas de la tecnología en la mayoría de sus actividades y el modo de relacionarse con la administración no es la excepción.

En este sentido, al sumar los requerimientos de la sociedad para ser partícipe de la dinámica del gobierno digital con los objetivos que persigue el derecho humano y fundamental a una eficiente administración, surge la buena administración pública electrónica con la finalidad de asegurar derechos esenciales de las personas en esta nueva manera de relacionarse con el gobierno.

III. GOBIERNO CERCANO Y DIGITALIZACIÓN

Uno de los temas más vinculados a la modernidad en la gestión pública es la idea de la proximidad que debe existir entre el gobierno y sus políticas públicas y los ciudadanos, que estos tiempos tan cambiantes demandan.

En la actualidad y en prácticamente todos los países con formas de gobierno democráticas, la población está jugando un papel determinante en la toma de decisiones para que se produzcan los cambios. Hoy en día, ya no está en juego consagrar la democracia representativa, sino consolidar la democracia participativa, que caracterizará el modelo de democracia del siglo XXI que ha venido siendo resultado de una construcción social, y si la administración pública no está consciente de esto, va a seguir teniendo serias dificultades y crisis en relación con la confiabilidad de su gobierno.

Para comprender cómo llegamos al concepto de gobierno cercano, gobernanza pública o gobierno abierto, sería útil recurrir a la definición propuesta por Joaquín Sánchez

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

Trigueros⁵, según el cual, el modelo de la gobernanza pública o gobierno abierto se distingue por tratarse de un régimen más abierto, que trata de dar legitimación a todas las decisiones que toma el gobierno, pero logradas a partir de la interacción continua con los miembros que componen la población a la que habrán de servir. Este modelo representa un estilo de gobernar asociado, fortalece la democracia y aunque la decisión final continúa siendo del Estado, implica tomarla después de involucrar a los demás actores (empresarios, grupos de interés, sociedad civil, etc.), con el objetivo de definir políticas públicas que concuerden perfectamente con el interés público de todos los miembros de la sociedad a la que van a servir. Lo más relevante de este modelo es que el individuo ya no es visto como un administrado o un simple gobernado, sino que aquí toma el carácter de ciudadano, y como tal, participa activamente en la toma de decisiones, así como en la definición del interés público mediante la posibilidad de su participación en la construcción de políticas públicas, así como también en el control de prestación de servicios públicos.

Cabe mencionar que aquí en México, durante la administración 2013-2018 y como parte del Plan Nacional de Desarrollo fue institucionalizado el “Programa para un Gobierno Cercano y Moderno (PGCM)”, siendo uno de varios esquemas transversales definidos de políticas públicas puestos en práctica por el gobierno federal. Entre los propósitos fundamentales se estableció el levantamiento de una política de gobierno abierto, lo que llevó consigo el diseño y puesta en práctica de diferentes estrategias y líneas de acción encaminadas principalmente al acceso a la información pública y el desarrollo de la transparencia en lo que corresponde a la esfera de la administración pública federal. Sin embargo, a pesar de haber fijado las correlativas estrategias y acciones, cumplió parcialmente observando un nivel bajo de desempeño respecto a los estándares internacionales de los citados derechos.

⁵ Sánchez Trigueros, Joaquín, “Los antecedentes del gobierno abierto: una mirada retrospectiva en la evolución de la administración pública”, *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, vol. XIII, núm. 23, 2015, pp. 67-84 Universidad Central de Chile Santiago, Chile. 14 de noviembre de 2021. <https://www.redalyc.org/pdf/960/96043202005.pdf>

Obviamente esto exige un cambio de paradigma en las formas de pensar y de actuar no sólo del sector público sino también de la colectividad, pero no pueden llevarse a cabo estos cambios sin el respeto por los principios básicos sobre los que se edifica toda la actividad del Estado.

Los derechos fundamentales son progresivos, crecen, significa que los derechos son cada vez más; hoy hablamos de derechos que antes, aproximadamente 15 años atrás no eran una realidad en ningún país del contexto latinoamericano, por ejemplo, aquellos derechos que tienen conexión con el día a día de la administración pública o derechos que tienen que ver con el acceso y manejo de datos, entre otros.

Cuáles son los pilares del gobierno cercano que es necesario concretar y qué rol juega en esto la digitalización. Nos referiremos a cuatro de ellos que se consideran esenciales: El Estado debe funcionar en base a cláusulas de tipo social, democrática, de derecho y de justicia.

Otro pilar importante es que la administración pública tiene que ir en auxilio de los más vulnerables, ello es por lo que muchas administraciones estatales se encuentran deslegitimadas ya que éstas no han sido capaces de resolver problemas históricos, problemas que tienen que ver con los objetivos del desarrollo sostenible que se persigue en la actualidad, ya que como sabemos constituye una de las 169 metas de la agenda 2030 que se plantearon en Septiembre de 2015 en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas y que continúa siendo un reto serio para todos los gobiernos del mundo, lo que significa que para ese año debemos tener si no resuelto, sí avanzado el encauzamiento de esfuerzos para conseguir su realización.

No se trata sólo de reformar, implica transformar la manera de hacer gestión pública, transformar el modo en que el Estado se relaciona con la ciudadanía, entendiendo ese rol central de la gente. De ahí la importancia de los objetivos de desarrollo sostenible en la administración pública.

El gobierno ya no puede hacerse el desentendido, tiene que trabajar para robustecer la solidez institucional para estar en posibilidad de dar respuesta a las crecientes demandas de la gente, que hoy tiene más mecanismos para hacer valer sus derechos. Las redes sociales se han convertido en un

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

instrumento de reclamación de derechos, en consecuencia, la administración pública debe fortalecer los mecanismos digitales y facilitar los procesos tanto de comunicación con su población, como también de prestación de los servicios y funciones públicas.

No olvidemos que el fin último del Estado amerita tener como centro el bienestar social, el bien común, en otros países le llaman el vivir bien, el buen vivir o la felicidad suprema; la administración pública no es para enriquecer a las personas es para servir al pueblo y esto, -a pesar de ser una perogrullada-, como que continúa dando dificultades para comprenderlo. Hoy es una realidad que en países de América Latina la ciudadanía ha hecho salir del gobierno a presidentes legalmente constituidos pero deslegitimados posteriormente por la praxis de corrupción administrativa. Invariablemente, el bienestar de la gente tiene que ser el eje y razón de ser de la administración pública, de las tareas de gobernar y los servicios públicos tienen que seguir el mismo rumbo.

Es así que en este orden de ideas, el gran desafío aún es lograr que la gestión pública sea más eficaz y eficiente, para ello requiere de un acercamiento que permita asentar la democracia participativa como elemento clave para definir aquellas políticas públicas congruentes con las cuestiones y necesidades que mayormente importan, aquejan y preocupan a la población, así como también, permitir a la ciudadanía los instrumentos de más fácil acceso para que sean los propios gobernados quienes evalúen directamente los acuerdos y medidas que se toman y la forma en que se llevan a cabo en la práctica, para lo cual es decisivo el aprovechamiento de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje como mecanismo de modernización de la gestión pública contemporánea.

IV. ESTRATEGIAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LAS REDES Y SU IMPLICACIÓN EN LA GESTIÓN PÚBLICA

Es momento de plantear y analizar algunas propuestas para utilizar de manera eficiente las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje y aproximar las organizaciones del sector público a la ciudadanía y mejorar la toma de decisiones en la gestión pública.

Una de las mayores dificultades para alcanzar el fortalecimiento de las políticas públicas en el tema del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje es la relacionada con la falta de congruencia en la adquisición de las herramientas e instrumentos de dichas tecnologías digitales que deja al descubierto la imperiosa necesidad de señalar que están generando muy altos costos tanto en la obtención de estos recursos, como en los altos importes que supone el mantenimiento constante para mantenerlos en funcionamiento. Es decir, que se tiene una serie de equipos, sistemas de redes, programas y aplicaciones electrónicas que resulta muy oneroso mantener en operación, distorsionándose con esto la eficiencia que deben representar las decisiones y proyectos de la gestión pública y la visión política.

Otro aspecto para considerar es que se encuentra latente un despilfarro de recursos económicos que muy bien pudiera aprovecharse si se introdujeran, por ejemplo, más trámites que incluyan la firma electrónica y ahorrar los gastos que lógicamente supone el papel para la emisión de los documentos y en su caso los servicios de mensajería.

Otro aspecto fundamental para dar satisfacción a las necesidades de la población es el relativo al servicio público de salud. A este respecto, ¿Cuántos sistemas de salud en América latina están diseñados para concretar ese derecho fundamental reconocido indudablemente en todas las constituciones de los países de la región? Si sabemos que los procedimientos en el uso de información de los expedientes médicos no se encuentran funcionando de manera operativa, homogénea e interconectados, ni existe un registro integral de los profesionistas del sector público que ejercen la medicina, lo que en definitiva dificulta el acceso inmediato a dichos servicios en los distintos niveles de atención y puede poner en riesgo hasta la vida de un paciente que requiera de asistencia médica fuera de su localidad de origen o residencia por no contar con su expediente clínico visible desde cualquier parte del país, lo cual resulta inaceptable en una buena gestión gubernamental y máxime, pudiendo la administración pública aprovechar los recursos digitales para facilitar su interoperabilidad y no sólo a

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

nivel nacional sino también apegándose a los estándares internacionales relativos.

De igual forma, el esparcimiento geográfico de la población en México exige plantear la posibilidad de reforzar la telemedicina, es decir, brindar servicios médicos a distancia que pudieran ir desde los primordiales hasta la asistencia digital remota para atención quirúrgica, sobre todo para aquellas personas en situación vulnerable.

Entonces, otra estrategia aplicable a muy variados y diversos servicios públicos, es decir, no sólo los del rubro de la salud, consiste en masificar los trámites y servicios en línea, por ejemplo: renovación de licencia de conducir, de pasaporte, pagos, notificaciones, información administrativa, recepción de escritos, reclamaciones y quejas, etc. pero con buena coordinación e interoperabilidad de la administración pública de tal modo que se gestione una base de datos conjunta que abandone las viejas prácticas de exigir en repetidas ocasiones la exhibición reiterada de documentación a los gobernados, con mayor razón si éstos se encuentran bajo el control por parte de la propia administración pública, como sería el caso del Curp, Acta de Nacimiento, declaraciones fiscales, alta de derechohabientes de servicios médicos y sus correlativos expedientes clínicos, así como de otras prestaciones de seguridad social, etc.

También es prioritario ir aumentando la banda ancha, para ello es necesario que el Estado intervenga mediante el estímulo a la inversión privada y el impulso de acciones público-privadas para comprometerse conjuntamente a tal fin y aumentar el gasto público en este rubro para posibilitar el acceso por igual a toda la población al uso de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje.

Y desde luego, promover la alfabetización digital mediante la preparación de los ciudadanos y la transformación de la cultura social y capacitar a los servidores públicos para su adaptación a la administración digital, pues se trata de acercar el gobierno y su administración pública a la colectividad.

V. MEDIDAS TENDIENTES DEL GOBIERNO ABIERTO DIGITAL
POSTPANDEMIA

La Gestión Pública a raíz de la pandemia tendrá que dirigirse hacia las tendencias de la utilización del uso de la tecnología dando el parámetro a la digitalización tanto en establecer las políticas como la gestión pública, concibiendo ahora las necesidades actuales, por medio de indicadores que se van señalando dentro de las páginas que se utilizan para dar eficiente cumplimiento de los programas, trámites, etc. dentro de la función pública, por lo tanto se tendrá que ir enfocado el rol donde el Estado contempla dentro de su progreso las necesidades colectivas concretas, reales y justificar la concepción hacia la política para ejercer dicha gestión.

Se abrieron canales de comunicación que han dado partida a nuevas formas de señalar que “el uso de las nuevas tecnologías es posible constituir un Estado de Derecho basado en el establecimiento de parámetros de las garantías para contemplar este tipo de uso dentro de las libertades que tienen los gobernados y a su vez otorgarles la oportunidad de tener una participación más democrática debido a que las necesidades se van comunicado a través de estos medios”⁶, siendo así los esquemas de exigir tal correlación dentro del derecho, la exigibilidad, es decir, los gobernados, (Administrados, ciudadanos) tiene la obligación de cumplir con sus deberes que se consagran pero al mismo tiempo se da la bilateralidad que le corresponde al Estado a ejercer la contemplación de cubrir los derechos sociales, económicos, culturales, digitales, entre otros que los mismos se obligan a prestar a sus habitantes.

Se genera una forma de progreso de la concepción del Estado actual, considerar dentro de los parámetros de un gobierno de datos abiertos, a causa de la tecnología, se concibe ciertos principios al momento de ejercer esta comunicación a través de las redes tecnológicas y las plataformas que ayudan a dar la credibilidad de la función del Estado y procede la confianza, armonizando la relación entre la utilización de la tecnología con

⁶ González Sanmiguel, Nancy Nelly, “El derecho protección y la regulación del uso de las nuevas tecnologías desde el derecho administrativo”, *Revista Electrónica cueros Direito*, v14, n1/2019, pág. 5, disponible en <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/1422>.

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

la función de la Administración Pública, es un tema que nos está dejando la pandemia, la explosión de la intervención ya que fue la forma como se realizaron los trámites y gestiones, debido a la falta de poder acudir de manera personal, teniendo que permitir la habilitación de programas y sistemas tecnológicas que permitirían acceder a esto.

La situación será después de la pandemia seguirá el avance de la utilización del uso constante de la tecnología o será por este periodo, se observa situaciones positivas esta manera de dirigirse a la autoridad debido a que se valora esta relación de una manera más directa pero a la vez al momento de tener interrogantes no se puede cuestionar o saber si se está analizando con la persona correcta la gestión que se está realizando, al momento que no funciona la plataforma o página, se encuentre saturada, cuáles serán las medidas de lo que está sucediendo en este momento en diversos trámites y gestiones, estas son las interrogantes que se debe operar para no volver a caer dentro de la desconfianza de los gobernados hacia la función de la Administración Pública.

Esta forma de ejercer la gestión pública se presenta como “el papel del Estado había empezado a desdibujar sus fronteras con la integración de actores intermedios en las gestiones gubernamentales. Se partía del argumento de que el Estado no lograba solventar la demanda de servicios públicos ni la agenda del bienestar social. Debido a ello, el diagrama de las decisiones públicas empezó a dar muestras de horizontalidad con el ascenso de la coordinación social mediante redes”⁷, se vislumbra las consecuencias de la necesidad y establecer una forma de permitir este acceso, y que se encuentra el cambio de gobierno abierto, que se considera el aspecto del Estado donde se ve la era digital hacia diversos aspectos desde la cuestión económica, programas sociales, realización de trámites.

⁷ Hernández Morales, Blanca Fátima y Calzada Torres, Marisol, “La opinión pública en la legitimidad de las decisiones gubernamentales. Un estudio de caso sobre las pruebas rápidas del programa Radar Jalisco del gobierno de Jalisco en el marco de la pandemia Covid-19”, Martínez Navarro, Freddy y Calzada Torres, Marisol (Coords), *Gestión pública y políticas públicas en tiempos de emergencia. Lecciones aprendidas de la pandemia COVID-19*, México, Tirant lo Blanch, 2021, p. 401.

Ostentando como todo cambio diferentes necesidades a raíz de esto, uno de los problemas más preocupantes es brindar la conectividad y la enseñanza de la utilización de la digitalización para no dejar relegados a los más vulnerables por no saber utilizar estos medios, es decir, se presenta con respecto a la conectividad en México, la falta del acceso a estos ya sea por cuestión de conectividad por la ubicación del territorio o por ignorancia de no utilizar los programas, y otro fenómeno que acarrea es dar la seguridad de los datos que proporcionamos, es decir, la información que se proporciona se brinde la confidencialidad de estos, trayendo hacia el principio de transparencia referente a la Administración Pública de sus gestiones que marca el cambio hacia de la tendencia de justificar las actividades de sus actuaciones a trayendo consecuencias al momento de no cumplir con estas.

El raciocinio referente al gobierno abierto va hacia de la desconfianza generada por la ineficacia, aprovechando el impacto de la tecnología se gira hacia la construcción de nuevas visión de oportunidades referente al marco de una colaboración entre el Estado a través del gobierno con los gobernados para resolver los problemas, esto se intensifica a raíz de la pandemia teniendo una mayor relevancia y provocando el surgimiento de medios alternativas dentro de las instituciones del gobierno para llevar a la eficacia a través de la legitimización de estos medios.

Es decir, se adecuada la capacidad del cambio de adaptación de la solución de los conflictos a través de la participación colaborativa entre los sujetos que influyen dentro de estos procesos, obteniendo ventaja que influye una cuestión de un dinamismo que se proyecta en los beneficios económicos, culturales, sociales, digitales de la eficacia de la Administración Pública.

Esta implicación de la tecnología comienza a desarrollar la necesidad de consagrarlo como un derecho humano⁸, la manera

⁸ Se ha establecido 29 de mayo de 2020 a través de la Organización de las Naciones Unidas una Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación digital, generando una cooperación entre los comunidad, gobierno, grupo interesados, que referente a la conectividad se estatuye la problemática de general que sea segura, universal que debe ser considera como inclusiva y da una determinación de asequibilidad referente a superar la brecha digital para el año 2030, que se

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

de la conectividad a través de la interoperabilidad que debe gozar las páginas electrónicas o las plataformas del Gobierno, por que ahora la falta de efectividad al momento que no se pueda gestionar por medios electrónicos, tales situaciones se ha presentando durante la pandemia tales como no poder acudir a la elaboración de la firma electrónica, pasaporte, diversos trámites más, ya que la página no permite generar la cita correspondiente para llevar a cabo este proceso, son situaciones que sigue presentando anomalía en México, ya que caeríamos otra vez en la falta de eficacia y presentar juicio de Amparo para solicitar que se respeten nuestro derechos, se genera una carga de burocracia a las diferentes poderes, tanto al poder judicial como el ejecutivo para solventar dichos problemas.

En México se ha tenido un progreso hacia la tendencia del gobierno digital durante las gestiones de 2000 al 2018, teniendo un retraso dentro de este periodo en el tema de la conectividad, ya que se redujeron los puntos de conectividad, de accesibilidad de manera gratuita, entre otras consecuencias, aunado al problema de la pandemia, exonerando que mediante la tecnología aún seguimos presentando problemas de burocracia, un problema eminente que se puede presentar en diversas situaciones digitales a manera de no obtener lo que se ocupa de la gestión de la función pública.

Estos son los parámetros que se debe cuidar, ya que no hay un control de manera digital referente a la forma de gestionar los servicios, trámites para el cumplimiento de las obligaciones o ya

pretende el uso de internet, ya que se considera ahora como tal un derecho humano, a raíz de COVID-19, se presento un reto y se empezó a genera este vía de datos digitales a través de código abierto que se genero una medida de acceder a la inteligencia artificial para el funcionamiento de la Administración Pública y lo que se pretende con esto es dar una conectividad más efectiva y que se considere igualitaria, que no se presente una brecha por la cuestión del nivel socioeconómico o la situación de marginación, sino que esto pueda ser alcanzado por todos los ciudadanos, ya que la función Administrativa esta cambiando hacia la digitalización por tal motivo y razón el uso del internet se debe considerar como algo imprescindible para poder llegar a lograr la capacidad digital sea capaz de llegar a todas las zonas y por tal razón es uno de los retos que se presenta dentro de este contexto. Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital , Septuagésimo cuarto período de sesiones , Asamblea General de la Naciones Unidas, 29 de mayo de 2020, Disponible en : <https://undocs.org/es/A/74/821>.

sea para la situaciones que se requiere de dichos servicios, quien será el competente para externar la sanción de la queja pertinente que se generan por los ciudadanos, actualmente se puede ejercer dicha vulneración de derechos por el medio defensa correspondiente, para que el gobierno nos pudieran externar la solicitud, se esta viviendo una transformación dentro de los procesos de la gestión pública y analizar los elementos que se genera a través de la tecnología y la imposibilidad de acudir de manera personal, ya que no se obtiene la cita correspondiente para poder acudir, se no afecta el derecho de ser asistido en los diferentes trámites o servicios que no se permita o no tengamos dicha accesibilidad a través de los medios electrónicos.

Es una visión que se tiene y que no esta dejando tras la pandemia, que se debe implicar acciones, sanciones hacia el gobierno, por imposibilitar obtener el acceso a través de los medios digitales, tal inconveniente debe estar contenido en la norma, que señale la obstaculización de estos procesos, quien debe controlar dicha situación y como se deberá solucionar, debido a que ellos ponen esos candados dentro de las páginas para señalar la habilitación de las citas correspondiente.

Esto provocara la desconfianza y la insatisfacción de recibir de manera congruente y como corresponde la facilitación de nuestros derechos como gobernados, ya que tanto la firma electrónica como el pasaporte, son medios de identificación que están siendo negados por no tener la posibilidad de acudir a la Administración correspondiente por la falta de generar el acceso a la cita, presentando en México la burocracia desde el enfoque digital desde el comienzo de genera dicha cita para obtener lo que corresponde como ciudadanos del Estado, sentir aún mayor imposibilidad debido a que todo es por medio electrónicos o telefónicos y no podemos obtener una solución concreta a tales situaciones que se presentan dentro del año 2021 y 2022, teniendo que en focalizar a determinar la eficacia de la buena administración con los canales oportunos para señalar que se ha cambiado la función administrativo.

Que el cambio de la Administración Pública no solamente es referente al medio de como se ejercer sino la visión de establecer dichos cánones como lo estatuido dentro de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala “constituye un derecho fundamental de las personas y un

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

principio de actuación para los poderes públicos y que con sustento en éste se deben generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, y que toda persona servidora pública garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y observancia de los principios generales que rigen la función pública.”⁹ Es por tal razón que actualmente no se está presentando dichos principios y se está generando un acción de molestia por no poder obtener lo que solicitamos a la Administración Pública.

Esta apertura de concientizar en la innovación del uso de la tecnología y cambiar hacia el gobierno abierto se establece “el perfeccionamiento y la mejora de políticas en todas las etapas de su desarrollo”¹⁰ se va enfocada en la política referente a la cuestión de datos abiertos los cuales se va obteniendo a través de la inteligencia artificial por algoritmos que hasta ahora llamamos el proceso de Big Data del cual es la manera o la tendencia hacia la obtención de la información en cuestiones de datos que se adquieren a través del perfil de los usuarios y la información que se proporciona.

De esto se puede obtener los índices de la política efectiva, ya que con los índices va marcando el desarrollo del programa o trámite que haya tenido un mejor desempeño o presente una mayor afiliación, siendo una parte importante la programación de los softwares que se utilizan para codificar los algoritmos que nos ayuden a visualizar los resultados ejercidas dentro de un periodo y ver la información de estos.

Con esto se va marcando la transformación de la construcción del nuevo Estado Digital, la tendencia de la conceptualización de los elementos de este va en razón a la nueva concepción de esto,

⁹ BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS Y UN PRINCIPIO DE ACTUACIÓN PARA LOS PODERES PÚBLICOS (LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO). Tesis[A] I.4o.A.5 A (11a.), T.C.C., *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, Libro 8, diciembre de 2021, t. III, p. 2225, Registro digital: 20239300. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/20239300>.

¹⁰ Simone Noveck, Beth, *Ciudadanos inteligentes, Estado más inteligente, las tecnologías del conocimiento y el futuro de gobernar*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., 2017, p. 47.

generando cuestionamiento a raíz de la validez y autenticación de estas medidas, marcando la manera de participación y el poder como se va ejerciendo por parte del Estado, trazando la vinculación con los nuevos elementos que se van generando dentro del contexto social, amparado con la gestión de la distribución de la carga de la función pública con la injerencia hacia la participación ciudadana que versa con lo estrategias dentro de la revolución tecnológica que da parámetros de ejercer una nueva forma de gestión pública y destacar la importancia de ejercer un control del Estado para la distribución de la gestión de la solución de las necesidades colectivas, con los efectos hacia la transparencia de estas.

VI. CONCLUSIONES

A raíz de la pandemia se dio un impulso a generar el paso de la comunicación a través de los medios electrónicos, además de estos la facilidad de utilizar los móviles, así como los dispositivos que se hacen una interacción más efectiva, además a través de la norma jurídica se ha fomentado el desarrollo del gobierno digital, ha traído este beneficio hacia una comunicación más efectiva.

Pero podemos considerar que uno de los efectos de gestión pública tras la pandemia se ha presentando al momento de realizar los trámites antes diferentes dependencia, pensando y exhortando la eficacia de la Administración Pública, por tal motivo se debe señalar que si no tiene la capacidad para gestionar esa función, se debe utilizar aún más los medios tecnológicos para dar esta eficacia, es decir, si no podemos conseguir una simple cita para acudir a realizar la gestión correspondiente, entonces se tendrá que pensar en norma una forma más simple obtener estos, es decir que a través de los medios electrónicos podamos tener dichas gestiones, sin tener que acudir a la Administración Pública para poder realizar esto.

Es un problema que no se ha cambiado la visión en México de la forma de gestionar dentro de la Administración Pública, aún que exista código de conducta, reglas, reglamentos, jurisprudencia que externa los lineamientos para una eficacia de esta, sino cambiamos el paradigma de quienes están dentro de la Administración Pública y no empezamos a exigir como

GESTIÓN PÚBLICA POSTPANDEMIA

sociedad tales situaciones se van volver un peso más fuerte para la burocracia de la Administración Pública.

La introducción de la digitalización en la gestión pública claramente exige un cambio de paradigma en las formas de pensar y de actuar no sólo del sector público sino también de la colectividad y no pueden llevarse a cabo estos cambios sin el respeto por los principios básicos sobre los que se edifica toda la actividad del Estado.

Todo esto no será posible si no tenemos un marco regulatorio de calidad, es decir, no sólo normas jurídicas para enunciar, sino para cumplir, legalidad con eficiencia, lo que significa que no se puede ser eficiente violando las normas, ni se puede ser legal sin ser eficiente. Entre eficiencia y legalidad hay complementariedad y debe ponerse en práctica al momento de mejorar la planificación estratégica dentro de la gestión pública y de la mano con la transformación y modernización del Estado a través del mejoramiento en la utilización y aprovechamiento de las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje para brindar servicios ágiles y transparentes a la población y lograr el bienestar social, el desarrollo sustentable y la calidad de vida.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano de 1789. Senado francés. 13 de noviembre de 2021. http://www.senat.fr/lng/es/declaration_droits_homme.html
- Sánchez Trigueros, Joaquín. “Los antecedentes del gobierno abierto: una mirada retrospectiva en la evolución de la administración pública”, *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, vol. XIII, núm. 23, 2015, pp. 67-84 Universidad Central de Chile Santiago, Chile. 14 de noviembre de 2021. <https://www.redalyc.org/pdf/960/96043202005.pdf>
- González Sanmiguel, Nancy Nelly, “El derecho protección y la regulación del uso de las nuevas tecnologías desde el derecho administrativo”, *Revista Electrónica cursos Direito*, vol. 14, n1/2019, p. 5, disponible en <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/issue/view/1422>.

GONZÁLEZ SANMIGUEL – RAMÍREZ CHÁVEZ – CHARLES MANZANO

Hérmadez Morales, Blanca Fátima y Calzada Torres; Marisol, La opinión pública en la legitimidad de las decisiones gubernamentales. Un estudio de caso sobre las pruebas rápidas del programa Radar Jalisco del gobierno de Jalisco en el marco de la pandemia Covid-19 Coordinadores Mariñez Navarro, Freddy y Calzada Torres, Marisol, Gestión Pública y Políticas Públicas en tiempos de emergencia, lecciones aprendidas de la pandemia COvid-19, Tirant lo Blanch, México, 2021.

Simone Noveck, Beth, Ciudadanos inteligentes, Estado más inteligente, las tecnologías del conocimiento y el futuro de gobernar, Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C., México, 2017.

Jurisprudencia

BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS Y UN PRINCIPIO DE ACTUACIÓN PARA LOS PODERES PÚBLICOS (LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO). Tesis[A]: I.4o.A.5 A (11a.), T.C.C., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Libro 8, diciembre de 2021, Tomo III, página 2225, Registro digital: 20239300. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2023930>.

Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital, Septuagésimo cuarto período de sesiones, Asamblea General de la Naciones Unidas, 29 de mayo de 2020, Disponible en : <https://undocs.org/es/A/74/821>.

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN OAXACA

Nelly RUIZ FLORES¹

Resumen: En este artículo se informa sobre la evolución histórica del derecho administrativo y la administración pública en el Estado de Oaxaca, con base en los textos de las Constituciones, que fueron promulgadas en los años 1825, 1857 y 1922, así como en las diversas leyes orgánicas del Poder Ejecutivo que se han expedido desde 1825 hasta 2021.² Se explican las principales reformas que han tenido las normas e instituciones que regulan la estructura, organización y funcionamiento de la administración pública estatal y municipal, y sus relaciones con los administrados.

Abstract: This article reports on the historical evolution of administrative law and public administration in the State of Oaxaca, based on the texts of the Constitutions, which were promulgated in 1825, 1857 and 1922, as well as in the various organizational acts of the Executive Branch that have been issued from 1825 to 2021. The main reforms of the rules and institutions governing the structure, organization and functioning of the state and municipal public administration and their relations with the administered are explained.

Palabras clave: Derecho administrativo, administración pública estatal, constitución Local, leyes orgánicas, gobernador.

Keywords: Administrative law, state public administration, local constitution, organic law, governor.

¹ Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca, y secretaria de estudio y cuenta de la Sala Superior del Tribunal de Justicia Administrativa de Oaxaca.

² La consulta y el análisis de las leyes orgánicas se realizaron directamente en el Centro de Investigación y Documentación del Congreso del Estado de Oaxaca. Agradezco el apoyo brindado por la Sra. Gilda Ávalos y por el Licenciado Gerardo Alejandro Cruz Montesinos para acceder al acervo bibliográfico.

NELLY RUIZ FLORES

SUMARIO: I. Introducción. II. Emergencia del derecho administrativo en Oaxaca: las Constituciones de 1825, 1857 y 1922. III. Leyes orgánicas del Poder Ejecutivo de Oaxaca. IV. Las responsabilidades administrativas: institución bicentenaria en Oaxaca. V. Estado actual de la administración pública estatal. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del centésimo aniversario de la promulgación de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (04 de abril de 1922), es pertinente explicar el desarrollo histórico del derecho administrativo en Oaxaca, asunto que no había sido abordado anteriormente, a pesar de que esta rama del derecho tiene casi 200 años de existencia en nuestro país y en esta entidad federativa. Es importante tener en cuenta que, esta rama del derecho tiene una estrecha relación con el derecho constitucional, como ha señalado el mismo Doctor Jorge Fernández Ruiz,

pues mientras éste determina las cuestiones políticas fundamentales a través de la Constitución que es la norma fundamental de un país, el Derecho Administrativo atiende los aspectos técnicos.³

Por ello, el surgimiento y la evolución del derecho administrativo oaxaqueño, se explica a través de las Constituciones de 1825, 1857 y 1922, y también, se hace referencia a las principales leyes orgánicas del Poder Ejecutivo que ha tenido Oaxaca desde 1825 hasta 2021.

³ Fernández Ruiz, Jorge, "Introducción", en Nettel, Alina, y Bello, Noemí (coord.), *Derecho administrativo. Un ámbito de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, 2016, p.11.

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

II. EMERGENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN OAXACA: LAS CONSTITUCIONES DE 1825, 1857 Y 1922

La primera Constitución del Estado de Oaxaca se publicó el 10 de enero de 1825⁴. En su segunda sección, se refirió a la organización del Gobierno, se fijó una división estricta de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de manera que jamás se reunieran en unas mismas manos. Dividió al Poder Legislativo en dos cámaras: una de senadores y otra de diputados. El Poder Judicial se confió a los tribunales.

El Poder Ejecutivo se depositó en el Gobernador del Estado y se contempló la figura del vicegobernador, las reglas y los requisitos para su elección. Así también se establecieron las atribuciones del gobernador, como la facultad reglamentaria, el nombramiento de jueces, la recaudación de rentas del Estado y la libertad para designar y remover a los secretarios de Despacho.

Además, se advierte la existencia de los gobernadores de departamento, de los alcaldes⁵ en los municipios y de los agentes municipales⁶ que eran electos por el voto popular, figura que actualmente prevalece en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca.

En materia tributaria, la primera constitución oaxaqueña reguló la integración de la hacienda pública del Estado, las obligaciones de los contribuyentes, los tipos de contribuciones y determinó quiénes eran las autoridades fiscales.

En la segunda Constitución local, promulgada el 15 de septiembre de 1857⁷, se reiteró la división de Poderes al interior

⁴ Texto original digitalizado consultable en https://www.congresooaxaca.gob.mx/biblioteca-archivo/libros/consti_1825/Constituciones%20Politicasy%20del%20Edo%20de%20Oaxaca.pdf

⁵ En Oaxaca, la figura del alcalde es equivalente a un juez de paz, realiza diligencias de apeo y deslinde y auxilia a los jueces civiles y familiares en el cumplimiento de sus determinaciones (Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, artículo 113).

⁶ Los agentes municipales son autoridades auxiliares del Ayuntamiento en las diversas comunidades de cada municipio (Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca, artículo 77).

⁷ Versión original digitalizada visible en <https://www.congresooaxaca.gob.mx/biblioteca->

NELLY RUIZ FLORES

del Estado de Oaxaca, se estableció la elección directa del gobernador del Estado, los requisitos de elegibilidad del cargo y la duración de este para un periodo de cuatro años, así como sus facultades.

La Constitución de 1857 fue abrogada por la Constitución promulgada el 04 de abril de 1922⁸ por el General Manuel García Vigil. Esta norma fundamental preceptuó que debían emitirse leyes orgánicas en diversos ámbitos de la administración pública.

El mismo ordenamiento, adicionó un apartado con los requisitos y reglas para la elección del Gobernador del Estado, y su suplencia en caso de faltas temporales, además se incorporaron como facultades el derecho de veto, el nombramiento y la remoción de los empleados estatales, así como la expropiación por causa de utilidad pública. Entre las obligaciones del ejecutivo estatal, figuró la de rendición de cuentas a la legislatura local sobre el estado de la administración pública y se le prohibió disponer de las rentas municipales.

Por lo que hace a la administración pública centralizada, se estableció que se integraría por los secretarios de Despacho, quienes serían auxiliados por los Subsecretarios de Gobierno. También se precisó en qué casos tendrían que comparecer estos funcionarios ante el Congreso del Estado.

La misma constitución local, en su artículo 14 estableció las facultades de verificación en materia fiscal a cargo de las autoridades estatales, en el numeral 20 previó las normas para la explotación de los recursos naturales y la potestad sancionadora del Estado se estipuló en el artículo 21 penúltimo párrafo.

Otro aspecto relevante fue que, además de reiterar que el municipio es la base social y política del Estado, se determinaron las bases para la integración de la administración pública municipal y los ayuntamientos, la duración de los periodos de gobierno, la libre administración de su hacienda y las atribuciones de las autoridades fiscales municipales.

[archivo/libros/consti_1825/Constituciones%20Politic%20del%20Edo%20de%20Oaxaca.pdf](#)

⁸ *Idem.*

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

III. LEYES ORGÁNICAS DEL PODER EJECUTIVO DE OAXACA

1. *Leyes Orgánicas en el siglo XIX*

Antes de la aprobación de Constitución de 1825, se había expedido la primera Ley Orgánica para el Gobierno del Estado. La primera parte de esta ley se promulgó el 25 de mayo de 1824 y la segunda parte, el 22 de julio de 1824. A esta ley se le puede considerar como el primer antecedente de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de Oaxaca. El surgimiento de esta ley se derivó de la facultad contenida en el artículo 25 del Acta Constitutiva de la Federación. El contenido de la primera parte de la ley en comento estaba estructurado de la siguiente manera:

El capítulo I se denominaba “*Del Estado, territorio y forma de gobierno*”, compuesto de los Artículos 1 y 2, en los que establecía la división del poder público, en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

El capítulo II se refería al *Poder Legislativo* (Artículos 1 a 6). El capítulo III, de título “*Del gobierno del Estado y sus atribuciones*” (artículos 1 a 31) estableció que el Poder ejecutivo se confiaba al Gobernador del Estado, a quien debía darse el tratamiento de excelencia, y era nombrado por el Congreso. Fijó el sueldo del Gobernador en 4000 pesos anuales. Previó la existencia de un vicegobernador. Se estableció la obligación del gobernador de ejecutar las leyes, decretos y órdenes del Congreso, y así también la de publicar las leyes y decretos, con la fórmula sacramental para tal efecto. Se le permitía al Gobernador promover la suspensión de la ejecución de una ley por el periodo de diez días. Confería al gobernador la facultad reglamentaria (artículo 11), la facultad de nombrar y de suspender a los gobernadores de departamento y a los jueces. El gobernador tenía a su disposición la milicia local, era el encargado de cuidar la recaudación de todas las rentas del Estado y de inspeccionar los fondos municipales, se le permitía proponer leyes, decretar arrestos, nombrar y separar libremente a secretarios de despacho, hacía el juramento de los secretarios de despacho y sería responsable en el ejercicio de sus funciones.

En el capítulo IV se contempló la existencia de La junta consultiva (artículos 1 a 13), que era nombrada por el Congreso

NELLY RUIZ FLORES

del Estado, integrada por 5 ciudadanos notables, a la cual el gobernador le consultaba los asuntos graves. A dicha Junta le correspondía firmar los títulos de los funcionarios, a propuesta del gobernador.

El capítulo V, que se denominaba “De los gobernadores de departamento” (Artículos 1 a 29), establecía la división política del territorio oaxaqueño en seis departamentos. En cada uno había un gobernador de departamento con funciones específicas (artículo 5º) como cuidar de la tranquilidad pública, de la seguridad de los habitantes del departamento, ejecutar las leyes en su territorio y remitirlas a los alcaldes. Asimismo, eran responsables de los abusos de su autoridad. Tenían el tratamiento de señoría. Presidían sin voto el ayuntamiento de la cabecera. Podían decretar arrestos en flagrancia de 24 y 48 horas. Decidían sobre las elecciones de oficios de los ayuntamientos, el fomento de la agricultura y la instrucción pública.

Los gobernadores de departamento tenían las siguientes obligaciones: visitar los pueblos de su demarcación, tomar conocimiento de los fondos de los ayuntamientos, suspender funcionarios por causas graves, remediar los abusos que notaran formando los expedientes de visita, cuidar que los ayuntamientos cumplieran exactamente sus deberes, principalmente el establecimiento de escuelas de las primeras letras, la formulación del plan estadístico de su demarcación, debían velar escrupulosamente por los puertos que hubiera en su territorio, reconocer los buques anclados en su espacio, vigilar por sí y por medio de los alcaldes y ayuntamientos, las introducciones clandestinas de comercio, marítimos, terrestres o estancados, levantar la milicia local en sus respectivos distritos, recaudar la captación del distrito y remitirla al gobernador del Estado mensualmente, y antes de tomar posesión de su cargo, jurar guardar y hacer guardar el acta constitutiva de la Nación.

En el capítulo IV, intitulado “*De los alcaldes y ayuntamientos*” (Artículo único), se contemplaba la figura de los alcaldes y ayuntamientos para administración de justicia civil y criminal, con el carácter de jueces de paz.

En la segunda parte de la Ley Orgánica para el Gobierno del Estado, el capítulo I, llamado “De la Corte de Justicia del Estado”

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

(artículos 1 a 21), es el primer antecedente de lo que hoy conocemos como ley orgánica del poder judicial de Oaxaca, porque regulaba el Poder Judicial del Estado de Oaxaca, y las atribuciones de los magistrados y jueces especialmente en los numerales 3 y 4, así como los delitos y faltas administrativas cometidas por los magistrados.

En su capítulo II, previó la existencia de los juzgados de primera instancia y la división del estado en diez distritos judiciales.

El capítulo III denominado “De los asesores ordinarios del Estado” (artículos 1 a 4), permitía que el gobierno contara con tres secciones de asesores, de acuerdo con los partidos existentes en el Estado.

Y en el último capitulado denominado *Orden*, se establecieron las reglas “para que se hermosteen las plazas de la capital con un plantío de árboles de fácil vegetación”.

A lo anterior se agrega que, durante el siglo XIX fueron expedidas en el Estado de Oaxaca, diversas leyes orgánicas:

- La Ley Orgánica Electoral (6 de noviembre de 1857).
- La Ley Orgánica para el Gobierno y Administración Interior del Estado de Oaxaca (16 de noviembre de 1857).
- La Ley Orgánica para el Arreglo de los Tribunales del Estado (10 de septiembre de 1858).
- La Ley Orgánica de Justicia (25 de octubre de 1860).
- La Ley Orgánica de la Instrucción Pública y del Instituto del Estado (8 de diciembre de 1860) y
- La Ley Orgánica de la Secretaría del Congreso y de la Diputación Permanente del Estado (1° de diciembre de 1868).

2. Las leyes orgánicas de 1986, 2004 y 2012

En el último tercio del siglo XX, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca, publicada en el Periódico Oficial del Estado el 1 diciembre de 1986, estableció en el capítulo I (artículos 1 a 15) que la administración pública se divide en centralizada y paraestatal. La primera de ellas, en ese entonces la integraban la Gubernatura del Estado, las Secretarías Estatales, la Procuraduría General de Justicia del Estado y las unidades de apoyo y coordinación. La Administración Pública

NELLY RUIZ FLORES

descentralizada se conformaba con los organismos públicos descentralizados, las empresas de participación y los fideicomisos estatales, dependencias que podían ser creadas por ley del congreso local, decreto o acuerdo del Ejecutivo. El gobernador del Estado estaba facultado para llevar a cabo la sectorización de las entidades paraestatales.

En el capítulo II de esta ley, se definieron a las dependencias del Poder Ejecutivo, que eran: la Secretaría General de Gobierno, la Procuraduría General de Justicia, la Secretaría de Planeación, la Secretaría de Finanzas, la Secretaría de Administración, la Secretaría de Desarrollo Económico y Social, la Secretaría de Desarrollo Rural, la Secretaría de Desarrollo Urbano, Comunicaciones y Obras Públicas y la Secretaría de Salud.

El artículo 17 de esta ley orgánica, dispuso que el Gobernador del Estado contaba con las siguientes unidades adscritas: la Dirección de Contraloría Interna, la Dirección de comunicación social, las Delegaciones regionales de gobierno y la representación del gobierno del Estado en el Distrito Federal.

Asimismo, se estableció que el gobernador presidiera el Comité Estatal de Planeación para el desarrollo de Oaxaca (COPLADE), la Comisión Interna de Administración Pública y la Comisión Intersecretarial de Gasto- financiamiento.

En el capítulo III, se dispusieron las atribuciones de cada una de las Secretarías de la administración pública centralizada. En el capítulo VI de la misma ley, se previó la existencia de la Comisión Interna de Administración Pública (ahora extinta), presidida por el Gobernador del Estado, integrada por todos los secretarios, el Procurador General de Justicia y los funcionarios que determinara el Ejecutivo Estatal. Sus funciones consistían en decidir sobre los proyectos de reforma administrativa y de modificaciones a la estructura orgánica en la entidad. De igual manera, operaba en aquél entonces la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, encargada de analizar el comportamiento de gasto público local y la situación financiera de los organismos públicos.

En cuanto a la administración pública paraestatal, en el capítulo VIII de esta ley, ordenó que corresponde a las Secretarías de Estado, la coordinación de los sectores en los cuales se agrupan las entidades de la administración pública paraestatal, disposición que permanece vigente.

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Posteriormente, el 30 de noviembre de 2004 se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, la nueva Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca conformada por 57 artículos, que presentó un cambio sustancial en relación con la anterior porque se adicionaron otras Secretarías de Estado pertenecientes a la Administración Pública Centralizada, y además se agregó la existencia de Coordinaciones y Comités que directamente auxiliaban al Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones, para quedar así:

- Secretaría General de Gobierno.
- Procuraduría General de Justicia.
- Secretaría de Protección Ciudadana.
- Secretaría de Finanzas.
- Secretaría de Administración.
- Secretaría de la Contraloría.
- Secretaría Técnica.
- Secretaría de Cultura.
- Secretaría de Economía.
- Secretaría de Turismo.
- Secretaría de Desarrollo Rural.
- Secretaría de Obras públicas.
- Secretaría de Salud.
- Secretaría de Asuntos indígenas.
- Consejería Jurídica del Gobierno del Estado.
- Oficinas auxiliares del gobernador.
- Coordinación General de Delegaciones de Gobierno.
- Coordinación General del Transporte.
- Coordinación General de Proyectos estratégicos.
- Coordinación General de Asuntos Jurídicos.
- Coordinación General de Asesores.
- Representación del gobierno del Estado en el Distrito Federal.
- Coordinación para los procesos de planeación, finanzas y administración.
- Comité Estatal de Planeación para el Desarrollo de Oaxaca.
- Comisión Interna de la Administración Pública.

NELLY RUIZ FLORES

- Comisión Intersecretarial de Gasto financiamiento.

Y en cuanto a la Administración pública paraestatal, se estableció que se conformaba de la siguiente manera:

- Los Organismos descentralizados,
- Empresas de participación estatal,
- Comisiones,
- Comités,
- Juntas,
- Patronatos,
- Fideicomisos públicos y
- Por aquellas entidades que no estén comprendidas en la administración pública centralizada.

La ley anterior fue abrogada, al publicarse el 1 de diciembre de 2010 en el *Periódico Oficial del Estado*, otra Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca⁹, sin embargo, esta legislación conservó la mayor parte del texto de la anterior, pero adicionó como órganos auxiliares del Gobernador del Estado, a la Jefatura de la Gubernatura, la Coordinación General de Comunicación Social y Vocería del Gobierno del Estado, la Coordinación para la Atención de los Derechos Humanos, la Coordinación General de Educación Media Superior y Superior; Ciencia y Tecnología, y la Coordinación General de Enlace Federal y Relaciones Internacionales. En cuanto a la administración pública centralizada, la Secretaría de Cultura fue sustituida por la Secretaría de Artes y Culturas, la Secretaría de Obras públicas fue reemplazada por Secretaria de las Infraestructuras y el Ordenamiento Territorial Sustentable, y se creó la Secretaría de Vialidad y Transporte, que en 2018 fue sustituida por la Secretaría de Movilidad. En ese mismo año, se incluyó la Secretaría de las Mujeres.

⁹ Versión electrónica consultable en <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=53E5PvVpljaUSQiybXXEcOt1WOba/71yMYUFZFwu68yC5F6YT0oKbsHYcyHG N9Y3RF3D1Xf4ZJ3UBGtScbBJvA==#:~:text=La%20presente%20Ley%20tiene%20por,Libre%20y%20Soberano%20de%20Oaxaca.>

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

IV. LAS RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS: INSTITUCIÓN BICENTENARIA EN OAXACA

En Oaxaca, los precedentes de la responsabilidad administrativa se ubican en el “Decreto de 24 de marzo de 1813 de las Cortes de España, a que se contraen el 31 del cap.3º y 16 cap 5º (sic) de la Ley Orgánica, que para el Gobierno Interior del Estado Libre de Oaxaca ha dado su Congreso Constituyente el 25 de mayo de 1824”¹⁰, en el que se estableció un sistema de sanciones a servidores públicos por la comisión de faltas administrativas en el ejercicio de su encargo, cuyas particularidades se describen enseguida:

A los empleados de la administración pública, quienes resultaban responsables de haber abusado de su autoridad, se les consideró prevaricadores, y se les sancionaba con la remoción del empleo, la inhabilitación de por vida para volver a trabajar en el gobierno, además de obligársele a pagar los perjuicios ocasionados, más las penas a las que hubiera lugar. El cohecho de castigaba de forma especial, y se aplicaba el mismo castigo que a los jueces. La ineptitud o descuido en el cargo se sancionaba con la destitución, y el resarcimiento de daños y perjuicios.

En el capítulo II de esa ley, denominado “De los demás empleados públicos”, se tipificó el delito de prevaricación y en los artículos 1 a 4, se hacía referencia a “toda clase de faltas administrativas en el ejercicio de su cargo, por acción u omisión”. Y como sanciones a esas faltas, se aplicó la remoción del cargo o empleo, la inhabilitación indefinida para obtener cargo alguno, además de que debía resarcir todos los perjuicios ocasionados, y le era aplicable cualquier pena mayor establecida por las leyes especiales de su ramo. Las penas también eran trascendentales, porque los superiores jerárquicos de los empleados infractores tenían que responder por las faltas cometidas por los subalternos a su cargo, por no haberles vigilado correcta y oportunamente. Había una alta exigencia de

¹⁰ Esta normatividad fue consultada directamente en el Centro de Investigación y Documentación del Congreso del Estado de Oaxaca, en San Raymundo Jalpan, Oaxaca.

NELLY RUIZ FLORES

cuidar el interés público y la buena imagen de los funcionarios del gobierno.

La Constitución local de 1857 contenía un título dedicado a la responsabilidad de los funcionarios públicos, en el que por primera vez se estableció quiénes tenían tal carácter y el procedimiento a seguir para sancionar las faltas administrativas. Además, en el siglo XIX se expidieron la Ley de Responsabilidad de los funcionarios Públicos (4 de octubre de 1852) y la Ley Orgánica para hacer efectiva la Responsabilidad de los funcionarios Públicos del Estado (27 de abril de 1858)¹¹.

Como se ve, desde hace casi doscientos años, en el orden jurídico oaxaqueño, ya se contemplaba un procedimiento de responsabilidades administrativas y sanciones a los servidores públicos que infringieran las leyes en ejercicio de su cargo, con lo cual se evidencia que las bases del sistema anticorrupción son en realidad, antiguas.

V. ESTADO ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL

A partir del año 2011, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, tuvo reformas significativas que cambiaron la integración de la administración pública, con la creación de los siguientes órganos autónomos:

I. La Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca (DDHPO), creada por decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado el 15 de abril de 2011 (actualmente prevista en el artículo 114 apartado A).

II. El Órgano Garante de Acceso a la Información Pública, Transparencia, Protección de Datos Personales y Buen Gobierno del Estado de Oaxaca (artículo 114 apartado C), instituido mediante decreto publicado en el Periódico Oficial Extra del 1 de junio del 2021.

III. La Fiscalía General del Estado de Oaxaca (artículo 114 apartado D), instaurada a través del decreto publicado en el Periódico Oficial Extra de 30 de junio de 2015.

IV. El Tribunal Electoral del Estado de Oaxaca (artículo 114 BIS), establecido por decreto publicado en el Periódico Oficial Extra del 30 de junio del 2015.

¹¹ *Ídem.*

SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

V. El Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca (artículo 114 TER), originado en el decreto publicado en el Periódico Oficial Extra del 30 de junio del 2015.

VI. El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Oaxaca (artículo 114 QUÁTER), mediante decreto publicado en el Periódico Oficial Extra del 16 de enero del 2018.

Los órganos autónomos del Estado de Oaxaca actúan dentro del marco previsto por la CPELSE, las leyes de cada materia y sus reglamentos internos, y también ejercen la función administrativa en mayor o menor medida, como la emisión de su reglamento interno, el nombramiento de servidores públicos, el control, la fiscalización y la formulación de su presupuesto. Lo mismo ocurre con el poder legislativo, que cuenta con el Órgano Superior de Fiscalización, y con el Poder Judicial, que tiene su propio órgano de control y decide su presupuesto. Esto pone de manifiesto que la administración pública tenga carácter transversal y que ya no se encuentre únicamente dentro del Poder Ejecutivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Colección de leyes, decretos, circulares y demás disposiciones dictadas por el Congreso y el Gobierno del estado, del 6 de julio de 1823 al 2 de octubre de 1851, (1989) Honorable Congreso del Estado de Oaxaca.

Compilación de ordenamientos jurídicos de la administración pública estatal. gobierno constitucional del estado de oaxaca. (1989). Centro de Investigación y Documentación del Honorable Congreso del Estado de Oaxaca, en San Raymundo Jalpan, Oaxaca.

Nettel, Alina, y Bello, Noemí (coord.), *Derecho administrativo. un ámbito de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2016.

Fernández Ruíz, Jorge, “Evolucion y Surgimiento del Derecho Administrativo en México. Historia y Constitución”, en Cruz O. y Carbonell M. (coords.), *Historia y constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. I (pp. 129-155), México, IIIJ-UNAM, 2015. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4038->

NELLY RUIZ FLORES

[historia-y-constitucion-homenaje-a-jose-luis-soberanes-fernandez-tomo-i](#)

Fernández Ruíz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 9ª edición, 2020.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD AL INSTITUTO
DE SALUD PARA EL BIENESTAR.
ENTRE EL RETO LOCAL Y LOS COMPROMISOS
INTERNACIONALES

Eréndira SALGADO LEDESMA*

Resumen: En este trabajo académico se analiza el derecho a la protección de la salud que incorporó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1984, en el artículo 4º, en cumplimiento de compromiso asumidos por el Estado en el plano internacional. Se destaca que México es uno de los países más rezagados de la región en materia de gasto público orientado al sistema público de salud, donde sólo la mitad de la población accede a servicios de seguridad social. El desabasto de medicinas es una de las constantes en el sistema de salud, además, los problemas en la atención se agravaron por la Pandemia, lo cual evidenció la fragilidad del sistema de salud en México.

Abstract: This academic paper analyzes the right to health protection that was incorporated in the Political Constitution of the United Mexican States in 1984, in article 4, in compliance with the commitment made by the State at the international level. It should be noted that Mexico is one of the countries lagging behind in terms of public spending on the public health system, where only half of the population has access to social security services. The shortage of medicines is one of the constant problems in the health system, moreover, the problems in the care were aggravated by the pandemic, which evidenced the fragility of the health system in Mexico.

Palabras clave: Derecho a la salud, seguro popular, Sistema Nacional de Salud, Instituto de Salud para el Bienestar.

Keywords: Right to health, popular insurance, National Health System, Health Institute for Welfare.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la salud y derecho a la protección de la salud. III. La protección de la salud en el ámbito local: alcance. IV. Los componentes del derecho a la protección de la salud. V. Creación del seguro popular en salud para compensar desequilibrios en el acceso a los servicios. VI. Se suprime el seguro popular en salud. VII. El nuevo instituto y las *redes integradas*. VIII. A modo de conclusión. IX. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

México cuenta con más de 126 millones de habitantes.¹ La cifra lo ubica en el décimo lugar entre los países más poblados del mundo y uno de los más rezagados de Latinoamérica en materia de gasto público orientado al sistema de salud. Los Estados miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico destinan en promedio por el orden del 8% del producto interno bruto en gasto en salud, según cifras de la Organización Panamericana de la Salud.² La Organización Mundial de la Salud recomienda invertir por Estado un 6% del Producto Interno Bruto y México se sitúa entre los países que menos invierten, República Dominicana, Guatemala y Perú con inversión entre el 2 y 4%. Si lo comparamos en el ámbito internacional la proporción es más relevante. Un estudio de los economistas Brenda Murillo y Leobardo Almonte expone un comparativo del porcentaje del PIB destinado a la salud, en el

* Docente-Investigadora de la Universidad Anáhuac México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores-Conacyt y de las Asociaciones Nacional e Internacional de Derecho Administrativo.

¹ De acuerdo con el Censo Nacional de Población y Vivienda 2020, realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la población en México se estima en 126 millones 14,024, <https://inegi.org.mx/programass/ccpv/2020>

² ELCEO. Gasto público de México en salud es uno de los más bajos de la OCDE, Política, 7 de noviembre de 2019, en <https://elceo.com/politica/gasto-publico-de-mexico-en-salud-es-uno-de-los-mas-bajos-de-la-ocde/>

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

que destaca el nuestro con el 2.5%, respecto del 6.2% de España, 9.5% de Alemania y 14.3% de Estados Unidos de América.³

Justo, por tales razones, los retos mayores para avanzar en la equidad en los servicios para 2019 fueron, tanto el porcentaje insuficiente, como la ineficiencia en la asignación y el uso de los recursos. Peor aún, como país en tránsito hacia la cobertura universal debiera invertir una cifra igual al 5%, pero en lugar de incrementarse se ha ido reduciendo de forma paulatina desde 2012, del 2.9 al 2.5 actual, sin que logre recuperarse.⁴

En efecto, según Forbes el gasto en salud ha ido decreciendo desde 2012 en los términos siguientes: 2012-2.9%, 2014-2.8%, 2016-2.7%, 2018-2.5% y 2020 .5%.⁵ De ahí que, con el apremio actual del sistema de salud por la disminución sensible de recursos presupuestales, el panorama no “pinta” nada halagueño para el sector para los años próximos.

Más población – Gasto en salud = Inequidad en los servicios

Más población – Gasto en salud + Pandemia =
Riesgo de saturación y colapso

II. DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La prestación de servicios de atención médica es una actividad técnica que tiene como objetivo satisfacer las necesidades de carácter general por medio de la administración pública o con la participación de los particulares facultados por la normativa, para brindar las prestaciones en salud siguientes: acciones preventivas, curativas y de rehabilitación.⁶ Este

³ Murillo Villanueva, Brenda y Almonte, Leobardo de Jesús, “Gasto público en salud y su composición, el caso de México”, *Economía actual*, año 23, núm. 3, julio-septiembre de 2020, p. 38.

⁴ *Ibid.*

⁵ Medina, Alejandro, “México invierte 2.5 del PIB en salud, cuando lo ideal sería el 6% (o más): OPS”, *Forbes México*, Economía y finanzas, 27 de agosto, 2020.

⁶ Ley General de Salud, *DOF*, 7 de febrero de 1984.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

enfoque responde a la orientación que la estima servicio público, en el que el derecho a la salud queda satisfecho con el acceso de la población a los servicios de atención médica y hospitalaria para recibir un conjunto de prestaciones asistenciales que deben otorgarse por razones de legitimación política y de orden público con la finalidad de lograr la igualdad y propiciar la integración de la sociedad.⁷ No obstante, la Ley General de Salud (ley reglamentaria) de conformidad con el mandato contenido en el artículo 4º constitucional ordena la conformación de un sistema nacional integrado por dependencias y entidades de la administración pública: federal y locales, con la incorporación de las personas físicas o jurídicas de los sectores público, privado y social que presten servicios en salud. Todos deben ofrecer y brindar los servicios de forma regular, continua, uniforme y adecuada para la satisfacción de la necesidad de interés general⁸, como ocurre con cualquier servicio público. Pero los de salud, por la característica sobre-regulada que incorpora la normativa deben brindarse de forma universal y en condiciones dignas, con calidad y seguridad, debido al impacto que pueden tener en la vida de la persona.

El Reglamento de la Ley en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica (DOF, 14-V-86) dispone que la persona debe obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea y recibir atención profesional, ética y responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud (art. 48). El servicio será de calidad, “cuando se hace lo correcto en el momento correcto, a la persona indicada y en el lugar adecuado”.⁹ ¿Y qué es lo correcto?, que el sistema cuente con instituciones (sean públicas, privadas o del sector social) que proporcionen los servicios; que dispongan de médicos y otros

⁷ La Constitución de la República de Colombia determina que la salud y el saneamiento básico son servicios públicos a cargo del Estado: “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”, <https://pdba.georgetown.edu/>

⁸ Fernández, Jorge y Salgado, Eréndira. *Derecho administrativo del estado de Sinaloa*, México: Porrúa, 2007, pp. 283-287.

⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, Estudio diagnóstico del derecho a la salud 2018.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

profesionales de la salud que atiendan al paciente con apego al protocolo que posibilite su evaluación; que los médicos y sus auxiliares observen los principios científicos que rigen la profesión, y que el acto médico sea legítimo y justifique la decisión y el cumplimiento de las obligaciones de medios, seguridad y resultados.¹⁰ También debe entregarse medicamentos de forma gratuita, si el paciente no puede adquirirlos¹¹ y, por supuesto, que las medicinas sean efectivas para el padecimiento¹²: “la no entrega de medicamentos transgrede el derecho a la salud”.

De lo expuesto puede apreciarse la separación o desdoblamiento de la noción jurídica “protección de la salud”: a) como servicio público frente a los autorizados o permisionarios que los proporcionan y b) cómo derecho humano exigible ante las autoridades, pues éstas son las obligadas a satisfacerlos. Por tal razón, sea que los ministre el Estado de forma directa o delegada por conducto de particulares supervisados por la autoridad pueden hacerse justiciables ante órganos jurisdiccionales, pues la actuación exigida deriva de un mandato legal y las actividades para desarrollarlo corresponden de modo originario al Estado, que las tiene estipuladas bajo su responsabilidad, tanto en la Constitución general como en la normativa secundaria.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación refrenda esta postura cuando sostiene que la protección del derecho se traduce en una responsabilidad estatal: “La obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud”.¹³ De ahí que el mismo quede obligado “a garantizar el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud físico y psicológico”.¹⁴

¹⁰ SSA, *La Calidad de la atención a la salud en México a través de sus instituciones*, México: SSA-Biblioteca Mexicana del Conocimiento, 2012, p. 23.

¹¹ SCJN, Amparo en Revisión 251/2016, <https://www.scjn.gob.mx/>

¹² INFOBAE, González, Manuel. Desabasto de medicamento “transgrede derecho a la salud”: Suprema Corte ordeno a IMSS garantizar tratamiento a persona con VIH/SIDA, 12 de noviembre de 2020, en <https://infobae.com/america/>

¹³ PJJF, *Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

¹⁴ PJJF, *Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 173/2008, tomo XXIX, abril de 2009, p. 164.

III. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL ÁMBITO LOCAL:
ALCANCE

La creación del Sistema Nacional de Salud para la atención de los servicios sanitarios constituye una estrategia institucional encaminada a garantizar el derecho a la protección de la salud, pero no es la única, pues el derecho engloba otros componentes. Por decisión del Constituyente Permanente, la noción incorporada en el artículo 4º de la Constitución general no es el derecho a la salud, sino el derecho a la protección de la salud¹⁵, que además del acceso a los servicios de atención médica, incorpora los servicios de salud pública y los servicios de asistencia social, de acuerdo con la legislación secundaria, en razón de que entiende a la salud como: “Un estado completo de bienestar físico, mental, social y no solamente la ausencia de enfermedades” (art. 1º *Bis*, LGS). Por su parte, el numeral 2º dispone que el sistema de salud tiene como finalidades asegurar un amplio catálogo de pretensiones, de cuya amplitud deviene la complejidad en su satisfacción:

- bienestar físico y mental de la persona;
- prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- prestación gratuita de servicios de salud, medicamentos y demás insumos cuando se trate de personas que carezcan de seguridad social;
- conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios;

¹⁵ José Francisco Ruiz Massieu. “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del estado”, en *Salud Pública* 27 (enero-febrero 1985), p. 6.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

- desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica, y
- promoción de la salud y prevención de las enfermedades.

Mantener el estado óptimo de salud física y mental de las personas, mejorar su calidad de vida y prolongarla requiere de actitudes solidarias y responsables. Y, ¿en qué basamos dicha solidaridad? Como bien expresa el más alto tribunal del país¹⁶: en el esfuerzo conjunto de todos; Estado, sociedad e individuo. De ahí que todos somos responsables, tanto en la dimensión humana como en el aspecto social.¹⁷ Si por mandato constitucional, la responsabilidad integral de satisfacer el derecho corresponde en forma originaria al Estado, éste debe atender en primer lugar a los que menos tienen. En este punto abro un paréntesis para dar la razón al Ejecutivo federal cuando sostiene dicha postura: los pobres son primero. Las demás personas tenemos otras opciones a nuestro alcance para atender y resolver los problemas de salud.

Por último, otra perspectiva más avanzada reconoce el carácter de bien público de la salud y confiere a las personas el derecho a obtener un diagnóstico integral con el fin de identificar alteraciones o alguna condición de posibles deficiencias o discapacidades, desde su nacimiento y a lo largo de toda su vida. Bajo esta perspectiva, lo regula la Constitución Política de la Ciudad de México (DOF, 05-II-17) y la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías, también de la Ciudad de México. Dicha legislación dispone que los servicios médicos sanitarios en el primer nivel de atención en salud son: universales, gratuitos, dignos, profesionales, expeditos, equitativos, seguros, de calidad y al alcance de todas las personas.¹⁸

Sobre el particular podemos afirmar que la Constitución de la Ciudad de México contiene la regulación más amplia y progresista del país sobre la protección de la salud y algunos otros temas, pues incorpora un catálogo de derechos emergentes

¹⁶ DOF, 30 de noviembre de 2018, sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 12/2016, en línea.

¹⁷ Moëne, Karla, “El concepto solidaridad”, *Rev. chil. radiol.* [online]. 2010, vol.16, núm.2, p. 51.

¹⁸ *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 8 de febrero de 2019, en línea.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

garantizados, como la renta mínima vital y servicios médicos de calidad y calidez.¹⁹

IV. LOS COMPONENTES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Los alcances del derecho a la protección de la salud fueron objeto de debate y discusión desde época anterior a su reconocimiento constitucional, pues los expertos cuestionaron si la salud pudiera ser objeto de protección legal, dada su naturaleza orgánica y debido a la implicación de los efectos prácticos que supondría que formara parte del texto supremo. La pregunta cardinal: ¿cómo garantizarla? Martínez, García, y Barón en su Tratado a la protección de la salud afirman que la posibilidad objetiva de definir el derecho refiere, más un programa de acción y progreso sin fin, que haga posible las prerrogativas a las que da cobertura, que a una posición jurídica operativa plena.²⁰ Debido a ello, sin programa de acción y sin compromiso político de asistencia y cuidados no presenciamos un derecho verdadero y efectivo. Empero, muchos de los temas quedan vinculados con la disponibilidad de recursos presupuestales. A la fecha, todavía no tenemos satisfechos de forma universal ni los servicios básicos de atención médica (preventiva, curativa y de rehabilitación), mucho menos los complementarios de salud pública y de asistencia social que comprende el concepto extendido: *protección de la salud*.

El doctor Fernando Cano advierte que, dentro de las cuestiones, todavía controvertidas u utópicas, una es la factibilidad de que la salud sea realizable para todos, debido a que los esfuerzos, la estrategia y el presupuesto para brindarla con cobertura universal la hacen inalcanzable. La sola declaración simbólica de política nacional, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, no basta por sí sola para garantizar el derecho, sino que debe traducirse en leyes,

¹⁹ Salgado, Eréndira. Constitución CDMX: derechos clásicos y otros emergentes, en *Constitución de la Ciudad de México* (coord. César Astudillo), México, Porrúa, 2020, pp.983.

²⁰ Martínez, Eduardo, García, Luis Francisco y Barón, Enrique, *Tratado del derecho a la salud*, 2ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 2004, p. 79.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

programas y servicios específicos.²¹ Pero ¿qué cantidad es la suficiente cuando las demandas son considerables?: 2.5% del PIB, por supuesto que no.

V. CREACIÓN DEL SEGURO POPULAR EN SALUD PARA COMPENSAR DESEQUILIBRIOS EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS

La reforma a la Ley General de Salud (DOF, 15-V-03) incorpora un Sistema Nacional de Protección Social que opera con recursos aportados por la federación y ejercidos por las entidades federativas y el entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) , con el objetivo de complementar las acciones de las grandes instituciones públicas de salud para brindar servicios integrales a la población que desarrolla actividades fuera del sector formal de la economía, que se encuentra excluida de los servicios institucionales tradicionales de seguridad social. Dicho sistema operaría bajo lógica administrativa descentralizada.²²

En sus inicios, ésta fue la justificación de la creación del Seguro Popular: brindar servicios básicos en salud y medicinas (uno y otras gratuitos) a los más rezagados de la población. Los beneficiarios que se adhirieran al sistema de forma voluntaria tendrían derecho a recibir servicios integrales de salud y contarían con acceso igualitario a la atención y a los medicamentos y, en algunos casos, no cubrirían cuotas de recuperación. Lo anterior es así, porque, en el sistema de salud tradicional, los afiliados deben cubrir cuotas de recuperación que se recaudan para la prestación de los servicios de salud, las que se determinen tomando en cuenta, tanto el costo de los servicios, como las condiciones socioeconómicas del usuario, lo que deja en claro que en los casos de personas que carecen de recursos para cubrirlas o situados en zonas de menor desarrollo económico y social debe, incluso, eximirseles de pago. Ello implica no sólo universalidad de los servicios de salud, sino

²¹ Cano, Fernando, *Derecho a la protección de la salud en América Latina*, México, UNAM, Unesco, 2010, p. 15.

²² Gómez, Octavio y Ortiz, Mauricio, “Seguro Popular de Salud, Siete perspectivas”, en *Revista Salud Pública de México* 46 (nov-dic. 2004).

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

incluso de la gratuidad de estos para los que menos tienen: atención médica gratuita, incluidos los medicamentos.

En el marco del Sistema Nacional de Protección Social quedó inserta la creación y operación del Seguro Popular en Salud que inició operaciones en 2004, como “brazo ejecutivo” para concretar sus acciones. Al nuevo seguro podrían adherirse las familias cuya afiliación pudiera cubrirse con cargo a los recursos del Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud detallado en la Ley de Coordinación Fiscal; de los programas del *Ramo Administrativo 12, Salud*, del Presupuesto de Egresos de la Federación y otros de la función salud que el Ejecutivo federal determinare y aprobare la Cámara de Diputados (subsidios federales) donde, hasta el ejercicio fiscal 2020, siguieron incorporándose recursos presupuestales con tal propósito.

La responsabilidad de la prestación de los servicios del seguro popular queda encomendada a las entidades federativas; al gobierno federal le corresponde ministrar los recursos para su operación, y a la Secretaría de Salud el dictado de reglas de operación.²³ Así, el Sistema Nacional, según el tipo de prestadores quedó conformado de la manera siguiente:

- a) servicios públicos de salud para la población general, en establecimientos públicos y regidos por criterios de universalidad y gratuidad;
- b) servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social prestados a las personas que cotizaren de conformidad con las leyes, así como los que con sus propios recursos o por encargo del Ejecutivo federal se prestaren por las instituciones a otros grupos de usuarios;
- c) servicios sociales y privados prestados por grupos y organizaciones sociales a sus miembros y beneficiarios de forma directa o mediante la contratación de seguros individuales y colectivos o por personas físicas o jurídicas de acuerdo con las condiciones que convinieran de conformidad con la legislación civil y mercantil, y

²³ Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de Operación e indicadores de gestión y evaluación del Seguro Popular de Salud, en DOF, 4 de julio de 2003.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

d) otros servicios en salud para las personas no derechohabientes de las instituciones de seguridad social o que no contaren con otro mecanismo de previsión social en salud financiado por la Federación, las entidades federativas y los beneficiarios mediante cuotas determinadas de acuerdo con las condiciones socioeconómicas de cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de recursos fuere limitante para el acceso.²⁴

En el año del arranque del programa recibieron atención en salud: 5 millones 318 mil 289 personas (54% mujeres y 46% hombres) y en 2014, el del mayor acceso, acudieron a los servicios: 57 millones 105 mil 622 (47% mujeres y 53% hombres). De 2004 a junio de 2019 lo recibieron un total de: 697 millones 695 mil 338 beneficiarios de 2 mil 466 municipios de 32 entidades federativas. Aun así, no se llegó a la cobertura universal en los servicios, pero con todo y limitaciones, el seguro popular redujo en 22.9% la carencia de acceso a los servicios de salud; de 38.4% en 2008 a 15.5% en 2016.²⁵

VI. SE SUPRIME EL SEGURO POPULAR EN SALUD

Según las modalidades de atención, al 1 de diciembre de 2018 la población afiliada a los servicios de salud se componía como a continuación se relaciona: 40% al IMSS; 8% al ISSSTE; 5% en otras instituciones; 2% en servicios institucionales de Petróleos Mexicanos, Secretaría de la Defensa Nacional y Secretaría de Marina, y alrededor del 50% atendidos en el Seguro Popular en Salud.²⁶ Que casi la mitad de la población del país estuviera afiliada al seguro popular y que el mismo se suprimiera de golpe, da cuenta de la situación de fragilidad y vulnerabilidad en que

²⁴ Sobre el particular, véase la tesis P./J. 136/20008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

²⁵ Información procesada por la autora a partir de los datos abiertos del seguro popular que aparecen en la página institucional al día 20 de octubre de 2019.

²⁶ *Ibid.* Nota: el porcentaje refleja más del 100% debido a que algunas personas están afiliadas a dos o más instituciones de salud.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

quedaron colocadas las personas de menores recursos económicos.

El Ejecutivo federal anuncia la cancelación del seguro popular en julio de 2019, debido a que: “Ni era seguro ni era popular”.²⁷ El seguro se sustituye por el denominado: Instituto de Salud para el Bienestar (INSABI). Lo sorprendente es que la administración federal: 2012-2018 estima que tal seguro sí era popular, porque otorgaba a las familias la seguridad de saber que, si alguno de sus miembros llegaba a enfermarse, no tendrían que preocuparse de cómo pagar la atención ni los medicamentos. De ahí que desde su origen fue denominado popular, justo, porque los servicios se dirigen al pueblo, a las familias más pobres.²⁸ Parece que el discurso no fue paralelo a la realidad.

¿Cuáles fueron las razones de la gestión malograda del seguro popular?, cuyas bondades fueron anunciadas con *bombo y platillo* en la administración del presidente Vicente Fox, que incluso ofreció que la cobertura universal alcanzaría para toda la población para el año 2010. ¿Cómo llegamos al punto de desequilibrio en el sistema, con desabasto en medicamentos y rezago del 80% en la atención en los estados de: Chiapas, Guerrero y Oaxaca donde habitan los mexicanos más pobres del país? ¿En qué medida la decisión de reconvertir el seguro popular implica un avance que posibilita la garantía del derecho a la protección de la salud? Más aún, ¿existen las condiciones que posibiliten alcanzar la cobertura universal en los servicios en estos momentos?

El presente análisis no tiene como propósito cuestionar al seguro popular ni mucho menos ensalzar los beneficios alcanzados durante su vigencia (ciertos o figurados), sólo debatir la decisión de suprimirlo sin que quede definido, con claridad: el programa y las acciones gubernamentales para la sustitución del “brazo ejecutivo” del sistema público de salud que mejoraría las deficiencias del modelo que sustituye. Entre las más destacables, la fragmentación en los servicios, los obstáculos que

²⁷ Gabriela Jiménez, “Crítica AMLO a defensores del seguro popular: ni era seguro ni era popular”, *El Sol de México*, Sociedad, 7 de agosto de 2019.

²⁸ Comisión Nacional de Protección Social en Salud, Seguro Popular, Información general.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

frenan la cobertura universal, y las fallas en la operación que restringen el acceso.

La exposición de motivos del proyecto de decreto de creación del INSABI, dada su brevedad, aporta información escasa sobre las razones tomadas en cuenta para suprimir el seguro con el propósito de instaurar una institución similar, pues sólo expresa que, “no garantiza el acceso universal y oportuno a los servicios de salud requeridos por la población que carece de seguridad social”.²⁹ Además de objetar su funcionamiento bajo un esquema tripartito (aportaciones federales, de las entidades federativas y de los beneficiarios), que sólo permitió brindar un catálogo limitado de servicios y medicamentos, sin incluir todos los padecimientos. Tal vez la razón de fondo es la primera; el escaso financiamiento público asignado u otra más preocupante, el desvío de recursos federales asignados a las entidades federativas para este rubro.

Por principio de cuentas ni el seguro popular ni todas las instituciones públicas de salud, en su conjunto, en las condiciones actuales de precariedad tienen capacidad de garantizar la cobertura universal de los servicios a más de 126 millones de personas. Ni siquiera los básicos entendidos como el acceso a la “atención episódica de afecciones agudas en los hospitales”³⁰; mucho menos la versión más desarrollada del derecho, que incorpora el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se resume, “como el más alto nivel posible de salud para todas las personas y en todas las etapas de la vida”.³¹ Si usted ha asistido a una sala de emergencias de alguna institución pública de salud, cualquier día de la semana, sabe de qué le hablo, y no me refiero a una situación extraordinaria como la que estamos viviendo, sino a la saturación habitual, día con día: el sistema nos quedó chico desde hace tiempo. En el sector público, la atención hospitalaria quedó rebasada: se hace lo que se puede con los recursos disponibles.

²⁹ CDDHCU, LXIV Legislatura, Palacio Legislativo, 3 de julio de 2019.

³⁰ *Op. cit.* nota 4.

³¹ Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Observación general No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 12).

VII. EL NUEVO INSTITUTO Y LAS *REDES INTEGRADAS*

El INSABI proveerá y garantizará los servicios de atención en salud y la entrega de medicamentos gratuitos a la población carente de seguridad social, y en coordinación con la Secretaría de Salud impulsará acciones para lograr la integración y articulación del Sistema Nacional de Salud. Esto mismo se ofreció con la creación del seguro popular; ¿qué es lo que cambia? Primero, la forma organizativa del instituto, de órgano desconcentrado a organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Salud. En segundo término, y esto parece relevante, la asignación y el manejo de los recursos presupuestales se modifica, pues ahora quedan centralizados para que los Servicios Estatales de Salud no participen de su ejercicio, tal vez debido a las múltiples irregularidades financieras que, en su operación y en el manejo detectó la Auditoría Superior de la Federación. El tema de la corrupción está latente en el transfondo de la decisión presidencial.

También cambia la operación del seguro, a partir de la creación de las *redes integradas*³² que menciona el decreto. Un estudio de la Organización Panamericana de la Salud explica que dichas redes pueden definirse como, “organizaciones que prestan, o hacen los arreglos para prestar, servicios de salud equitativos e integrales a una población definida, y que está dispuesta a rendir cuentas por sus resultados clínicos y económicos y por el estado de salud de la población a la que sirve”.³³

La discusión y modificación de las leyes que regulan el servicio público sanitario y el cambio de denominación del programa gubernamental que apoyará a quienes no cuentan con cobertura pública en salud equivale a que, a un paciente en estado crítico, le enviáramos notas de pronta recuperación sin brindarle los cuidados necesarios. Como en este ejemplo, antes de tomar decisiones que impacten al servicio es necesario contar con el diagnóstico, el pronóstico y el plan de tratamiento. Se contó con

³² OPS, *Redes integradas de servicios de salud. Conceptos, opciones de política y hoja de ruta para su implementación en las Américas*, 2010, p. 29.

³³ *Ibid.*

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

diagnóstico, gracias a los estudios realizados por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, en 2018, que tuvo como objetivo aproximarse al entendimiento del grado de avance de la garantía del derecho a la salud con el objetivo de aportar elementos que contribuyeran al diseño de políticas públicas con *enfoque de derecho*³⁴, que permitieran materializarlo en acciones concretas dentro del quehacer institucional. Poco tiempo atrás, la Organización Panamericana de la Salud también adelantó el diagnóstico que establece que el sistema de salud: “Presenta segmentación y fragmentación (en el funcionamiento). Coexisten distintos aseguradores que actúan de manera independiente y desarticulada y el acceso a uno u otro (seguro) está en función de la inserción laboral y la capacidad de pago de las familias”. Lo anterior también lo ha reiterado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en varios estudios.

El pronóstico, por desgracia, era hartamente conocido: el estado de los servicios de salud es y sigue siendo crítico. Sólo falta definir el plan de acción: las tareas, los responsables, los costos y el grado de avance para el cumplimiento del derecho, pues ya están identificados los retos principales en la materia. Los que expresó el estudio del Coneval que posibilitan avanzar en la garantía plena del derecho son: la integración del sistema público de salud reduciendo la fragmentación y mejorando los mecanismos de coordinación interinstitucionales; la promoción de políticas públicas enfocadas en la prevención y promoción de la salud con atención especial a las necesidades de grupos sociales en desventaja, así como de regiones prioritarias; la mejora de la calidad y la eficiencia del gasto con la definición de criterios claros para la asignación equitativa y resolutoria de las necesidades prioritarias de atención de la población; un aumento en la infraestructura, con especial énfasis en el primer nivel de atención, así como la mejora en la distribución que favorezca a las comunidades rurales y de difícil acceso geográfico, por último, propiciar mecanismos que permitan la

³⁴ Coneval refiere que dicho enfoque es, “instrumento metodológico que orienta el quehacer institucional del Estado en su legislación, planeación, diseño de políticas y programas públicos en sus diversas estrategias”.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

distribución territorial de personal calificado, de acuerdo con las distintas necesidades del país.

En este momento, con casi dos años de pandemia lo pudimos apreciar con la llegada de medio millar de médicos a la Ciudad de México provenientes de distintas partes del país para apoyar en la atención de la crisis sanitaria, pero esta acción, más que planeada, fue producto de la urgencia.

Después de la publicación del estudio del CONEVAL, el Ejecutivo federal cuestionó la pertinencia y la metodología empleadas para la medición, además del presupuesto, para afirmar que, “es mejor invertir lo destinado al combate a la pobreza en lugar de crear un aparato para su medición”. Ambos temas son relevantes. Resulta necesario monitorear y evaluar el costo-beneficio (eficacia) y el grado de avance y resultados en la instrumentación de las políticas públicas, planes y proyectos, con mayor razón cuando son de impacto social y, sobre todo, cuando el recurso escasea.

Los recursos asignados al seguro popular, por su carácter público, estuvieron sujetos a la verificación y control del cumplimiento de su destino por la Auditoría Superior de la Federación, órgano técnico de la Cámara de Diputados, de acuerdo con las atribuciones y las facultades conferidas por los artículos 74, fracción VI y 79 de la Constitución general, para realizar la revisión de la Cuenta Pública y la fiscalización del manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos de los poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como para realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales. A tal propósito, a lo largo y ancho del país, en cada ejercicio presupuestal realiza auditorías financieras y de cumplimiento del gasto federalizado. En este programa en específico (seguro popular) detectó que, en dos entidades federativas: Chiapas y Oaxaca, dos de los estados con mayor rezago en salud, miles de pesos no fueron destinados a acciones de promoción ni de prevención y detección oportuna de enfermedades, por lo cual presume probables daños o perjuicios a la Hacienda Pública Federal. Ambos estados concentran más de la mitad de las

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

observaciones por uso irregular de recursos federales para el sector salud.³⁵

Por desgracia no fueron los únicos en los que se detectaron irregularidades, pues tan solo en 2018, como resultado de una auditoría al Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud, la Auditoría determinó que las treinta y dos entidades del país, “incurrieron en irregularidades en el gasto del dinero que les fue entregado para fortalecer sus sistemas de salud”. Lo que implica deficiente control de la gestión de los recursos. Tan sólo en dicho ejercicio, la Federación otorgó al estado de Chiapas un total de \$4 millones 425 mil 439.8 miles de pesos por aportaciones para los servicios de salud, respecto de los cuales, “se halló un probable daño por un importe de 1 millón 068 mil 069.9 de pesos, que representan el 25.7% de lo auditado”. Oaxaca recibió aportaciones por un total de \$4 millones 374 mil 660.7 miles de pesos, de los cuales “registró incumplimientos que generaron un probable daño a la Hacienda Pública Federal por \$1,446,636.9 miles de pesos, que representan el 35.9% de la muestra auditada”.³⁶ La suma desviada en las entidades federativas alcanzó un aproximado de \$5 mil millones de pesos.

Entre las irregularidades detectadas por la Auditoría destacan las que a continuación listo con carácter ejemplificativo, pero no son las únicas:

- No se registraron operaciones contables o presupuestales.
- No se presentó evidencia de las operaciones.
- Evidencia de transferencia de recursos a otras cuentas bancarias.
- Existen recursos o rendimientos financieros no ejercidos.
- Personal no validado o no localizado en su centro de trabajo y del que no se acreditó su existencia.
- Pago excedente en sueldos, prestaciones o estímulos.

Y, más grave aún, casi 30% del total con observaciones son en el rubro de medicamentos, material de curación y otros insumos adquiridos a precio superior al de referencia o pagos en

³⁵ Antonio López Cruz, “Detecta la ASF gasto anómalo por 5 mil mdp en servicios de salud”. *La Razón*, 30 de junio de 2019.

³⁶ Maru Ureste, “Estados malgastan casi 5 mil mdp que debieron invertir en ciudadanos sin acceso a servicios de salud”, *Animal Político*, 30 de junio de 2019.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

exceso del porcentaje autorizado, pues el tema del desabasto de medicamentos en el sector, debido a la mala planeación no fue exclusivo del seguro popular, pero sí agrava la situación tratándose de medicamentos utilizados en la atención de enfermedades crónicas. Las notas de prensa advierten que derivan de irregularidades en las adquisiciones o ineficiencia en la distribución.³⁷³⁸

Las desviaciones en el ejercicio del gasto son conocidas como males endémicos en la función pública administrativa; no privativo de ésta, pero que alcanza mayores niveles de penetración y de arbitrariedad en la gestión inmediata, la que tuvo poco o nada de interés en planear estrategias para atender la problemática.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sólo resta reiterar que los diversos estudios especializados coinciden con el diagnóstico: el Sistema Nacional de Salud no está en condiciones de responder de modo integral a las demandas y necesidades de la población ni de alcanzar la universalidad de los servicios con la efectividad requerida.³⁹ Y aun con el reconocimiento de los avances alcanzados en las últimas décadas y el posterior impulso del Seguro Popular en Salud en la tarea de universalizar un derecho garantizado desde hace cuatro décadas, resulta una verdad irrefutable que no fue decisión idónea para resolver el problema del rezago en este ámbito debido a múltiples fallas, como la falta de coordinación entre los actores federal y locales; el engrose de burocracia para la operación; errores en la ejecución de las acciones, y, de manera destacada, las desviaciones en la aplicación y destino de los recursos asignados. Aun así, con apoyo en términos médicos

³⁷ Andrea Vegas, “Desabasto de medicinas pega más a enfermos de diabetes, hipertensión y cáncer”, en *Animal Político*, 14 de octubre de 2019.

³⁸ Elizabeth Albarrán, “Farmacéuticas y mala planeación, detrás del desabasto de medicina: Raquel Buenrostro”, *El Economista*, 26 de mayo de 2019.

³⁹ Mercedes Juan y Grupo de trabajo de La Fundación Mexicana para la Salud *et al*, “Universalidad de los servicios de salud en México”, *Salud pública Méx* 55, 2013, vol.55, citado [2019-10-23], pp.1-64, en línea.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

puede afirmarse que sirvió para diferir la agonía de un paciente con enfermedad crónica, que tal vez no sea curable, pero que puede empeorar con el tiempo si no se toman medidas urgentes. Desafortunadamente, la pandemia ha provocado un *impasse* que no ha posibilitado enfrentar otras tareas, sólo la operación urgente para contenerla.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Cano, Fernando. *Derecho a la protección de la salud en América Latina*, Breviarios de seguridad social, México: UNAM - Unesco, 2010.
- Fernández, Jorge y Salgado, Eréndira. *Derecho administrativo del estado de Sinaloa*, México: Porrúa, 2007.
- Martínez, Eduardo, García, Luis Francisco y Barón. Enrique, *Tratado del derecho a la salud*, 2ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 2004.
- Salgado Ledesma, Eréndira. Constitución de la Ciudad de México. Derechos tradicionales y otros emergentes, en *Constitución de la Ciudad de México* (coord. César Astudillo), México, Porrúa, 2020.
- Albarrán, Elizabeth. “Farmacéuticas y mala planeación, detrás del desabasto de medicina: Raquel Buenrostro”, *El Economista*, 26 de mayo de 2019, <https://www.economista.com.mx/economia/Farmacaceuticas-y-mala-planeacion-detras-del-desabasto-de-medicina-Raquel-Buenrostro-20190526-0075.html>.
- Auditoría Superior de la Federación, “Informe individual de resultado de la fiscalización superior de la Cuenta Pública 2016”, www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2016i/Documentos/Auditorias/2016_1673_a.pdf.
- Dussauge Laguna, Mauricio “Entre modelos y realidades: enfoques teóricos para el estudio de las reformas administrativas”, *Revista de Administración Pública* no. 120, vol. LXIV, núm. 3 (septiembre-diciembre 2009), http://www.inap.mx/portal/images/REVISTA_A_P/rap120.pdf.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

- Gaceta Oficial de la Ciudad de México*, 8 de febrero de 2019, [http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2019/LEY_CONST_DERECHOS_HUMANOS_CDMX_08_02_2019\(1\).pdf](http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2019/LEY_CONST_DERECHOS_HUMANOS_CDMX_08_02_2019(1).pdf).
- Gómez, Octavio y Ortiz, Mauricio. “Seguro Popular de Salud, Siete perspectivas”, *Revista Salud Pública de México* 46 (nov-dic. 2004), <http://saludpublica.mx/index.php/spm/article/view/6580/8113>.
- Jiménez, Gabriela. “Crítica AMLO a defensores del seguro popular: ni era seguro ni era popular”, *El Sol de México*, 7 de agosto de 2019, [online], <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/critica-amlo-a-defensores-del-seguro-popular-ni-era-seguro-ni-era-popular-4005355.html>.
- Juan, Mercedes y Grupo de trabajo de La Fundación Mexicana para la Salud *et al.* “Universalidad de los servicios de salud en México”. *Salud pública Méx* 55 [online]. 2013, vol.55, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342013000600001&lng=es&nrm=iso.
- Leiva, Felipe. “Consideraciones sobre el estado social y constitucional de derecho”, (Chile: Facultad de Derecho, 2009), repositorio.uchile.cl/handle/2250/110955.
- López Cruz, Antonio. “Detecta la ASF gasto anómalo por 5 mil mdp en servicios de salud”. *La Razón*, 30 de junio de 2019, <https://www.razon.com.mx/mexico/detecta-la-asf-gasto-anomalo-por-5-mil-mdp-en-servicios-de-salud/>.
- Moëne, Karla. “El concepto solidaridad”, *Rev. chil. radiol.* [online]. 2010, vol. 16, n.2, p.51, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-93082010000200001&lng=es&nrm=iso.
- Redacción digital, “En 3 años tendremos servicios de salud como en los países nórdicos: López Obrador”, *El Heraldo*, 15 de abril de 2019, <https://heraldodemexico.com.mx/pais/en-3-anos-tendremos-servicios-de-salud-como-en-los-paises-nordicos-lopez-obrador/>.
- Rosales, Carlos. “La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos. Una propuesta para su ponderación y otorgamiento”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, no. 48 (noviembre),

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

- <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5120>.
- Ruiz Massieu, José Francisco, “El derecho a la protección de la salud y la responsabilidad del estado”, en *Salud Pública* 27 (enero-febrero 1985): 6, <http://saludpublica.mx/index.php/spm/article/viewFile/476/465>.
- Ureste, Maru. “Estados malgastan casi 5 mil mdp que debieron invertir en ciudadanos sin acceso a servicios de salud”, *Animal Político*, 30 de junio de 2019, [online] <https://www.animalpolitico.com/2019/06/estados-malgastan-dinero-asf/>.
- Vegas, Andrea. “Desabasto de medicinas pega más a enfermos de diabetes, hipertensión y cáncer”, en *Animal Político*, 14 de octubre de 2019, [online] <https://www.animalpolitico.com/2019/10/desabasto-medicinas-enfermos-diabetes-hipertension-cancer/>.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, octubre de 2008, p. 61, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=168549&Semanario=0>.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 173/2008, tomo XXIX, abril de 2009, p. 164, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=21489&Clase=DetalleTesisEjecutorias>.
- Comisión Nacional de Protección Social en Salud, Seguro Popular, Información general, http://www.salud.gob.mx/transparencia/inform_adicional/InfoGralSP.pdf.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, “Estudio diagnóstico del derecho a la salud 2018”, https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Derechos_Sociales/Diag_derecho_Salud_2018.pdf.
- Instituto Nacional de Geografía y Estadística. Encuesta Intercensal 2015, <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/habitantes.aspx?tema=P>.

ERENDIRA SALGADO LEDESMA

- Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>.
- OCDEi Library, *Panorama Estadístico de la OCDE 2016-2017, Economía, medio ambiente y sociedad*, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/3015044e.pdf?expires=1481219580&id=id&accname=guest&checksum=4263B35D5016BA86E786EFB39657AFBF>.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Estudio sobre el sistema mexicano de salud”, (2016), <https://www.oecd.org/centrodemexico/presentacion-del-estudio-sobre-el-sistema-mexicano-de-salud-2016.htm>.
- Organización Mundial de la Salud, “Temas de salud, Atención primaria en salud”, https://www.who.int/topics/primary_health_care/es/.
- Organización Panamericana de la Salud, “Redes integradas de servicios de salud. Conceptos, opciones de política y hoja de ruta para su implementación en las Américas” (2010), <http://www.bvsde.paho.org/texcom/cd045364/049651.pdf>.
- Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general No. 14*, <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545453&fecha=30/11/2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=168549&Semana=0>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm.
- Pacto de Derechos Políticos Económicos Sociales y Culturales, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.
- Ley General de Salud, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.
- Reglamento de Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica, <http://www.salud.gob.mx/unicidades/cdi/nom/compi/rlgsm-psam.html>.

DEL SEGURO POPULAR EN SALUD

Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de Operación e indicadores de gestión y evaluación del Seguro Popular de Salud, disponible en
<http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/assrosps.html>.

https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5551353&fecha=27/02/2019.

Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud, de la Ley de Coordinación Fiscal y la de los Institutos Nacionales de Salud, presentada por el diputado Mario Delgado Carrillo, del Grupo Parlamentario de Morena, en la sesión de la Comisión Permanente del miércoles 3 de julio de 2019, en
<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2019/jul/20190708.html#Iniciativa18>

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL
DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO
DISCIPLINARIO COLOMBIANO

Yury TENORIO MELENJE¹
Michelle PICÓN CARVAJAL²
Sergio Hernando CASTILLO GALVIS³

Resumen: El presente artículo analiza la garantía del principio de imparcialidad en el proceso disciplinario a la luz de las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, con relación a las funciones concentradas de investigación y sanción en materia disciplinaria, en virtud de que su inobservancia podría generar afectación a las garantías judiciales y protección judicial en términos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Abstract: This article analyzes the guarantee of the principle of impartiality in the disciplinary process in the light of laws 734 of 2002 and 1952 of 2019, in relation to the concentrated functions of investigation and punishment in disciplinary matters, in view of the fact that failure to observe them could affect judicial guarantees and judicial protection in terms of the American Convention on Human Rights.

Palabras clave: Principio de imparcialidad, Investigación disciplinaria, sanción disciplinaria, Estado Social de Derecho, bloque de constitucionalidad, derecho disciplinario.

Keywords: Principle of impartiality, Disciplinary investigation, disciplinary sanction, Social State of Law, constitutionality block, disciplinary law.

¹ Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

² Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta.

³ Abogado, Director de la especialización y maestría en Derecho Administrativo de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta

SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos normativos del ordenamiento jurídico colombiano que regulan las fases del proceso disciplinario. III. Elementos del principio de imparcialidad en el desarrollo de la función de investigación y sanción en materia disciplinaria en Colombia. IV. Postura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el potencial ejercicio de control de convencionalidad, respecto a la aplicación del principio de imparcialidad dentro del proceso disciplinario en Colombia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Al ser Colombia un Estado Social de Derecho, conlleva a tener presente que sus principios están fundamentados constitucionalmente, y por ende, es necesario que existan de entidades que garanticen el cumplimiento de los mismos y a su vez, velen por la protección de los derechos de las personas que lo conforman; es así como el Estado a través de la administración pública se encarga de asegurar el cumplimiento sus fines esenciales, delegando a particulares para el cumplimiento de funciones públicas, para lo cual se hace necesario que exista un control por parte del mismo, donde se garantice la ética pública de dichos funcionarios; es así como la misma Constitución Política de Colombia⁴ ha otorgado autonomía al Ministerio público a través de su máximo representante, el Procurador General de la Nación quien es el encargado de materializar dicho control a la administración pública, denotando su importancia mediante su principal función de investigar y sancionar a los servidores públicos y particulares que ejercen función pública con plena autonomía e independencia.

A partir de lo anterior, es importante realizar un análisis sobre las implicaciones jurídicas que recaen en el ordenamiento jurídico Colombiano respecto al desarrollo conjunto de las funciones

⁴ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

de investigación y sanción disciplinaria a cargo de la misma “entidad”; por ende, se desarrolla en la presente investigación un análisis sobre el principio de imparcialidad el desarrollo conjunto de las funciones de investigación y sanción en materia disciplinaria en Colombia;

Desde el punto de vista metodológico se utilizó una técnica de análisis documental teniendo como presupuesto la herramienta de matriz de análisis jurisprudencial y documental sobre el objeto de estudio abordado en sentencias de la Corte Constitucional, la ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único⁵, 1952 de 2019 Código General Disciplinario⁶ y documentos investigativos relacionados para el alcance de los resultados esperados; concluyendo que existe una relación jurídica surgida por la atribución de una función pública y por lo tanto un ente encargado de la investigación y sanción, pero además se evidencia la existencia de inconvenientes jurídicos a partir del desarrollo conjunto de dichas atribuciones en una misma entidad, siendo contrarios a principios procesales y constitucionales.

Para cumplimiento de su alcance se dispone un abordaje temático así: Un primer momento se realiza Elementos normativos del ordenamiento jurídico colombiano que regulan las fases del proceso disciplinario, seguidamente se mencionara los elementos del principio de imparcialidad en el *desarrollo de la función de investigación y sanción en materia disciplinaria en Colombia* evidenciándose la existencia del Ministerio Público como órgano autónomo con la potestad de investigar y sancionar a los servidores públicos y particulares que cumplan función pública con el fin de garantizar los principios que rigen la Ética pública; para finalmente abordar en un tercer momento la postura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el potencial ejercicio de control de convencionalidad, respecto a la aplicación del principio de imparcialidad dentro del proceso disciplinario en Colombia

⁵ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

⁶ Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850

II. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO QUE REGULAN LAS FASES
DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Con la creación de la Constitución de 1991⁷ en Colombia, se le otorgó al Estado el carácter de “Social de derecho” dispuesto como principio constitucional, denotando la transformación en su sistema normativo al punto que se diluye la sacralización de la ley de claro antecedente francés, estableciendo así la fuerza normativa de la Constitución como norma jurídica de aplicación directa al punto de crear acciones de control constitucional por vía difusa, como la excepción de inconstitucionalidad que ha sido definida en su concepto y alcance por la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 132 (Corte Constitucional, 2013)⁸ como una facultad o herramienta de los operadores jurídicos, configurada como un deber teniendo en cuenta que las autoridades deben ejercerla en los eventos en que sea detectado una contradicción generada entre una disposición aplicable al caso en concreto frente a cualquier norma constitucional.

Infiriendo así, que dicha herramienta se encuentra utilizada como presupuesto para velar en un caso específico o con efectos *inter partes* por derechos fundamentales que se hallen en riesgo de ser vulnerados como consecuencia de la aplicación de una norma contraria a la constitución (Corte Constitucional, 2013); de esta forma, se denota con el Estado Social de Derecho la prevalencia en la aplicación en la Constitución Política de forma directa, teniendo como principal justificación la figura del juez de la república, que a su vez ha sido definido abiertamente por la Corte Constitucional desde el año 1992 con la Sentencia T - 406 (Corte Constitucional, 1992)⁹ al desestimar solo la visión de la fundamentalidad formal de los derechos (Entendida esta como la concepción sobre que los derechos fundamentales sólo son los

⁷ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

⁸ Colombia. Corte Constitucional (13 de marzo de 2013) Sentencia SU-132, Sala Plena. 2013. [MP. Alexei Julio Estrada]

⁹ Colombia. Corte Constitucional (05 de junio de 1992) Sentencia T-406, Sala Primera de revisión. 1992. [MP. Ciro Angarita Barón]

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

previstos en el artículo 44 de la Constitución Política¹⁰ y los señalados en el intervalo de artículos 11 al 41 superior) para darle paso a la fundamentalidad material como claras y garantistas concepciones, al punto de entender que todos los derechos constitucionales, en casos concretos se constituyen como fundamentales.

En lo que tiene que ver específicamente con el ejercicio de la potestad disciplinaria a cargo del Estado, se tiene que la Corte Constitucional ha encontrado claramente la relación inescindible entre la realización de un proceso disciplinario que cumpla con las prerrogativas que materialicen las disposiciones del Estado Social de Derecho y la función disciplinaria del mismo Estado velando por el cumplimiento de sus fines esenciales, señalando, en Sentencia C - 028 (2006)¹¹ que dicha potestad disciplinaria se constituye como un elemento indispensable para la materialización de la convivencia pacífica y la realización de un orden justo.

Adicionalmente, en Sentencia C - 721 (Corte Constitucional, 2015)¹² más allá de equiparar los fundamentos mínimos del Derecho Penal frente al Disciplinario, el máximo Tribunal desarrolla la importancia del derecho fundamental al debido proceso en materia disciplinaria, manifestando entre ellos el principio de imparcialidad que será abordado en el presente documento al punto de reiterar los principios mínimos fundamentales señalados en el artículo 29 de la Constitución dentro de los que se encuentran (entre otros) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, el principio de la doble instancia, el principio de imparcialidad, el principio de cosa juzgada ampliando su espectro de aplicación al ámbito disciplinario y aplicables a todas las actuaciones que lo involucran.

Aunado a lo anterior, las disposiciones del artículo 1° de la Constitución Política¹³ reflejan que al ser Colombia un Estado

¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

¹¹ Colombia. Corte Constitucional (26 de enero de 2006) Sentencia C - 028, Sala Plena. 2006. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto]

¹² Colombia. Corte Constitucional (25 de noviembre de 2015) Sentencia C-721, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

¹³ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

Social de Derecho, el derecho disciplinario colombiano siempre encontrará como límite en su ejercicio e imposición de medidas, la garantía por los derechos fundamentales constitucionales vistos desde su material sentido, al punto que el derecho fundamental al debido proceso y sus principios derivados deberán encontrarse inmersos en cada una de las actuaciones judiciales y procesos y procedimientos administrativos, particularmente, en el ámbito disciplinario.

En lo que refiere al segundo escenario sobre la materialización de la justicia constitucional hacia un Estado Constitucional Convencionalizado, encuentra como elemento principal la figura del denominado bloque de constitucionalidad (Sent. C-225. 1995)¹⁴ en sus sentidos estricto y lato, así como de sus funciones integradoras e interpretativas derivadas del artículo 93 superior, lo que en palabras de Velandia (2014)¹⁵ ha entendido como un estado sujeto a la figura del bloque de constitucionalidad, dentro del cual, la Carta Política no se reduce a las disposiciones contenidas taxativamente en ella, si no que por el contrario, la Constitución Política se flexibiliza a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y sobre Derecho Internacional Humanitario ratificados.

Es de esta forma como la Corte Constitucional, en Sentencia C - 067 al analizar la expresión “en lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos” (2003)¹⁶ desarrolló el concepto de bloque de constitucionalidad y su lugar en la jerarquía normativa en materia constitucional para señalar que se entienden incorporadas sus disposiciones al cuerpo normativo constitucional, así las primeras no se encuentren formalmente reconocidas, para lo cual aduce que en ciertos casos puede presentarse incongruencia jurídica entre las disposiciones internas y las previstas en los tratados y convenios que hacen parte del bloque de constitucionalidad, es decir que en el caso en que el Código Disciplinario Único como norma especial

¹⁴ Colombia. Corte Constitucional (18 de mayo de 1995) Sentencia C - 225, Sala Plena. 1995. [MP. Alejandro Martínez Caballero]

¹⁵ Velandia, E. (2015). Derecho constitucional convencionalizado y justicia constitucional. Bogotá, Colombia. Editorial VC Editores Ltda.

¹⁶ Colombia. Corte Constitucional (12 de febrero de 2013) Sentencia C - 067, Sala séptima de revisión. 2013. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

no acoja un problema jurídico específico o no logre regular completamente una situación particular para ser resuelta de manera efectiva, el intérprete debe acudir directamente al bloque de constitucionalidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional (2003) seguidamente aclara que lo anterior no se debe entender que en los eventos en que la norma disciplinaria logre cobijar dicho caso en concreto se deba aplicar una normatividad superior; frente a este último evento en el cual se halle norma disciplinaria directamente aplicable ha dispuesto que en los eventos en que las disposiciones internas se encuentren adecuadas a las internacionales vía Bloque de Constitucionalidad, se asume una supremacía sobre las últimas; por lo anterior, frente a una incompatibilidad entre las normas descritas en la ley disciplinaria y los elementos del bloque de constitucionalidad, se debe efectuar una consulta profunda a las normas de jerarquía superior al punto que cuando la legislación interna se encuentra perfectamente construida respecto de los tratados y convenios, estas últimas igualmente asumen la supremacía frente a normas legales y se reconoce su prevalencia de acuerdo al artículo 93 constitucional.

La función disciplinaria tuvo sus inicios con el surgimiento de la Constitución Política de 1991¹⁷, a través de la cual, de conformidad con los artículos 6, 122, 123, 124, 125 y 209 *ibídem*, se le otorgó responsabilidades a los servidores públicos por omisión o extralimitación en sus funciones, y se configura su responsabilidad siendo la ley la reguladora del ejercicio de sus funciones, potestad que encuentra fundamento en el artículo 12 constitucional donde se establece que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva frente a actuaciones que atenten contra las finalidades propias de la administración pública; aunado a lo anterior, el artículo 209 constitucional establece que los principios a través de los cuales se fundamenta la función administrativa son el de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; los cuales se constituyen como la base fundamental para el ejercicio del control interno que se ejerce sobre la administración pública, en todos sus órdenes que a su vez son

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

estipulados de conformidad con los parámetros dispuestos por la ley.

En este orden de ideas, dicho ejercicio de control interno, no es más que el reflejo de las funciones atribuidas al ministerio público como órgano de control, el cual es llamado a ejercerlas en materia disciplinaria, para tal efectos, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-743 (1998)¹⁸ ha señalado de forma clara que el Ministerio público se constituye como un órgano de control autónomo en cabeza del Procurador General como supremo director del mismo y que a su vez, dicha potestad es conocida como supervigilancia disciplinaria, que es reiterada constitucionalmente por el artículo 118 que establece que “al Ministerio público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas” (Const. 1991)¹⁹.

Adicionalmente, se tiene que a partir de la responsabilidad inherente a las funciones de la procuraduría expuestas anteriormente, la carta política establece en su artículo N° 277.6 que el procurador debe ejercer vigilancia sobre quienes desempeñan funciones públicas, liderar el poder disciplinario y adicionalmente desarrollar las etapas de investigación e imposición de las respectivas sanciones; lo anterior tiene una sola finalidad de protección del interés público y, la garantía del cumplimiento efectivo de los deberes de los servidores públicos o quienes ejerzan función pública; quedando claro que a partir del año 1991, las autoridades disciplinarias ejercen vigilancia y permanentemente poder disciplinario con plena autonomía, que incluso es reiterado por la corte constitucional en la sentencia C-743 al establecer que “El Ministerio Público es autónomo y no está sometido a ninguna dirección gubernamental. Además, la Carta expresamente confiere al Procurador la facultad de "imponer sanciones" y no sólo la de "cuidar" el desempeño de los funcionarios públicos” (1998)²⁰, facultad que se refleja no sólo en cuidar el buen

¹⁸ Colombia. Corte Constitucional (2 de diciembre de 1998) Sentencia C - 743, Sala Plena. 1998. [MP. Fabio Morón Díaz.]

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

²⁰ Colombia. Corte Constitucional (2 de diciembre de 1998) Sentencia C - 743, Sala Plena. 1998. [MP. Fabio Morón Díaz.]

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

funcionamiento de la administración pública sino en imponer sanciones y hacerlas efectivas; quedando claro entonces que el ministerio público es un órgano de control independiente.

Sin embargo, la potestad otorgada a la procuraduría sobre determinar y hacer cumplir de manera efectiva la responsabilidad de los servidores públicos de la que trata el artículo 124 superior, no es vista de manera autónoma, sino que por el contrario, ésta debe ser abordada bajo parámetros optimizados por principios; que como lo ha indicado la Corte Constitucional en Sentencia C - 743 (1998) es necesario que el legislador en materia disciplinaria regule de manera efectiva los tipos de sanciones, el procedimiento y claramente parámetros para el ejercicio de investigación desarrollados por la procuraduría, con la clara finalidad de garantizar el principio de legalidad al momento de abordar un caso en concreto se ajuste a los preceptos que rigen la materia.

Respecto a la naturaleza jurídica de dicha potestad sancionadora, la Corte Constitucional en la misma sentencia ha abordado una serie de modalidades que la caracterizan, entre las que se encuentran la disciplinaria, aducida como aquella que interviene frente a funcionarios que contrarían deberes y prohibiciones, y la correccional que se da por violaciones a restricciones que el estado impone a particulares; pero se denota la importancia de un control disciplinario a funcionarios, como aquellos responsables del adecuado funcionamiento de la administración pública, y que a su vez, se refleja en la protección del interés general y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado social Derecho entre los que se encuentran “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes” (Art. 2 Const.)²¹ que a su vez, se encuentra ligado al cumplimiento de principios que regulan el funcionamiento de la función pública, entre los que se encuentran la igualdad, moralidad, eficacia, entre otros; sin embargo, dicho control disciplinario está regido bajo parámetros establecidos por el legislador, los cuales, deben encontrarse fundamentados en el debido proceso establecido en el artículo 29 constitucional, en el evento en que la ley deberá fijar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, así como determinar el tipo de

²¹ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

conductas, la gravedad y las sanciones que serán impuestas a cada una de ellas, siendo esta potestad limitada por los Derechos sustanciales con el fin de amparar derechos y garantías de las personas.

Adicionalmente la corte constitucional menciona en su sentencia C-721, que el alcance de la potestad de configuración legislativa se guía por una serie de reglas establecidas, dentro de las cuales estipula que el legislador bajo dicha potestad debe al momento de identificar las faltas y sus causales agravantes deben ser orientadas bajo criterios de “proporcionalidad y razonabilidad y, especialmente por los principios de lesividad y necesidad” (2015)²²; y que a su vez, se encuentra facultado para regular a través de la norma la facultad que la constitución otorga para “imponer sanciones a todos los servidores que con sus acciones u omisiones, transgredan las normas de conducta relativas al correcto desempeño de las funciones asignadas.” así como sus respectivas causales de extinción de la acción o de la sanción disciplinaria.

Es a partir de lo anterior que se puede evidenciar al cómo ministerio público en cabeza de la procuraduría como mayor órgano de control, se le ha otorgado la doble función de investigar y sancionar a la funcionarios públicos o a los particulares que ejerzan funciones públicas, conllevando a que las dos funciones conjuntamente recaigan sobre un mismo ente; potestad que a su vez se encuentra directamente establecida por la Constitución Política y que persigue una sola finalidad, la cual se resume en propender por el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Sin embargo, dichas facultades deben desarrollarse de una manera objetiva por lo que frente a la libertad de configuración legislativa en materia disciplinaria, surge la necesidad de la expedición de normas específicas que regulen su aplicación, pues, esta independencia legislativa no puede sobrepasar los límites estipulados por principios y garantías constitucionales; es así

²² Colombia. Corte Constitucional (25 de noviembre de 2015) Sentencia C-721, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

como el artículo 279 superior²³, prevé que la Procuraduría General de la Nación, deberá regular todo el régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo; no obstante, es necesario que se tengan en cuenta criterios de proporcionalidad y razonabilidad con el fin de garantizar una aplicación objetiva en el desarrollo del proceso disciplinario, adicionalmente, debe tenerse en cuenta el principio de tipicidad como aquel que “desarrolla el principio fundamental ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, y que cabe extender a la disposición mediante la cual se establecen las infracciones y las sanciones disciplinarias correspondientes” (Corte Constitucional, Sent. C-721, 2015)²⁴.

Ahora bien, frente al principio de proporcionalidad se ha afirmado que en materia sancionatoria se constituye como parte esencial respecto de las garantías del debido proceso, regulando las actuaciones contrarias a la función pública, además de establecer que las sanciones sean las correspondientes según la falta cometida y el grado de afectación de ésta; respecto a lo anterior, se ha fundamentado por la corte constitucional en sentencia C-215 de 2003 citada por la misma en sentencia C-721, que para analizar la proporcionalidad de una falta disciplinaria es necesario evaluar tres aspectos a saber: “(i) el grado de la afectación de la falta sobre los deberes del cargo del funcionario y sobre el cumplimiento de los fines del Estado y los principios constitucionales de la función pública, (ii) la gravedad de la sanción impuesta y (iii) la proporcionalidad entre ambas.” (2015); en este sentido, los principios de Proporcionalidad y razonabilidad se utilizan de manera complementaria; para el primero, el juez o líder del proceso, a la hora de identificar las faltas y sanciones, deberá realizarlo en la medida que no sacrifique otros principios constitucionalmente más importantes para el sujeto disciplinable realizando ejercicios de ponderación a la misma vez, en que el segundo deberá primar cuando se relativizan la aplicación de los principios que eventualmente se estén reduciendo.

²³ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

²⁴ Colombia. Corte Constitucional (25 de noviembre de 2015) Sentencia C-721, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Así mismo, en lo atinente a la potestad que le otorga la constitución al ministerio público como máximo órgano sancionador e investigador, la corte ha aludido que existe el principio de responsabilidad como aquel optimizador frente a el ejercicio de esta doble funcionalidad, para lo cual, lo ha definido como “el fundamento constitucional más importante de la potestad sancionatoria, incluyendo la disciplinaria, que permite a las autoridades del Estado evaluar el comportamiento de los servidores públicos y, en caso de que ello proceda, imponer las sanciones correspondientes.” (Corte constitucional, Sent. C-500, 2014).²⁵

A partir de lo anterior y en aras de establecer un fundamento legal para la función pública y el procedimiento disciplinario a desarrollar, se da la expedición de la ley 734 de 2002²⁶, ley mediante la cual se rige el Código Disciplinario Único, constituyéndose como el instrumento idóneo que garantice el cumplimiento y el buen funcionamiento de la administración pública, estableciendo faltas disciplinarias, conductas prohibitivas, así como todo lo atinente al procedimiento ordinario que investiga y juzga a los servidores públicos y personas que cumplen función pública; el cual, es derogado en el año 2019 por la ley 1952²⁷ mediante la cual se crea el código general disciplinario, no obstante la esta ley ha sido diferida hasta el 1 de julio de 2021, empero estas dos disposiciones traen consigo la misma finalidad, reconociendo competencias y estableciendo el procedimiento disciplinario.

A partir de lo anterior, se evidencia que el desarrollo de estas disposiciones legales, lleva conjunto la función de investigación y sanción atribuida a la procuraduría como máximo órgano del ministerio público y como ente de control, que a su vez, es complementado por mandato constitucional al ratificar en el artículo

²⁵ Colombia. Corte Constitucional (16 de julio de 2014) Sentencia C-500, Sala Plena. 2014. [MP. Mauricio González Cuervo]

²⁶ Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.

²⁷ Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

277.6 superior dichas potestades como lo son “ i) ejercer vigilancia ii) ejercer poder disciplinario iii) investigar y iv) sancionar” (1991)²⁸

III. ELEMENTOS DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD EN EL DESARROLLO DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA EN COLOMBIA

El Principio de Imparcialidad encuentra estrecha relación con el principio de igualdad ante la ley, y su función radica esencialmente en evitar que el juez tenga una inclinación hacia alguna de las partes procesales; la Corte Constitucional en Sentencia C-450 lo define como “*Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*” (2015)²⁹ lo que refleja una clara muestra de la necesidad que no exista ningún tipo de acercamiento por parte del juez hacia los sujetos disciplinables.

En ese sentido, el papel decisivo que ejerce el juez dentro del proceso, debe ser inherente a los postulados y criterios que obedezcan a un buen ejercicio de imparcialidad y demás principios procesales que se apliquen al caso en concreto objeto de estudio. Respecto a lo anterior, la doctrina ha identificado dos tipos de imparcialidad en el proceso, la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva; la primera obedece a que los asuntos de los que conoce el juez le sean totalmente ajenos a sus intereses, así como cualquier tipo de relación con las partes; mientras que la imparcialidad objetiva se relaciona con cualquier tipo de contacto previo por parte del juez respecto del caso sometido a su consideración o el tema a decidir. (Corte Constitucional, Sentencia 1034, 2006).³⁰

La Corte Constitucional en jurisprudencia ha mencionado que del artículo 29 de la Constitución Política se derivan una serie de principios que integran el funcionamiento del sistema

²⁸ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

²⁹ Colombia. Corte Constitucional (16 de julio de 2015) Sentencia C - 450, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

³⁰ Colombia. Corte Constitucional (5 de diciembre de 2006) Sentencia C - 1034, Sala Séptima de Revisión. 2006. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto.]

disciplinario en aras de propender por las garantías procesales del investigado, dentro de los cuales se encuentra el principio de imparcialidad que cumple con su función principal en las actuaciones disciplinarias, de la misma manera funciona el derecho a la igualdad de las partes ante la ley como aquella garantía judicial con que cuenta toda persona respecto de quien está administrando justicia.

El principio de imparcialidad se ha definido por doctrinantes como Montero, J. (2016) citado por Carlos Adolfo Picado (2014)³¹ como una función jurisdiccional que se basa en proteger Derechos Humanos e intereses legítimos de las personas por medio de la aplicación de preceptos jurídicos y normativos en el caso objeto de estudio, resaltando a su vez, Montero (2016) citado por Carlos Adolfo Picado (2014) han manifestado que dicho principio se transgrede en la medida en que el juzgador no solo incumpla con su función principal de propender por la protección de derechos e intereses legítimos, sino que aun cumpliendo con ello, decida servir los intereses de alguna de las partes en un caso objeto de controversia procesal.

La Ley 734 (2002)³² establece en su artículo 94 como principios que rigen la actuación procesal en el ámbito disciplinario la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción. Adicionalmente en el artículo 129 del mismo cuerpo normativo se fija de forma compleja desde el punto de vista filosófico - jurídico problemas relacionados con la verdad ligando dicho concepto a la imparcialidad con la que debe actuar el funcionario en la búsqueda de la prueba, aduciendo que el juez busca hallar la verdad real; y para lograr dicho cometido, deberá estudiar con rigurosidad cada uno de los elementos fácticos y circunstancias que lleven a determinar la existencia de una falta disciplinaria que conlleve a una eventual sanción para el sujeto disciplinable que está siendo investigado, de la misma manera, los elementos que conlleven a demostrar que

³¹ Picado, C. (2014). Revista de IUDEX. El derecho a ser juzgado por un juez imparcial, (2). 31 - 62.

³² Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

no existen faltas disciplinarias, para así eximir de responsabilidad. En este ejercicio se podrán utilizar elementos probatorios, decretar pruebas de oficio y practicar las pertinentes.

Nótese que al pretender la consecución de la verdad real asegura sin lugar a dudas el alcance de la justicia material, sin perjuicio que aún cuando los fundamentos mínimos sobre los cuales se funda el derecho penal y el disciplinario sean relativamente los mismos, se presentan abiertas diferencias, entre ellas, la posibilidad de acudir a la prueba de oficio para su alcance, siendo que de acuerdo a la disposición reseñada en este apartado en el ámbito disciplinario, hoy en día es posible el decreto y práctica de pruebas, entre tanto en el espectro penal se tiene una prohibición genérica prevista en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal -Ley 906 de 2004³³.

Acerca de este principio fundamental de imparcialidad en el proceso disciplinario, la Corte Constitucional señaló en Sentencia T - 1034 (2006)³⁴ ha mencionado que la gran finalidad de dicho principio como aquel parte integrador del debido proceso es evitar la concurrencia en un funcionario o autoridad el ser juez y parte, particularmente en el procedimiento disciplinario, para lo cual aduce que tiene como objetivo evitar que el funcionario que se encuentre direccionando el proceso actúe como juez y parte. Propendiendo por efectuar una distinción clara entre la imparcialidad subjetiva y objetiva, la Corte Constitucional en la misma Sentencia agrega que la primera trae consigo la exigencia que lo que se está conociendo sea totalmente ajeno al juzgador reflejando así una postura neutra que implique objetividad sobre el caso en concreto; mientras que la imparcialidad objetiva se refiere a aquel contacto previo que realiza el juzgador con la situación jurídica puesta a su conocimiento con el único objetivo que implique que no se tenga en cuenta cualquier tipo de duda razonable.

La Corte Constitucional en sentencia C-762 (2009)³⁵ ha mencionado que si bien es cierto el principio de imparcialidad actúa

³³ Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658

³⁴ Colombia. Corte Constitucional (5 de diciembre de 2006) Sentencia C - 1034, Sala Séptima de Revisión. 2006. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto.]

³⁵ Colombia. Corte Constitucional (29 de octubre de 2009) Sentencia C - 762, Sala Plena. 2009. [MP. Juan Carlos Henao Perez].

como uno de los principios integradores del debido proceso, también es cierto que su participación ha sido determinante en el proceso para la garantía del sujeto que lo invoca, y su protagonismo ha sido representado en materia penal por la necesidad de separar la etapa de investigación y de acusación de la etapa de juzgamiento en el proceso; siendo la misma teoría reclamada en el proceso disciplinario; de la misma manera se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del principio de autonomía e independencia, donde la Corte integra al principio de imparcialidad de los jueces que permite garantizar a los ciudadanos la igualdad frente a la administración de justicia.

En este sentido entonces, se puede mencionar que el principio de imparcialidad ha sido el principio más utilizado por los que cuentan con el poder de administrar justicia, juzgar a otros individuos por el grado de independencia que le confiere; siendo entonces una facultad jurídica que ha venido evolucionando a lo largo del tiempo como una de las alternativas para resolver conflictos o decidir sobre un caso en concreto; frente a esto la Corte Constitucional (2009) ha mencionado que también tiene que ver con que “los conflictos se resuelvan a través de la manera ofrecida por el Estado, “esto es, mediante la implementación de un *proceso* adelantado por un *juez* y con la potestad de *hacer cumplir* la solución que se impartió al conflicto” para esto, se define también que su identidad se encuentra fundamentado en que:

(...) la legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la *imparcialidad* del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en donde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho”.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha dispuesto una serie de criterios que al momento de determinar la pena, el

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

juez o director del proceso debe tener en cuenta para evitar transgredir los principios integradores del debido proceso, de imparcialidad y propender por los intereses legítimos de las partes, se reducen básicamente en la debida aplicación de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley en el entendido que toda sanción impuesta estará supeditada a lo dispuesto a la ley.

El principio de legalidad, según sentencia C-713 ha mencionado tres elementos que relatan su aplicación, i) exige que la identificación de la sanción se encuentre dispuesta en la ley de forma taxativa, ii) que esta identificación sea realizada antes de la ocurrencia del ilícito y al acto de que determine la imposición de la sanción y iii) que la sanción sea determinada previamente y de manera plena. (2012)³⁶. Por su parte, el principio de tipicidad tiene que ver con la descripción exacta y precisa de la regla que dispone un supuesto fáctico, una consecuencia y la correlación existente entre sí; sin embargo, en el derecho administrativo sancionador, la adecuación típica se ha flexibilizado, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, manifestando que contrario a lo que sucede en materia penal, no se ha determinado sanciones exclusivas para cada tipo de comportamiento o conducta reprochable, sino que por el contrario, se han establecido clasificaciones generalizadas que permiten abarcar las infracciones, en este sentido, para evitar poner en riesgo los derechos y principios del debido proceso en materia disciplinable, se han dispuesto criterios que deben ser utilizados por el funcionario encargado de la imposición de la sanción, que funcionan como marco de referencia; haciendo que conceptos como tipos en blanco resulten admisible; frente a lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado que son "constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente" (Sent. C-713. 2012)³⁷ haciendo que en cualquier caso, la adecuación de la sanción pueda ser complementada por otras normas.

³⁶ Colombia. Corte Constitucional (12 de septiembre de 2012) Sentencia C - 713, Sala Plena. 2012. [MP. Mauricio González Cuervo]

³⁷ Colombia. Corte Constitucional (12 de septiembre de 2012) Sentencia C - 713, Sala Plena. 2012. [MP. Mauricio González Cuervo]

Finalmente es pertinente mencionar que en virtud del artículo 29 constitucional³⁸, el debido proceso se debe aplicar no solo en escenarios judiciales sino también administrativos, si bien es cierto que usualmente el principio de imparcialidad es abordado desde una perspectiva judicial, también debe estar inmerso en toda actuación del procedimiento sancionatorio disciplinario, el cual se encuentra dispuesto como principio rector por parte de la ley 734 del 2002 y la ley 1952 de 2019, e incluso lo ha mencionada en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situación que será abordada a continuación en el capítulo siguiente.

IV. POSTURA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL POTENCIAL EJERCICIO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DENTRO DEL PROCESO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA

En Colombia, bajo la vigencia de la Constitución de 1991³⁹ se instrumentalizan una serie de mecanismos judiciales y no judiciales para la garantía del principio de supremacía constitucional, así como para la materialización de los derechos humanos. Con este fin, igualmente se concibió una visión extensiva y abierta de la Constitución, estableciendo figuras jurídicas de relevancia para una mayor garantía de la persona humana y sus derechos, tal es el caso del bloque de constitucionalidad que tiene dos enfoques de relevancia. El primero derivado de su carácter integrador e interpretativo permitiendo que normas que no se encuentran expresamente en la Constitución se puedan entender incorporados a la misma o, sirvan como criterios relevantes de interpretación de las garantías y libertades allí señaladas. Por su parte, a partir de su tipología se fija una jerarquía

³⁸ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

³⁹ Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

entre el bloque de constitucionalidad estricto y amplio, señalando para el primero un mayor grado de vinculatoriedad en el sistema jurídico colombiano. En el presente capítulo se pretende abordar la postura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a la aplicación del principio de imparcialidad dentro del proceso disciplinario en Colombia.

1. Principio de imparcialidad desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el sistema jurídico colombiano se ha previsto el debido proceso como derecho fundamental con estructura de principio, que para su materialización conlleva la observancia plena de garantías mínimas fundamentales que se encuentran descritas inicialmente en el art. 29 del debido proceso, aplicable inicialmente en sede judicial sin perjuicio que el mismo sea extensivo a escenarios administrativos. Con referencia al principio de imparcialidad esta disposición constitucional desde el punto de vista formal no lo señala de forma expresa, circunstancias que sí ha realizado la Corte Constitucional por vía extensiva a través de su precedente judicial. Para ello el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional señaló que (Corte Constitucional, 2015. Sent. C- 450)⁴⁰:

En este marco, el principio de imparcialidad de los jueces ha sido entendido como una de las garantías integrantes del debido proceso, en virtud de la cual el funcionario judicial encargado, deberá decidir “con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

Por lo anterior, la misma Corte Constitucional en su ejercicio de concreción de principios ha establecido que el principio de imparcialidad es propio del debido proceso. Esto además encuentra justificación en la figura del bloque de constitucionalidad estricto e integrador, en el sentido que el debido proceso legal en sus garantías mínimas es de mayor protección el definido

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional (16 de julio de 2015) Sentencia C - 450, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

TENORIO MELENJE – PICÓN CARVAJAL – CASTILLO GALVIS

por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con relación a la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Por lo anterior, a continuación se proponen algunos elementos que fijan estándares convencionales en su protección.

Del art. 8 num. 1 de la CADH (1969)⁴¹ se establece como garantía mínima de las garantías judiciales:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De ello además se tiene que en el ejercicio de interpretación que realiza la Corte IDH referente a las garantías y libertades previstas en la CADH, referente al principio de imparcialidad en la sentencia del Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica (Corte IDH, 2004)⁴² estableció que:

La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática.

Como valor agregado dentro del ejercicio del derecho internacional público y la conformación de un corpus iuris como resultado del diálogo judicial, la Corte IDH en dicha providencia trajo a colación los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad

⁴¹ Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 1969.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de julio de 2004) Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalando que (Corte IDH, 2004b):

Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.

Lo anterior, denotando que los elementos subjetivos y objetivos desarrollados por la Corte Constitucional en algunas providencias que ya han sido desarrolladas en este trabajo de investigación. De otra parte, otros antecedentes jurisprudenciales importantes respecto al principio de imparcialidad por la Corte IDH se tienen los casos *Castrillo Petruzzi Vs Perú (1999)*⁴³ y *Tribunal Constitucional Vs Ecuador (2013)*⁴⁴. Sin embargo, respecto de Colombia en 2020 profirió la sentencia que declaró la responsabilidad del Estado en el Caso Petro por emitir dos actos administrativos y adelantar un proceso disciplinario sin las debidas garantías, entre ellas el principio de imparcialidad con relación a la labor desempeñada por parte de la Procuraduría General de la Nación. En dicha sentencia, la Corte IDH señaló que (Corte IDH, 2020)⁴⁵ se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejer-

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de julio de 2004) Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de agosto de 2013) Caso del Tribunal Constitucional. 2013 (Camba Campos y otros) vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020) Caso Petro Urrego vs. Colombia. 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

cicio de su función como juzgador cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el juicio y se aproxime a los hechos de la causa careciendo de todo prejuicio.

Lo más relevante dentro de la providencia emitida por parte de la Corte IDH con relación al caso concreto es reconocer que dentro del proceso disciplinario adelantado contra el servidor público, no se garantizó el principio de imparcialidad señalando que:

(...) el diseño particular del proceso seguido contra el señor Petro evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria.

De acuerdo a esto se tiene que desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe una garantía respecto al principio de imparcialidad y lo relativiza en su aplicación señalando que el mismo puede ser susceptible de garantía a través de la existencia de instancias o dependencias al interior de la Entidad, en este caso la Procuraduría General de la Nación como sucede con la Ley 1952 de 2019⁴⁶ de la cual se puede afirmar que el proceso disciplinario tiene dos instancias: i) la de investigación y ii) la de sanción, en las que se pretende regular el actuar de los servidores públicos y particulares que ejercen función pública con el ánimo de dar cumplimiento a la ética pública y fines esenciales del Estado.

2. Aplicación del control de convencionalidad y efectos respecto a la materialización del principio de imparcialidad en el proceso disciplinario en Colombia

Con relación a la aplicación del control de convencionalidad se tiene que en multiplicidad de momentos la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han manifestado frente a instrumentalización de dicho mecanismo bajo alternativas diferentes.

⁴⁶ Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

La Corte Constitucional tiene una posición restrictiva frente a su aplicación señalando en dos momentos históricos diferentes que no es juez convencional (Sent. C – 941.2010)⁴⁷, así como la función estricta en cabeza del máximo tribunal de la jurisdicción en la determinación de los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así como las subreglas aplicables en Colombia y emitidas por la Corte IDH (Sent. SU 712.2013)⁴⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado ha creado subreglas importantes respecto a la aplicación del control de convencionalidad en dos momentos ha configurado la convicción del juez administrativo como juez convencional, ello en sentencias del caso Jaime Garzón (Consejo de Estado, 2016) y Petro (Consejo de Estado, 2017), este último ejerciendo un control de convencionalidad que concluyó con la nulidad de los actos administrativos que dieron lugar a la destitución e inhabilidad general del ciudadano, así como el restablecimiento del derecho por los salarios y prestaciones dejadas de percibir. Materializa en mayor nivel este juicio de validez material entre el corpus iuris interamericano y el sistema jurídico interno, exhortando al Congreso de la República y el Presidente de la República con la finalidad de modificar las facultades por parte del Procurador de ejercer la destitución e inhabilitación bajo las disposiciones de la ley 734 de 2002, circunstancia que no se dio, razón por la cual fue necesaria la intervención del Sistema Interamericano para asegurar la garantía de los derechos humanos.

Por lo anterior, surge una doble visión del control de convencionalidad en este tipo de escenarios. El primero, permite la mayor protección de los derechos humanos y por tanto la garantía del efecto útil del objeto y fin de la Convención Americana bajo las disposiciones del p. 174 del Caso Almonacid Arellano Vs Chile (Corte IDH, 2006)⁴⁹. El segundo, la oportunidad del Estado

⁴⁷ Colombia. Corte Constitucional (24 de noviembre de 2010) Sentencia C - 941, Sala Plena. 2010. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]

⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional (17 de octubre de 2013) Sentencia SU-712, Sala Plena. 2013. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio]

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

en la prevención de la configuración de una responsabilidad internacional declarada por la Corte IDH con los elementos políticos y presupuestales que ello significa. En el caso Petro, por ejemplo, aun cuando se hizo un control oportuno y adecuado de convencionalidad por parte del Consejo de Estado la inactividad a nivel interno en las ramas legislativa y ejecutiva conllevaron además de la responsabilidad interna, la internacional.

En cualquiera de las dos visiones, se encuentra vigente la obligación por parte de las autoridades estatales de ejercer el juicio de validez material propio de convencionalidad buscando justamente proteger los derechos humanos y prevenir la responsabilidad internacional, en el entendido que aún persisten algunos elementos que podrán ser sujetos de control con relación a la Ley 734 de 2002⁵⁰, por ejemplo lo que refiere a la facultad del Ministerio Público de destituir e inhabilitar sin el cumplimiento de las condiciones hipotéticas señaladas en el art. 23 num. 2 de la CADH⁵¹. En cuanto a las disposiciones de la Ley 1952 de 2019⁵² a priori resultaría que la problemática referente al principio de imparcialidad fue subsanada al establecer la garantía de la doble instancia desconcentrada, en el sentido que el acto administrativo que adopte la determinación en todo caso podrá ser recurrida por los medios jurídicos pertinentes, siendo determinable en su decisión por otra dependencia o instancia al interior del Ministerio Público.

⁵⁰ Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.

⁵¹ Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) . 1969.

⁵² Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

V. CONCLUSIONES

La aplicación del Código Único Disciplinario bajo la Ley 734 de 2002⁵³ y consecuentemente con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019⁵⁴ debe tenerse en cuenta que más allá de la determinación de asegurar el adecuado y correcto ejercicio de la función pública, deberá velar por el cumplimiento pleno de los principios señalados en el artículo 29 del debido proceso que no solo tendrán como fundamento los elementos que constitucionalmente se encuentran definidos, sino además la integración normativa a la que hace referencia el artículo 241 de la Ley 1952, que conlleva a la materialización en la aplicación del ordenamiento jurídico convencional a través de figuras como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Existe una evolución normativa en materia de derecho disciplinario en Colombia respecto al reconocimiento de competencias funcionales otorgadas bajo la potestad del desarrollo conjunto de investigación y sanción al Ministerio Público como órgano autónomo e independiente, que a su vez está cobijada por la constitución política; y que así mismo, establece de procedimientos creados con la finalidad de ejercer control sobre las funciones atribuidas a los servidores públicos, destacando la importancia de ejercer control disciplinario; lo anterior como respuesta a la relación jurídica existente entre la función pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

La ley le ha otorgado a la procuraduría como representante máximo del ministerio público, la facultad denominada como *poder disciplinario preferente*, que le permite ejercer funciones de juzgador y parte dentro de un proceso disciplinario, ejercicio que ha configurado una serie de posibles inobservancias sobre principios constitucionales que cobijan las garantías procesales del sujeto disciplinable; dentro de los cuales, se encuentran el principio de imparcialidad, independencia, debido proceso, defensa e incluso, principios convencionales incluidos dentro del bloque

⁵³ Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.

⁵⁴ Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850.

de constitucionalidad como el denominado “*debido proceso legal*.”

La postura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con relación al principio de imparcialidad se constituye como los estándares internacionales aplicables para el caso colombiano, en virtud del art. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁵, para lo cual desde su Tribunal ha definido los criterios a partir de los cuales se puede establecer la vulneración a las garantías judiciales y protección judicial conforme al principio de imparcialidad objetiva y subjetiva. Por tal razón, será obligación de las autoridades nacionales efectuar el control de convencionalidad para establecer la compatibilidad entre las normas internas y estas disposiciones del principio de imparcialidad fijadas en el Sistema Interamericano, siendo la excepción de inconstitucionalidad una de estas alternativas jurídicas para implicar las normas contrarias a la Convención.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116.
- Colombia. Corte Constitucional (12 de septiembre de 2012) Sentencia C - 713, Sala Plena. 2012. [MP. Mauricio González Cuervo] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-713-12.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (05 de diciembre de 2006) Sentencia C - 028, Sala Plena. 2006. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (05 de junio de 1992) Sentencia T-406, Sala Primera de revisión. 1992. [MP. Ciro Angarita Barón] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>

⁵⁵ Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) . 1969.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

- Colombia. Corte Constitucional (13 de marzo de 2013) Sentencia SU-132, Sala Plena. 2013. [MP. Alexei Julio Estrada] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU132-13.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (29 de octubre de 2009) Sentencia C - 762, Sala Plena. 2009. [MP. Juan Carlos Henao Perez] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (16 de julio de 2014) Sentencia C-500, Sala Plena. 2014. [MP. Mauricio González Cuervo] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/c-500-14.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (16 de julio de 2015) Sentencia C - 450, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-450-15.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (17 de octubre de 2013) Sentencia SU-712, Sala Plena. 2013. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU712-13.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (12 de febrero de 2013) Sentencia C - 067, Sala séptima de revisión. 2013. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-067-13.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (18 de mayo de 1995) Sentencia C - 225, Sala Plena. 1995. [MP. Alejandro Martínez Caballero] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (2 de diciembre de 1998) Sentencia C - 743, Sala Plena. 1998. [MP. Fabio Morón Díaz.] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-743-98.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (24 de noviembre de 2010) Sentencia C - 941, Sala Plena. 2010. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-941-10.htm>
- Colombia. Corte Constitucional (25 de noviembre de 2015) Sentencia C-721, Sala Plena. 2015. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-721-15.htm>

- Colombia. Corte Constitucional (5 de diciembre de 2006) Sentencia C - 1034, Sala Séptima de Revisión. 2006. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto.] Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-1034-06.htm>
- Congreso de la República de Colombia. (5 de febrero de 2002) Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708. recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-893-03.htm#:~:text=Precisamente%20por%20ello%2C%20el%20art%C3%ADculo,el%20art%C3%ADculo%20123%20de%20la>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de julio de 2004) Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas) recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs Chile. 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de agosto de 2013) Caso del Tribunal Constitucional. 2013 (Camba Campos y otros) vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020) Caso Petro Urrego vs. Colombia. 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Velandia, E. (2015). Derecho constitucional convencionalizado y justicia constitucional. Bogotá, Colombia. Editorial VC Editores Ltda.
- Congreso de Colombia. (28 de enero de 2019) Código General Disciplinario. [Ley 1952 de 2019]. DO: 50.850 Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/ley_1952_2019.html
- Congreso de Colombia. (31 de agosto de 2004) Código de Procedimiento Penal. [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658 Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/ley_0906_2004.html

ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1972) Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [Ley 16 de 1972]. DO: 33.780.5 Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1572401>

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) . 1969 . Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA
DE LOS TRIBUNALES LOCALES DE JUSTICIA
ADMINISTRATIVA Y LA INDEPENDENCIA
DE SUS MAGISTRADOS

Armando VILLANUEVA MENDOZA¹

Resumen: El presente estudio brinda referencias pasadas sobre la justicia administrativa, aludiendo a las recientes bases constitucionales de la actual, tanto federal como de las entidades federativas, para después analizar cómo las constituciones locales estructuran este tipo de tribunales y, en algunos casos, las leyes orgánicas o las de justicia administrativa. Adelante refiere algunas consideraciones sobre la importancia de la independencia de sus magistrados y la autonomía de sus tribunales. En la parte final realiza propuestas para alcanzar estos dos atributos tan importantes para una verdadera impartición de justicia administrativa, in interferencia, y emite algunas conclusiones al respecto.

Abstract: The present study provides past references to administrative justice, referring to the recent constitutional bases of both the federal and the federal entities, and then analyzing how local constitutions structure this type of courts and, in some cases, organic or administrative justice laws. He goes on to comment on the importance of the independence of its judges and the autonomy of its courts. In the final part it makes proposals to achieve these two attributes so important for a true administration of justice, in interference, and issues some conclusions in this regard.

Palabras claves: Justicia administrativa, tribunales locales, autonomía, independencia, magistrados.

Keywords: Administrative justice, local courts, autonomy, independence, judges

¹ Director de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Victoria de la Universidad Autónoma de Tamaulipas y Profesor de Derecho Constitucional, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La nueva justicia administrativa en las entidades federativas del país. III. La importancia de la independencia de los impartidores de justicia administrativa. IV. Propuestas para consolidar la independencia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES

En un país considerado como Estado de Derecho existen normas destinadas a regir la relación de su administración pública con sus gobernados, privilegiando los principios de legalidad y seguridad jurídica que, por lo general, se contienen en su Constitución. Es así que todas sus actuaciones “deben ser emitidos por autoridad competente, en forma escrita, fundados y motivados y darse a conocer a sus destinatarios siguiendo las formalidades del procedimiento”.²

Cuando eso no se cumple, existe el derecho del gobernado de acudir a la jurisdicción administrativa con la finalidad de anularlos o modificarlos, la que a criterio de Valdez Villarreal:

debe impartirse, en última instancia, por un tribunal imparcial; las partes han de tener las mismas oportunidades procesales; se deben respetar las formalidades esenciales del procedimiento, que consisten fundamentalmente en dar audiencia cumplida a los interesados; la impartición debe ser pronta y expedita; y la solución definitiva ha de ser única, clara y ajustada a la ley. Se debe preservar la supremacía del Poder Judicial de la Federación...”³

En el caso de México, la justicia administrativa, si bien se ajusta a las características enunciadas, por lo general, se ha ubicado fuera de los Poderes Judiciales.

² Sánchez Gómez, Narciso, *Justicia administrativa en México*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002, p. 47.

³ Valdez Villarreal, Miguel, *Justicia administrativa*, México, Colegio Nacional de Profesores e Investigadores en Derecho Fiscal y Finanzas Públicas-Trillas, 1987, p. 128.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

A diferencia de los países, que siguen la teoría de la unicidad de la jurisdicción, en los que todo asunto en el que ésta se ejerce corresponde a la competencia del Poder Judicial, México ha seguido otro derrotero, principalmente guiado desde la justicia administrativa federal. Así tuvimos el Tribunal Fiscal de la Federación, lo que motivó a que las entidades federales instauraran sus Tribunales Fiscales locales, y si bien algunos precisaron en su conformación que contaban con independencia para dictar sus resoluciones, fueron ubicados en la estructura de sus Poderes Ejecutivos. Más adelante, ante el cambio de Tribunal Fiscal a Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, las entidades que acataron la reforma constitucional de la época y establecieron los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En la actualidad las cosas han cambiado nuevamente, con seguridad, para tratar de consolidar a la justicia fiscal y administrativa, a la que incluso se le otorgan mayores facultades, que limitarse a anular actos administrativos o fiscales.

El 27 de mayo de 2015, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de combate a la corrupción; asimismo, se modificaron las facultades del Congreso estableciendo un nuevo sistema de control que reforzó las atribuciones y facultades de la Auditoría Superior de la Federación (ASF) y la Secretaría de la Función Pública (SFP), así como se implementaron nuevas atribuciones, competencias y facultades al Tribunal Federal de Justicia Administrativa.⁴

En cuanto a la reforma al Tribunal Federal que refiere esta cita, se efectuó a través de la modificación a las competencias legislativas del Congreso de la Unión, contenidas en el artículo

⁴ Rumoroso Rodríguez, José Antonio, “Nuevas competencias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en materia de anticorrupción”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, p. 309. Recuperado el 27 de enero de 2022 en: [RA 33 Jul2019-301-316.pdf \(lasalle.mx\)](#)

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

73 de la Carta Magna mexicana. En el caso, la modificación se aplicó a la fracción XXIX-H, que a partir de entonces dispone:

Para expedir la ley que instituya el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y que establezca su organización, su funcionamiento y los recursos para impugnar sus resoluciones.

El Tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares.

Asimismo, será el órgano competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

El Tribunal funcionará en Pleno o en Salas Regionales.

La Sala Superior del Tribunal se compondrá de dieciséis Magistrados y actuará en Pleno o en Secciones, de las cuales a una corresponderá la resolución de los procedimientos a que se refiere el párrafo tercero de la presente fracción.

Los Magistrados de la Sala Superior serán designados por el Presidente de la República y ratificados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo quince años improrrogables.

Los Magistrados de Sala Regional serán designados por el Presidente de la República y ratificados por mayoría de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente. Durarán en su encargo diez años pudiendo ser considerados para nuevos nombramientos.

Los Magistrados sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causas graves que señale la ley.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

En esta enmienda constitucional, el órgano reformador de la Constitución sigue sin reconocer la importancia de la separación que debe existir entre la administración pública y quien juzga la legalidad de sus actos. Ello, pues mantiene la forma de designación de los magistrados que integran los tribunales administrativos, que es directamente por el Presidente de la República; y si bien requiere de la ratificación de las 2/3 partes de los miembros del Senado presentes para los que integren la Sala Superior o de la mayoría para el caso de los de Sala Regional, dificilmente la intención del Poder Ejecutivo, unitario, con legitimidad nacional por el voto ciudadano y, por tanto, fuerte, no saldrá avante. Lo anterior, implica que el titular del Poder Ejecutivo, que es además jefe de la Administración Pública, nombre a quienes juzgarán sus actos y los de sus colaboradores, situación que dista mucho de ser ideal para el Estado de Derecho.

En la enmienda constitucional en trato, también se incluyó la innovación de la justicia administrativa local, siguiendo los lineamientos de la reforma a la justicia administrativa federal, anuque dejando a la libertad configurativa de las entidades la conformación de sus tribunales y la designación de sus integrantes.

Es así, que la forma de nombrar a los juzgadores administrativos la mayoría de las entidades federativas siguieron lo que precisa la Constitución federal en cuanto a sus magistrados, lo que traslada el equívoco constitucional a todo el país, de tal modo que hace a la justicia administrativa una instancia que, ante su parcialidad, motivada por su falta de independencia, traslada, la mayoría de las veces, la solución definitiva a los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Es tiempo de variar la elección de los magistrados administrativos, pero no imitando la tan cuestionada forma de designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino tomando ideas de algunas de las constituciones locales, que han brindado mayor transparencia y menos injerencia del Poder Ejecutivo en la selección.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

Como se anticipó, la reforma constitucional en análisis, reguló a la nueva justicia administrativa local, al establecer variaciones mediante la modificación de la fracción V del artículo 116, que fija las bases a que deben sujetarse los estados federados en su organización. Dicha fracción precisa, a partir de entonces:

V. Las Constituciones y leyes de los Estados deberán instituir Tribunales de Justicia Administrativa, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones. Los Tribunales tendrán a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública local y municipal y los particulares; imponer, en los términos que disponga la ley, las sanciones a los servidores públicos locales y municipales por responsabilidad administrativa grave, y a los particulares que incurran en actos vinculados con faltas administrativas graves; así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Estatal o Municipal o al patrimonio de los entes públicos locales o municipales. Para la investigación, substanciación y sanción de las responsabilidades administrativas de los miembros del Poder Judicial de los Estados, se observará lo previsto en las Constituciones respectivas, sin perjuicio de las atribuciones de las entidades de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos.

En cuanto a la hoy Ciudad de México, la Constitución Federal le establece las bases para su organización en el artículo 122, el que, en su fracción VIII, regula la justicia administrativa, la que, a partir de la publicación de su reforma en el Diario Oficial de la Federación del 29 de enero de 2016, quedó de la forma siguiente:

La Constitución Política de la Ciudad de México establecerá las normas para la organización y funcionamiento, así como las facultades del Tribunal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, funcionamiento,

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

procedimientos y, en su caso, recursos contra sus resoluciones.

El Tribunal tendrá a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública local y los particulares; imponer, en los términos que disponga la ley, las sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa grave y a los particulares que incurran en actos vinculados con faltas administrativas graves; así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública de la Ciudad de México o al patrimonio de sus entes públicos. La ley establecerá las normas para garantizar la transparencia del proceso de nombramiento de sus magistrados.

La investigación, substanciación y sanción de las responsabilidades administrativas de los miembros del Tribunal Superior de Justicia, corresponderá al Consejo de la Judicatura local, sin perjuicio de las atribuciones de la entidad de fiscalización sobre el manejo, la custodia y aplicación de recursos públicos.

Como puede apreciarse de los tres dispositivos constitucionales transcritos, la justicia administrativa amplió sus tradicionales competencias, que lo eran dirimir los conflictos surgidos entre la administración pública y los ciudadanos, tanto de carácter administrativo como fiscal, generando nuevas atribuciones como lo son: el juzgar las responsabilidades administrativas y sancionarlas, tanto de funcionarios como de particulares que incidan en ellas, a estos últimos cuando sean graves; y determinar sanciones pecuniarias derivadas de afectaciones patrimoniales al poder público.

Y si bien lo anterior representa un avance o evolución de la justicia administrativa nacional, existen zonas o círculos de protección en las que la función administrativa se niega a ceder su preminencia. *“Tres han sido sobre todo tales círculos: el poder reglamentario, los llamados actos políticos o de gobierno y la*

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

*potestad discrecional.*⁵ Para esa protección, mantiene la forma de designación de sus juzgadores magistrados, la que es diversa, según la propia redacción contenida en los artículos constitucionales, cuyas fracciones han quedado transcritas, pues mientras en el caso de la Federación le brinda la atribución directamente al Presidente de la República, en el caso de los estados federados nada dice sobre ella, dejándola a la libertad configurativa de sus constituyentes permanentes, y en la Ciudad de México solamente la somete a garantizar la transparencia en su proceso de nombramiento.

Las modificaciones constitucionales referidas, motivaron la transformación de los Tribunales de los Contencioso Administrativo y de los Fiscales, donde aún permanecían por no haber atendido la reforma constitucional anterior, en Tribunales de Justicia Administrativa. Éstos, siguiendo los lineamientos constitucionales, deberían generarse con plena autonomía para emitir sus fallos, fijar su organización y su funcionamiento y, aunque tal indicación pudiera entenderse como que debían ser órganos autónomos constitucionales, la aplicación en las entidades federativas no fue uniforme. Fueron diversas las posturas asumidas: las que crearon un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano autónomo constitucional, las que lo mantuvieron como Tribunal con autonomía para fallar, pero ligado al Ejecutivo, y las que lo incluyeron como parte del Poder Judicial local. Claro está, mostrando, unos más unos menos, la intención de mantener controlada a esta justicia.

II. LA NUEVA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DEL PAÍS

Aplicada la reforma, hoy las entidades federativas cuentan con justicia administrativa organizada en diferente forma; no sólo en cuanto a su estructura orgánica, sino también en cuanto a sus procedimientos. Existen Tribunales de Justicia Administrativa que funcionan en forma plenaria, plenaria con secciones, colegiada y otros en forma unitaria; cuyo proceso en

⁵ García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003, p. 47.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

algunos cuentan con primera y con segunda instancia y, en otros, sólo es uniinstancial; que se integran por muchos o por muy pocos magistrados; que son nombrados por el Ejecutivo local y ratificados por su Legislatura o son seleccionados a través de convocatoria pública y electos por el Congreso; que pueden ser reelectos o que no; que duran 6 años, 10 años, 12 años, 15 años y 20 años; que tienen suplentes considerados como supernumerarios; que deben contar con experiencia en la materia administrativa, fiscal y de responsabilidades o solamente reunir los mismos requisitos que para ser magistrado de su Poder Judicial. En fin, la variación de la organización dentro de la justicia administrativa de las entidades federativas es mucha y muy diversa, como se desprende de los siguiente:

Aguascalientes cuenta con una Sala Administrativa, con autonomía para dictar fallos, adscrita al Poder Judicial, integrada por tres magistrados que no forman parte del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. Son designados por el Congreso local a propuesta en terna del Ejecutivo, quien la seleccionará de los cinco candidatos que le proponga el Consejo de la Judicatura, obtenidos según el proceso de selección que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que alude a una convocatoria pública de la que, previa evaluación psicométrica, de aptitud, de conocimientos y ponderación de experiencia laboral y formación académica, se formularán las quintetas. Electos, duran quince años en su ejercicio, pudiendo ser reelectos y si lo son adquirirán inamovilidad.

Baja California Sur cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa, con autonomía para dictar fallos, integrado por tres magistrados nombrados por decisión de las 2/3 partes de los miembros del Congreso del Estado a propuesta en terna por el Gobernador. Duran en su encargo seis años y pueden ser reelectos por seis años más. Aunque su Constitución no lo nomina expresamente como órgano autónomo constitucional, su legislación orgánica si lo hace indicando que es un *“órgano autónomo e independiente de cualquier autoridad administrativa.”*⁶

⁶ Artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California Sur.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

Baja California consagra un Tribunal Estatal de Justicia Administrativa como órgano constitucional autónomo, el que funciona en Pleno y en Salas. El primero se integra por tres magistrados y las Salas son unitarias, entre las que existe la Especializada en Combate a la Corrupción. La elección de éstos es por mayoría calificada en el Congreso, previa convocatoria y de acuerdo con el procedimiento que establezca la ley, que es de convocatoria pública, requiriéndose lo mismo que para ser magistrado del Poder Judicial, a más de “*cinco años de experiencia profesional en Derecho Administrativo o Tributario, responsabilidades administrativas, hechos de corrupción, transparencia o rendición de cuentas.*” Debe también aprobarse el examen de conocimientos que se presenta para ser electo Fiscal Anticorrupción.⁷ Duran seis años en su encargo y pueden ser ratificados para otros seis solamente.

Campeche cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa con plena autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, no adscrito a ningún poder del Estado, y aunque su Constitución no lo califica expresamente como órgano autónomo constitucional, de hecho lo es. Funciona en Pleno y en Salas, pero la competencia del primero no es jurisdiccional. Entre sus tres Salas contempla la existencia de una Sala Especializada en Materia de Anticorrupción y Responsabilidades Administrativas. Se integra por tres magistrados designados, por quince años, por el Gobernador y ratificados por las 2/3 partes de los miembros presentes del Congreso local. Conforme a su Ley Orgánica⁸, las otras dos Salas son una Sala Superior Unitaria, que ocupa el presidente y se encarga de las apelaciones contra las otras dos salas, y otra Sala Unitaria Administrativa.

Chiapas contempla un Tribunal Administrativo como parte del Poder Judicial del Estado, con autonomía para dictar sus fallos y para establecer su organización y funcionamiento. Sus magistrados son nombrados por la mayoría en el Congreso de la entidad de entre los magistrados regionales del Tribunal Superior de Justicia local y duran seis años en su encargo, con

⁷ Artículo 8° de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California.

⁸ Artículo 7° de la Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Campeche.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

posibilidad de reelegirse por otros seis. Se integra por tres magistrados que funcionan como Sala de Revisión y Pleno del Tribunal, a más de los jueces de primera instancia, especializados en responsabilidades y jurisdicción administrativa.

Chihuahua cuenta con un Tribunal Estatal de Justicia Administrativa como órgano jurisdiccional dotado de plena autonomía para dictar sus fallos. Sus magistrados, que duran quince años en su encargo, son designados por las 2/3 partes de los diputados del Congreso local presentes, a propuesta de la Junta de Coordinación Política, después de un proceso de selección realizado por una comisión integrada por los tres poderes del Estado. En cuanto a su integración, remite a su ley orgánica, la que indica que se conforma por tres magistraturas y *“funcionará en Pleno y en tres ponencias instructoras”*⁹.

Coahuila cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como organismo con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía para dictar sus fallos. Se compone de cinco magistrados, que duran quince años en su ejercicio. Son designados por el Gobernador y ratificados por las 2/3 partes de los integrantes presentes del Congreso. Funciona en Pleno de Sala Superior y Salas Unitarias, según regula su ley orgánica.¹⁰

Colima tiene un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano autónomo constitucional¹¹; se compone por tres magistrados que duran en su encargo seis años y actúan colegiadamente, propuestos por el Ejecutivo al Congreso, el que decide por las 2/3 partes de los miembros presentes. Deben cumplir con los mismos requisitos que para ser magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, según la Constitución, aunque la ley requiere además de contar con experiencia en materia administrativa, fiscal, de fiscalización, responsabilidades administrativas, hechos de corrupción o rendición de cuentas.¹²

Durango establece un Tribunal de Justicia Administrativa, dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y determinar

⁹ Artículo 6° de la Ley Orgánica del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa.

¹⁰ Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa de Coahuila de Zaragoza.

¹¹ Artículo 22, fracción VIII, de la Constitución Política del Estado de Colima.

¹² Artículo 19.2 de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Colima.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

su organización, compuesto por tres magistrados numerarios y tres supernumerarios, que suplirán las ausencias de los primeros, designados por el Ejecutivo, debiendo reunir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia, y sujetos a ser ratificados por las 2/3 partes de los miembros presentes del Congreso; durarán en su cargo seis años improrrogables.

El Estado de México tiene un Tribunal de Justicia Administrativa con autonomía para dictar sus fallos y ejercer su presupuesto. Sus magistrados son nombrados por el Gobernador y sometidos a ratificación de la legislatura local por mayoría calificada de las 2/3 partes de los miembros presentes. Duran en su encargo diez años improrrogables, aunque los magistrados de Sala Regional podrán ser considerados para nombramiento como magistrado de Sala Superior. Funcionan en Pleno de Sala Superior y Salas Regionales y no se indica el número de sus integrantes.

Guanajuato considera un Tribunal de Justicia Administrativa, con magistrados que son propuestos por el Ejecutivo y aprobados por las 2/3 partes de los integrantes del Congreso. Para su organización remite a su ley orgánica, la que dispone funciona en Pleno y en cinco Salas. Sus magistrados duran diez años en su encargo, el que será improrrogable.

Guerrero cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa. Sus magistrados son nombrados por el Gobernador y ratificados por las 2/3 partes del Congreso; duran en su encargo siete años pidiendo prorrogarse por ocho años más. Se integra por una Sala Superior de cinco, que funciona en Pleno y Salas Regionales unitarias, que serán las que determine la Sala Superior.

Hidalgo tiene un Tribunal de Justicia Administrativa que forma parte del Poder Judicial. Sus magistrados son nombrados por el Gobernador, sometidos a aprobación del Congreso. Duran seis años en su cargo y si son reelectos adquieren inamovilidad. Funciona en Pleno y en cinco Salas¹³.

Jalisco establece un organismo autónomo constitucional Tribunal de Justicia Administrativa, cuyos magistrados son electos por las 2/3 partes de los integrantes del Congreso, en convocatoria pública, por siete años con posibilidad de

¹³ Artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Hidalgo.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

reelección por otros siete. Deben cumplir los mismos requisitos que para ser magistrados del Supremo Tribunal de Justicia. Se integra por una Sala Superior compuesta por tres individuos y Salas Unitarias.

Michoacán cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano autónomo constitucional, compuesto por cinco magistrados que cumplen los mismos requisitos que los que integran el Supremo Tribunal de Justicia. Duran en su cargo cinco años y pueden ser reelectos en dos ocasiones. Los designa el Congreso en forma escalonada a través de convocatoria pública por las 2/3 partes de los miembros presentes.

Morelos considera un Tribunal de Justicia Administrativa compuesto por siete magistrados designados por el Pleno del Congreso a través de una convocatoria pública de su órgano político. Deben reunir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia, a más de experiencia en materia administrativa, fiscal o de responsabilidades plenamente acreditada; duran en su encargo catorce años y al concluir gozarán de un haber de retiro.

Nayarit contempla un Tribunal de Justicia Administrativa, como órgano autónomo constitucional, compuesto por tres magistrados numerarios y dos supernumerarios suplentes. Son propuestos en terna por el Gobernador y electos por las 2/3 partes del Congreso. Los supernumerarios se eligen de entre el resto de los candidatos enviados en las ternas para numerario. Duran en su encargo diez años y pueden ser reelectos por otros diez.

Nuevo León cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano jurisdiccional con autonomía funcional y presupuestal. Se compone de una Sala Superior integrada por tres magistrados y las Salas unitarias ordinarias que sean necesarias, en la actualidad cinco. Los magistrados duran diez años en su cargo pudiendo ser considerados para un siguiente periodo. El Congreso emite convocatoria y selecciona de la lista que formule el Comité de Selección.

Oaxaca cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano autónomo constitucional, compuesto por una Sala Superior de cinco magistrados, que funcionan en Pleno y Salas Unitarias de Primera Instancia. Son designados por el

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

Gobernador y ratificados los de Sala Superior por las 2/3 partes y los de Sala Unitaria por la mayoría de los integrantes del Congreso presentes. Duran en su encargo siete años los de Sala Superior y cinco los de Unitaria, que será la primera instancia.

Puebla cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa con plena autonomía para dictar sus resoluciones, que funciona en Pleno, compuesto de siete magistrados, y una Sala Especializada en Materia de Responsabilidades Administrativas, compuesta por tres, que no forman parte del Pleno, a más de las Salas que fije éste. Los nombramientos de sus magistrados son escalonados, hechos por el Gobernador y ratificados por las 2/3 partes de los miembros del Congreso presentes.

Querétaro cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa con plena autonomía, independiente de cualquier autoridad administrativa. Se compone por tres magistrados propietarios propuestos por el Ejecutivo al Congreso, el que los aprueba por las 2/3 partes de sus miembros presentes. Deben contar con experiencia de cinco años en derecho administrativo y duran doce años en su ejercicio, al término del cual podrán contender y ser considerados para ser designados magistrados supernumerarios.

Quintana Roo cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano público autónomo compuesto por cinco magistrados, quienes deben reunir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia. Su elección se realiza por convocatoria pública abierta del Congreso, que envía al Ejecutivo la lista de los aprobados para que forme una bina por cada magistratura; de ella, el Congreso debe aprobar, por las 2/3 partes de los miembros presentes, al nombrado por un periodo de ocho años, que puede extenderse por cuatro adicionales.

San Luis Potosí considera la existencia de un Tribunal Estatal de Justicia Administrativa, compuesto por cuatro magistrados que duran diez años en su ejercicio, propuestos en terna por el Gobernador y seleccionados por las 2/3 partes de los miembros presentes del Congreso. Deben reunir los mismos requisitos que para magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, a más de experiencia en materia administrativa y fiscal. Funcionan en Pleno y en Salas Unitarias, existiendo tres ordinarias y una Sala Superior.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

Sinaloa cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano constitucional autónomo, compuesto por una Sala Superior de tres magistrados y las Salas Regionales Unitarias que determine la ley; duran en su encargo siete años prorrogables por otros siete, electos por el Congreso por las 2/3 partes de sus miembros presentes, a propuesta, en terna, del Gobernador.

Sonora considera la existencia de un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano dotado de plena autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización. Sus magistrados, que duran nueve años en el cargo, son nombrados por el Ejecutivo y sujetos a ratificación del Congreso por las 2/3 partes de sus miembros presentes. Se integra por una Sala Superior de cinco y una Sala Especializada en Materia de Anticorrupción y Responsabilidad Administrativa compuesta por tres; estos últimos pueden ser considerados para nuevos nombramientos.

Tabasco cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa dotado de plena autonomía, compuesto de una Sala Superior integrada por tres magistrados y cinco Salas Unitarias, que duran siete años en su encargo con posibilidad de un periodo más. Son designados por el Gobernador y sometidos a ratificación de las 2/3 partes del Congreso los primeros y de la mayoría en el caso de los segundos.

Tamaulipas contempla la existencia de un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano dotado de autonomía para dictar sus fallos y establecer su organización, compuesto de tres Salas Unitarias. Sus magistrados son electos por las 2/3 partes de los miembros del Congreso presentes a propuesta del Ejecutivo y duran ocho años en su cargo. Cuenta con garantía constitucional para no disminuir el presupuesto del año inmediato anterior.

Tlaxcala cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa como organismo público especializado dotado de plena autonomía, independiente de cualquier autoridad, compuesto por tres magistrados electos por mayoría calificada de las 2/3 partes del Congreso para un periodo de seis años, a través de exámenes públicos de oposición, por un jurado de académicos ajenos al Estado. Deben cumplir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia, a más de

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

contar con cinco años de experiencia en materia administrativa y fiscal.

Veracruz considera la existencia de un Tribunal Estatal de Justicia Administrativa conformado como órgano autónomo constitucional, integrado por cuatro magistrados que funcionan en Pleno y en Salas, nombrados, a propuesta del Gobernador, por el Congreso por votación de cuando menos 2/3 partes de sus integrantes, para un periodo de diez años improrrogables.

Yucatán cuenta con Tribunal de Justicia Administrativa como órgano constitucional autónomo, compuesto por tres magistrados, que deberán reunir los mismos requisitos que para magistrados del Poder Judicial, designados por el Gobernador con ratificación de las 2/3 partes de los integrantes del Congreso, por cinco años y pueden ser estimados para dos periodos más.

Zacatecas tiene un Tribunal de Justicia Administrativa como órgano jurisdiccional, con personalidad jurídica y patrimonio propio y plena autonomía para dictar sus fallos y organizarse. Se compone de tres magistrados, que habrán de reunir los mismos requisitos que para ser magistrado del Tribunal Superior de Justicia, designados por la legislatura por siete años, a través del voto de las 2/3 partes presentes, en un procedimiento en el que el Congreso formula una lista de ocho candidatos y la envía al Poder Ejecutivo, quien selecciona a cinco para después remitirlos al Congreso a fin de que por la misma mayoría calificada elija de entre ellos a quienes lo conformarán.

Por último, la Ciudad de México cuenta con un Tribunal de Justicia Administrativa con plena autonomía jurisdiccional, administrativa y presupuestaria. La ley garantizará la transparencia en el proceso de nombramiento. La Sala Superior se compone de diez integrantes, contando con una sección especializada de tres en materia de responsabilidades administrativas. Además, existirán seis Salas Ordinarias y cinco Salas Jurisdiccionales compuestas por tres magistrados. Los magistrados de la Sala Superior serán nombrados por el Jefe de Gobierno y ratificados por mayoría simple de la Cámara de Diputados y durarán en su encargo quince años improrrogables. Los magistrados de Sala Ordinaria seguirán el mismo procedimiento, pero, en su caso, podrán ser ratificados por un periodo más.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

Como puede apreciarse, al ejercer su libertad de configuración, los constituyentes permanentes u órganos reformadores de las constituciones locales, han seguido diferentes líneas para cumplir con la inicialmente referida reforma.

Pese a la intención de brindar autonomía e independencia para la resolución de los conflictos ligados a la administración pública, de las estructuras referidas se aprecia la prevalencia de la influencia política, lo que siempre ha sucedido en la integración de los tribunales que juzgarán a la administración pública. Basta recordar las palabras que alguna vez emitió el ilustre administrativista mexicano don Alfonso Nava Negrete:

Frente a esos requisitos de fácil satisfacción formal, el apoyo político interno del tribunal o externo es relevante. Llega a ser decisivo el apoyo político, se le utiliza cada vez con mayor frecuencia y los requisitos se vuelven un mero trámite...¹⁴

Y la necesidad de ese apoyo se aprecia esencialmente en que la mayoría de los magistrados administrativos son designados o propuestos por el jefe de la Administración Pública, que lo es el titular del Poder Ejecutivo local. En algunos casos designados libremente por éste y sólo sometidos a una ratificación de mero trámite, sin opción alguna para el Congreso ratificador; en otras ocasiones, propuestos por el Gobernador, sin que requiera de una propuesta en terna, lo que tampoco deja opción a la Legislatura electora; y quizá la más democrática de estas opciones antidemocráticas, sea la que consiste en que el Poder Ejecutivo proponga ternas, integradas por juristas de su simpatía, a fin de que el Congreso local elija a una persona de entre las que la conforman, que al final de cuentas obedecerá a los intereses del Ejecutivo en turno.

¹⁴ Nava Negrete, Alfonso y Sánchez Gómez, Narciso, Justicia administrativa en México, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002, p. 43.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

III. LA IMPORTANCIA DE LA INDEPENDENCIA DE LOS IMPARTIDORES DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Como se ha precisado, los Tribunales de Justicia Administrativa, ya sea federales o locales, se encargan de juzgar los asuntos motivados en la relación gobernado-gobierno.

Escribe don don Héctor Fix-Zamudio, abundando a la idea anterior:

...la justicia administrativa está constituida por un conjunto bastante amplio y crecientemente complejo de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los particulares frente a la actividad de la administración pública o de la conducta en materia administrativa de cualquier autoridad, por medio de los cuales se resuelven los conflictos que se producen entre la administración y los administrados.¹⁵

Ante ello, es indispensable que este tipo de justicia no dependa de ninguna autoridad administrativa, ni siquiera de quien administra el Poder Judicial, generalmente Consejos de la Judicatura o secciones de éste. La más reciente reforma a este tipo de justicia, debió, con claridad, fijar que sus tribunales serían órganos con autonomía constitucional y no dejar a interpretaciones intencionales de los constituyentes permanentes locales, que, por lo común, intervienen solamente para aprobar la iniciativa que, bajo su interés, formula el Poder Ejecutivo local para cumplir con la “tropicalización” del mandato constitucional federal.

Para una verdadera justicia administrativa es menester fortalecer la autonomía de los tribunales que ejercen esa competencia, así como la independencia de sus juzgadores. Así y sólo así es como podrá evolucionarse en un punto tan

¹⁵ Fix Zamudio, Héctor, “Concepto y contenido de la justicia administrativa”, en Cinefuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro, (Coords), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, UNAM, 2005. p. 156.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

trascendente del Estado de Derecho, como lo es la relación de gobernados con su gobierno, siempre bajo el respeto de los principios constitucionales que la rigen. Para ello, se debe continuar en la evolución de las instituciones, brindar transparencia en la actuación de estos tribunales y en la elección de sus integrantes, así como ciudadanizar los procesos de selección de los juzgadores, entre otras cosas, tal y como lo refiere Jaime Cárdenas:

... estimamos que las instituciones del Estado requieren de profundos ajustes, como ampliar la participación ciudadana, ahondar en la publicidad de los asuntos públicos, reconocer debidamente la importancia de la deliberación, incrementar y hacer creíble la rendición de cuentas horizontal y social mediante fuertes y efectivos mecanismos de democracia directa y semidirecta, contrarrestar cualquier manifestación arbitraria del poder, principalmente del presidencial para que este no se excluya del derecho, y democratizar internamente a las grandes organizaciones privadas que también son parte de la red de la corrupción.¹⁶

IV. PROPUESTAS PARA CONSOLIDAR LA INDEPENDENCIA

De trascendental importancia para el Estado de Derecho es consolidar, tanto la autonomía de los Tribunales Administrativos como la independencia de sus magistrados; cualidades que deben de observar cualesquier órganos de impartición de justicia. La evolución de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe marchar, tal y como lo refiere Jaime Cárdenas, hacia *“una reforma al sistema judicial en sus tres cuestiones torales: acceso a la justicia en cualquier tipo de asunto o materia, independencia y eficiencia judicial.”*¹⁷

¹⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, “Las Responsabilidades en el Sistema Nacional Anticorrupción”, en Rascado Pérez, Javier y Flores Pantoja, Rogelio, (Coords), *Retos del Estado constitucional: transparencia y combate a la corrupción*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 18.

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

Y es que es de reconocerse la carencia de independencia en este renglón, pues quienes ejercen como juzgadores, principalmente en los altos niveles de las judicaturas, lo hacen por virtud de haber llegado al cargo por relación directa con los jerarcas del partido político en el poder, o bien producto de las negociaciones políticas entre los actores políticos.

Para evolucionar tanto en la autonomía de los tribunales como en la independencia de sus integrantes es necesario que existan medios de control jurídico efectivos para el control de la administración; suprimir la intervención de cualquier miembro de la administración pública en la designación de quienes serán los encargados de juzgarlos si es que infringen la ley; brindar participación ciudadana no sólo en los procesos de selección de magistrados, sino también en la evaluación de los tribunales en su ejercicio.

A fin de no dejar tal labor a la libertad configurativa de las entidades, que la mayoría de las veces atienden a la voluntad política del gobernante en turno, es imprescindible establecer bases constitucionales que la uniformen, lo que solamente puede hacerse a través del texto de la Constitución general de la República, a fin de que las entidades federativas, que no pueden contrariarla, acaten sus bases y contemplen en su regulación constitucional local la verdadera independencia en la justicia administrativa.

La alternativa más fácil sería asimilar la designación de magistrados administrativos a la de magistrados electorales. Que sea el Senado de la República el que lance la convocatoria abierta y tome la decisión; sin embargo, ello no es del todo infalible, pues al ser un órgano político los partidos se reparten posiciones y apoyos de acuerdo a sus intereses.

Tomando en consideración las regulaciones constitucionales actuales de las entidades federativas, podríamos lograr un mecanismo ideal para la integración de los Tribunales de Justicia Administrativa, a saber:

A. Para garantizar la autonomía de los Tribunales de Justicia Administrativa:

a) Constituirlos como órganos autónomos constitucionales, lo que les brindará la facultad de organizarse y administrar sus

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

recursos con libertad, sin que estén ligados a ninguna autoridad administrativa ni jurisdiccional, más que a las obligaciones de rendición de cuentas a que está sometida toda autoridad del Estado.

b) Brindar a los Tribunales Administrativos un porcentaje fijo del presupuesto de egresos de la entidad y garantizarles su irreductibilidad. Con ello, se evitará el que se someta a la voluntad de la autoridad administrativa que determine cuanto gastará, con cuanto contará para su crecimiento, etc. En la medida que se destinen recursos suficientes para la Justicia Administrativa se expulsará del Estado de Derecho las arbitrariedades y las indebidas discrecionalidades que existen al ejercer el poder, principalmente en los ramos de la administración pública.

c) Establecer el ejercicio de las magistraturas administrativas a períodos de tres lustros, de manera que al concluir cada uno, sean evaluados para determinar si se mantienen en el ejercicio del cargo o si se prescinde de ellos, en virtud de su actuación deficiente en la impartición de justicia administrativa.

d) Designación escalonada de los magistrados integrantes del tribunal que será en número impar.

e) Brindarle la facultad de resolver los conflictos laborales de su órgano, con el fin de no estar sometido en su funcionamiento administrativo a ninguna jurisdicción.

f) Establecer competencias Plenarias como Sala Superior, evitando que ésta quede en ejercicio unitario, y competencias unitarias como Sala de primera instancia o uniinstancial, según se determine la competencia.

B. Para garantizar la independencia de sus magistrados:

a) Convocatoria pública y transparente para la selección, a cargo de una Comisión ciudadana nombrada por el Congreso, integrada por ciudadanos desligados a los Poderes del Estado.

b) Requerimiento de cinco años de experiencia probada en derecho constitucional, administrativo, fiscal o responsabilidades públicas.

c) Examen de mérito evaluado por académicos de reconocido conocimiento en las materias de conocimiento del Tribunal y en

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

la actividad docente, investigadora o en la impartición de justicia, designados uno por cada Poder del Estado.

d) Formación de quinteta, de entre los seleccionados, mediante el voto de las 2/3 partes de los miembros del Congreso, para ser enviadas al Ejecutivo para que, a su vez, integre una terna que propondrá al Congreso, para que éste, por la misma mayoría calificada inicialmente referida, elija al magistrado.

e) Irreductibilidad salarial durante su ejercicio y, al concluir el máximo de estancia, garantizarle un haber de retiro, a más de la imposibilidad de litigar por dos años ante el tribunal.

V. CONCLUSIONES

1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fija las bases, en forma diferente, aunque similar, para la existencia de la Justicia Administrativa en la Federación, los Estados y la Ciudad de México. La diferencia notable se presenta en la forma de designación de sus magistrados, la que, en el caso federal, se la atribuye al Presidente de la República con ratificación del Senado; en el caso local, nada dice, dejando el tema a la libertad configurativa de los Estados; sin embargo, respecto de la Ciudad de México le fija la obligación de un procedimiento transparente en el nombramiento.

2. Al fijarse las bases de la Justicia Administrativa en la Carta Magna, no se precisa, con nitidez, que ésta debe estar a cargo de tribunales conformados como órganos autónomos constitucionales, lo que ha dado lugar a estructuras diversas en las entidades federativas. Lo anterior debe evitarse, indicando la que la forma de dichos tribunales es la de órganos autónomos constitucionales.

3. Además de la anterior, debe garantizarse su autonomía por parte del Estado de Derecho, para ofrecer a los gobernados que resolverán en justicia y legalidad los asuntos que les sean sometidos, sin atender a intereses políticos, económicos o personales.

4. También se debe consolidar la autonomía de los tribunales administrativos, brindándoles la suficiencia presupuestaria y la garantía de irreductibilidad de sus recursos; así, se evitará la sumisión de éstos a la administración pública, excluyendo la consabida frase “el que paga manda”.

LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR LA AUTONOMÍA

5. Ante la similitud de la estructura orgánica de las entidades federativas, fijada en las bases que para ello brinda el artículo 116 de la Constitución General de la República, es conveniente uniformar la justicia administrativa, contemplando, desde ésta, un sistema uniforme de designación de sus juzgadores, que garantice su independencia para el dictado de sus resoluciones.

6. La independencia de los magistrados, integrantes de los Tribunales de Justicia Administrativa, garantizará a la ciudadanía el acceso a una justicia alejada de las decisiones influenciadas por el poder político; lo que brindará al Estado la confianza de sus gobernados en la impartición de su justicia administrativa.

7. Garantizar la autonomía e independencia requerida, es necesario hacerlo desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de que las entidades de la Federación no la eludan. Claro está, las entidades federativas podrán, en el ámbito de su libertad de configuración, fortalecer esa independencia con las medidas que estimen convenientes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Cárdenas Gracia, Jaime, “Las responsabilidades en el Sistema Nacional Anticorrupción”, en Rascado Pérez, Javier y Flores Pantoja, Rogelio, (Coords), *Retos del estado constitucional: transparencia y combate a la corrupción*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Fix-Zamudio, Héctor, “Concepto y contenido de la justicia administrativa”, en Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (Coords), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, México, IIJ-UNAM, 2005.
- García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.
- Nava Negrete, Alfonso y Sánchez Gómez, Narciso, *Justicia administrativa en México*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.
- Rumoroso Rodríguez, José Antonio, “Nuevas competencias del Tribunal Federal de Justicia Administrativa en materia de anticorrupción”, *Revista Académica de la Facultad de Derecho*

ARMANDO VILLANUEVA MENDOZA

de la Universidad La Salle. Recuperado el 27 de enero de 2022
en: [RA 33 Jul2019-301-316.pdf \(lasalle.mx\)](#)
Valdez Villarreal, Miguel, Justicia administrativa, México,
Colegio Nacional de Profesores e Investigadores en Derecho
Fiscal y Finanzas Públicas-Trillas, 1987.

OPINIÓN

LA OTREDAD DEL DERECHO
*Cuando el Derecho está en todo (everywhere),
pero no lo es todo (everything)*

Carlos Alberto BURGOA TOLEDO*

Quizá una de las ramas del derecho en donde se advierten todas las vicisitudes de los textos normativos es en el derecho administrativo, pues en tanto las contiendas y desacuerdos civiles muchas veces se resuelven mediante convenios basados en la voluntad de las partes, dando lugar incluso a la conclusión anticipada de juicios, en las contiendas administrativas -y más en las fiscales en donde importa el pago público a través del patrimonio privado- no existe tal posibilidad (o al menos no en México), y por tanto, las autoridades fuerzan la interpretación de las normas para llegar a sus objetivos dejando de lado los principios y valores constitucionales, pese a ser jurisprudencialmente prohibido para todos:

Quinta Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

XIII

Tesis:

Página: 1114

APLICACION DE LA LEY. El Juez, por grave que sean las consideraciones que le obliguen a alterar el sentido literal de la ley, no está autorizado para hacerlo, so pretexto de interpretarla, porque sería tanto como traspasar los límites de su competencia. No debe confundirse la función de interpretar, con la de reformar y transformar las leyes vigentes. Cuando mediante el estudio del significado jurídico de las palabras, se llegue a fijar un concepto único

* Doctor en Derecho por la Universidad de Camerino Italia, Socio de Burgoa Toledo y Asociados, S.C., miembro del Sistema Nacional de Investigadores de CONACyT, profesor de la UNAM.

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

y determinado, el Juez no puede por menos de atenerse a él, puesto que la ley aclara, equivale a la ley clara de por sí. Amparo penal directo. Castañeda Abraham. 11 de diciembre de 1923. Unanimidad de nueve votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Esto es, las autoridades piensan tributariamente antes de pensar constitucionalmente, piensan administrativamente antes de pensar constitucionalmente y así un largo etcétera.

Si a ello sumamos que la tradición jurídica romano-canónica se basa en el *judicial restraint* en donde el juzgador y autoridades obran sólo conforme a la “letra de la ley”, como prioridad en sus actos, según el cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, así como el artículo 19 del Código Civil Federal (supletorio a todas las ramas por ser Derecho Federal común):

Artículo 14. ...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

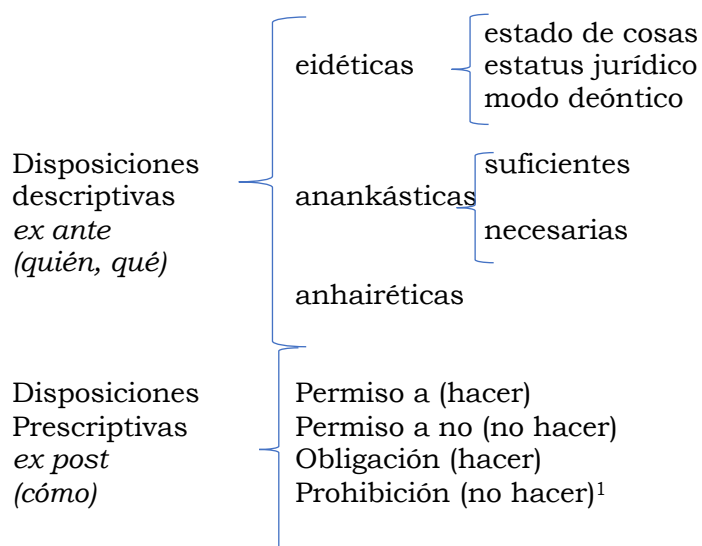
Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Es evidente que los juzgadores y autoridades no tienen mucho campo de acción fuera de la “letra de la ley” pues no solo están sesgados a ella, sino legítimamente anquilosadas para obrar en forma distinta. Y si a ello sumamos que tanto los intérpretes de la norma (juzgadores) y sus aplicadores (autoridades administrativas), se encuentran bajo el yugo constante de su Consejo de la Judicatura y Órgano Interno de Control, sociológicamente tampoco querrán obrar fuera de la norma pese a ser evidente que no incardina verdadera justicia.

Esta lamentable restricción solo demuestra el error más grande de quienes creen ciegamente en el Derecho, consecuencia de inepticia del contexto normativo real. Si bien las normas sub-constitucionales tienen un contenido descriptivo-eidético y anhairético, a la par de una condicionalidad anankástica o

LA OTREDAD DEL DERECHO

deóntica, como lo menciono en mi libro “La discrecionalidad en la aplicación de las normas legales”:



Lo cierto es que eso es solo denotación de las políticas públicas de la Administración en turno, pero ciertamente éstas no son el máximo peldaño de todo país, pese a que así se crea por ser de aplicación constante, sino los brocados constitucionales que conforman la democracia sustancial de todo país.

La democracia de un país no descansa exclusivamente en el voto. Ese es sólo el punto de partida -*dimensión formal de la democracia*- para elegir a quien dirigirá al país por los años venideros, pues el trabajo cotidiano que se realiza conforme a la filosofía e ideología del elegido (independientemente del partido político al que pertenezca), jamás podrá atender ni ser distinto a los principios constitucionales -*dimensión sustancial de la democracia*-. Así como la navidad es solo una vez al año, así son las votaciones: solo una vez en el sexenio -para el caso mexicano, cuatrienio para el caso americano y así en todos los países-, pero el trabajo que se realiza los 365 días del año es el equivalente de la democracia sustancial. Y en ésta aflora todo el

¹ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La discrecionalidad en la aplicación de las normas legales*, México, Burgoa editores, S.A., 2ª edición, 2021, p. 25.

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

desconocimiento de juzgadores, autoridades, legisladores, practicantes, estudiantes, etc. pues, para empezar, se desconoce qué son los principios.

Los principios son el cúmulo de *derechos constitucionales* de uno o de unos cuantos y los *intereses públicos* de todos, lo que denota la individualidad de las personas y el conjunto de ellas como sociedad (individualismo y socialismo equilibrados). Los derechos son de unos o unos cuantos en la lógica de que no todas las personas tienen las mismas condiciones y características, resultado de facticidad y nunca de discriminación. No todos tienen los mismos derechos simplemente porque no pueden. Cada persona es única, mientras que los intereses públicos son de todas las personas -juzgadores, autoridades, gobernados, etc.-, de tal suerte que, en tanto la salud, educación, libertad, etc., son derechos de unos o algunos, la irretroactividad, *non bis in ídem*, seguridad jurídica, separación de poderes, etc., son de todos.

En tanto los *derechos pasivos* son triádicos por correlatividad² del deber de una persona frente a otra titular del derecho (*who-what-to whom*), esto es, *vis-a-vis* el Estado;³ los *derechos activos* no tienen correlatividad pues son diádicos y descansan en la

² “There is, then, a familiar class of cases which can sensibly be talked about in terms of the “correlation” of rights and duties, and it is tempting to suppose that whenever “rights” and “duties” or “obligations” can be ascribed the pattern will recur. But while there are various implications between rights and duties, the pattern just sketched does not arise whenever rights and duties obtain. There are complications I cannot deal with here. I have sketched a notion of “conceptual correlativity” restricted to rights held “against” and duties or obligations “owed” to specific persons. These do not exhaust the classes of rights and obligations: such restrictions need explaining and justifying. The notion is also restricted to “passive” rights and “active” obligations; and one might wonder whether some “active” rights do not also correlate with obligations.” Lyons, David, *The correlativity of rights and duties*, in “Novus”, IV, 1970, pp. 47-48.

³ “... only rights specified into three-term relations - identifying *who* is (not) to do *what* in relation to *whom* - are directive of action and thus rights properly so called. For duly specified rights shape the kind of right relations between persons which must hold if a community is to realise justice, to give everyone what is theirs by right. Rights can only be realized if they are specified. And it takes law properly to carry out the process of determination, of specification of rights. It takes law to realise human rights.” Maris Köpcke, en *Legislated rights, securing human rights through legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 2019, p. 55.

LA OTREDAD DEL DERECHO

titularidad y ejercicio de derecho mismo (*what-by who*). Los derechos pasivos se respetan y satisfacen con deberes de terceros, incluido el Estado (OBL y PHB), y los derechos activos se ejercen (PER a y PER a no), lo que es suficiente para la efectividad de ambos. Distinto a lo sucedido con los intereses públicos, los cuales, no tienen titular ni garante sino simplemente sustancia (*what*) de interés de todos, lo que he expuesto en la forma siguiente:

PRINCIPIOS

Derechos constitucionales		Intereses públicos	
<i>(de uno o unos cuantos)</i>		<i>(de todos)</i>	
<u>D. individuales</u>	<u>D. Sociales</u>	<u>I.P. Generales</u>	<u>I.P. Especificos</u>
-Intimidad	-Educación	- <i>Non bis in idem</i>	-Máxima publicidad
-libertad decisional	-Salud	-Separación de poderes	-Presunción de inocencia
-El domicilio	-Servicios públicos	-Irretroactividad	-Definitividad (amparo)
-Datos personales	-Petición	-Presunción de buena fe	-Proporcionalidad fiscal
-El trabajo.	-Impartición de justicia	-Legalidad-Carga probatoria laboral-	
El credo		-Seguridad jurídica-No duplicar información	
-Igualdad	-Servicios médicos	-Gasto público	-Resguardo documental
-etc.	-etc.	-etc.	-etc. ⁴

Tomando en cuenta lo anterior, es evidente que cuando una norma produce problemas en la práctica, es porque discurre en tres sentidos:

- Respecto de los *hechos* (*vs. norma* -interpretación extensiva/restrictiva-);
- Respecto a la *aplicación de la norma* (*vs. hechos* -interpretación asociativa/disociativa-); o
- Respecto de la *norma* (*vs. otras normas* -antinomia o excepción por contradicción/especificidad-).

Es evidente así que las normas subconstitucionales no son el todo ni el máximo jurídico ni de México ni de ningún país, dado su contraste con los principios, los cuales, ya sea derechos o intereses públicos, siempre tendrán valores, pues sin éstos no son verdaderos principios. Es aquí en donde toma coherencia que si bien el Derecho esta en todo (*everywhere*), no lo es todo

⁴ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Ficciones y presunciones legales*, México, Burgoa editores, 2021, p. 22.

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

(*everything*).⁵ Es absurdo decidir exclusivamente con el Derecho como un todo. De ser así, un médico tendría que revisar constantemente la norma al realizar cirugías; un estilista tendría que revisar su reglamento antes de realizar un corte de cabello y un profesor tendría que leer su ley antes de impartir clase, lo cual, desde la exposición de estos ejemplos carece de sentido. De ser cierto que el Derecho lo es todo, muchos hubieran arrojado la piedra a la mujer que buscaban lapidar conforme a las leyes de la época cuando Jesús les contestó que quien estuviera libre de pecado tirara la primera. Todo esto muestra que el Derecho no lo es todo, como erradamente lo piensan quienes deciden sólo con la ley, pues pierden de vista los principios y valores constitucionales que tienen amplitud más allá de la norma.

Pensemos en un primer ejemplo, en donde una empresa “x” es sujeta a una auditoría por parte de autoridades fiscales. En dicha auditoría le determinan que ciertos gastos no son deducibles dado que se trata de comprobantes fiscales que han sido tachados previamente como operaciones inexistentes acorde al artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación, y por lo tanto se han publicado como tales en el Diario Oficial de la Federación, a la par que existen otros proveedores que no han presentado su declaración anual del ejercicio, y por lo tanto, ante dicha omisión, la autoridad interpreta que no cuenta con activos ni personal (por no haberlos declarado), ante lo cual nuevamente considera que se trata de operaciones inexistentes, lo que lleva a que dichas deducciones inicialmente declaradas por el contribuyente sean desdeñadas por las autoridades fiscales, y ante ello, se eliminan del cálculo, dando lugar a una base de impuesto mayor y por consecuente, a más pago de Impuesto sobre la Renta e Impuesto al Valor Agregado (consecuencia lógica de no contar ya con deducciones de ISR ni acreditamiento para IVA).

Ante esta situación, el contribuyente inmediatamente piensa en demandar a sus proveedores por ser negligentes en el

⁵ “Though I claim that law is everywhere, I don’t claim that law is everything. I have already said that, in my opinion, the law is a tool for regulating relationships between people, but of course this tool is not the only one. My argument is instead jurisprudential: although not everything is law, there is law in everything.” Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2006, p. 179.

LA OTREDAD DEL DERECHO

cumplimiento fiscal, pues aunque no le compete a él, como cliente, cuidar que sus proveedores estén al corriente con el fisco, es claro que el descuido de ellos le afecta, y por tanto, les reclama el pago de impuesto que corresponde a sus operaciones porque ellos propiciaron con su descuido que ahora él salga afectado. Por tanto, inicia una contienda civil, en donde no reclama incumplimiento, pues el servicio ya lo brindaron los proveedores a la par que ya entregaron los bienes comprados, por lo que no podría dar lugar al pago de daños y perjuicios, pero sí busca un resarcimiento por el valor determinado por las autoridades fiscales de las facturas recibidas y emitidas por cada proveedor.

Bajo esta lógica, en un primer momento el juzgador civil, muy seguramente dirá que no es un tema que le corresponda resolver porque si el servicio se brindó y si los bienes se entregaron, entonces no existe incumplimiento y por lo tanto, no es competente para resolver el tema debatido, ante lo cual, sin duda el demandante alegará que el fisco tampoco puede resolver su problema dado que es una controversia entre particulares y alegará que se le deja sin acceso a la justicia para reclamar a sus proveedores (otro particular), la afectación que le dejan. Esta postura sin duda es bajo el “modelo de declaratoria”, pues el juzgador se centra y encierra en decir que no es su competencia y como la ley no le confiere mayores opciones para resolver, simplemente dejará de conocer el asunto y el particular dejará de ser atendido en la impartición de justicia, lo que obedece principalmente a competencia, como se dijo líneas atrás, característico del modelo de declaratoria.

Sin embargo, que sucedería si un juzgador fuese más entusiasta y tomará el asunto en sus manos para decidir sobre la controversia planteada, y aunque decida condenar o no al proveedor a pagar la cantidad que por su culpa se genera por impuestos en su cliente, el simple estudio es suficiente para entender que dicho juzgador no ha tomado una actitud pasiva, sino activa en la que desea participar y, consciente de los principios y valores constitucionales, considera que debe impartir justicia, principalmente porque eso llevaría a “respetar”, “proteger”, “promover” y “garantizar” sus derechos acorde al tercer párrafo del artículo 1 constitucional:

...

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

Un segundo ejemplo que servirá para mostrar los tres modelos aludidos sería el siguiente: pensemos en que una empresa “x” firma un contrato de arrendamiento con la empresa “y”, en donde “x” es el arrendador y “y” es el arrendatario. La renta mensual acordada es de \$120,000.00, a cubrirse los primeros cinco días de cada mes. Así, ambas partes comienzan la relación contractual y el uso del inmueble con su respectivo pago de renta. Pero existe un pequeño detalle, y es que la empresa “y” comienza a realizar el pago de la renta en efectivo. Aparentemente esta situación no causa conflicto en “x” porque al final del día se ve satisfecha la contraprestación, en tanto que la prestación del inmueble se tiene ya por parte de “y”. No obstante, “x” es asesorado por sus abogados quienes le indican que conforme a la fracción VII del artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilítica (comúnmente llamada, ley antilavado), debe aceptar únicamente rentas en efectivo hasta por el valor inferior de 3,200 UMA’s:

Artículo 32. Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos, en los supuestos siguientes:

I. ...

VII. Constitución de derechos personales de uso o goce de cualquiera de los bienes a que se refieren las fracciones I, II y V de este artículo, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, mensuales al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.

De tal manera que se tiene deónticamente el “permiso a” recibir rentas pagadas en efectivo por un valor equivalente en pesos, inferior a 3,200 UMA’s (referencia inexpressa de dicho modo deóntico), pero un importe pagado en efectivo igual o

LA OTREDAD DEL DERECHO

superior a dicho valor, deónticamente se encuentra “prohibido” (referencia inexpressa de dicho modo deóntico). Con la evidentemente admonición de que la falta de observancia de dicha prohibición expresa, se hará acreedor a una multa que va desde 10,000 hasta 65,000 UMA's o del 10 al 100% del valor de la operación, acorde al artículo 53 fracción VII y 54 fracción III de la misma ley:

Artículo 53. Se aplicará la multa correspondiente a quienes:

I. ...

VII. Participen en cualquiera de los actos u operaciones prohibidos por el artículo 32 de esta Ley.

Artículo 54. Las multas aplicables para los supuestos del artículo anterior de esta Ley serán las siguientes:

I. ...

III. Se aplicará multa equivalente a diez mil y hasta sesenta y cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o del diez al cien por ciento del valor del acto u operación, cuando sean cuantificables en dinero, la que resulte mayor en el caso de las fracciones VI y VII del artículo 53 de esta Ley.

Por lo que inmediatamente la empresa “x” deja de recibir rentas en efectivo y, demanda a “y” ante un juzgado civil.

En este caso, nuevamente una primer postura podrá ser que el juzgador es incompetente para conocer de dicha controversia puesto que el arrendatario no se niega al pago de la renta, y dado que no incurre en incumplimiento civil no puede estudiar el asunto, alegando que ello compete a las autoridades administrativas, cuando lo cierto es que éstas sólo están facultadas para corroborar que los avisos de actividades vulnerables y las prohibiciones se estén cumpliendo por parte de los arrendadores (como en este caso es “x”), es decir, las autoridades administrativas sólo ven el contexto particular vs. Estado, más no los conflictos entre particulares, negativa de estudio por parte del juzgador que mostrará un empleo del “modelo de declaratoria” en donde él mismo se considera anquilosado para estudiar el asunto más allá de lo que las normas civiles señalan.

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

Quizá, exista un juzgador que con una postura distinta considere que sí puede estudiar el asunto e incluso llegar al extremo de condenar a “y” al pago de la rentas pendientes que se pretenden pagar con efectivo, argumentado que, dado que las partes se encuentran en un esquema de Derecho, al cual el propio juzgador no es ajeno, entonces corresponde estudiar el asunto dado que ninguna otro juzgador es competente para resolver dicha controversia, y en aras de dar fiel seguimiento al brocardo de legalidad y a los deberes de “respetar”, “proteger”, “promover” y “garantizar” los derechos de las personas a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1 constitucional, estudiará el asunto, lo que denota hacerse al “modelo de política”.⁶

Pocas personas se han atrevido a ser diferentes sin miedo al rechazo social o sancionador y curiosamente, son las que más han encontrado el reconocimiento de los demás, ya sea positivo o negativo (piénsese en John Lennon, Gandhi y hasta el mismo Jesucristo). Por eso el juez Marshall en los Estados Unidos fue ícono en su momento al abrir la puerta del *judicial review* y dar pauta a la declaración de inconstitucionalidad de normas del poder legislativo. Así, la dimensión sustancial de la democracia ayuda a corregir los errores de la dimensión formal de la democracia. Ambas son caras de la misma moneda en equilibrio recíproco.

Solo ciertos operadores jurídicos se han atrevido a dar fuerza supraconstitucional a sus actuaciones, condenando incluso las actuaciones de autoridades administrativas sin temor de sus órganos internos de control o de sus Consejos de la Judicatura, como sucedió, verbigracia, en la conclusión a la que arribo el Juez Cuarto de Distrito de Amparo y Juicios Federales en el Estado de Chiapas al resolver el Amparo Indirecto 126/2021-I, en donde se resolvió bajo el principio “*pro actione*” y ordenó admitir un recurso de revocación pese a haber sido presentado en forma física y no a través del buzón tributario como lo marca el Código Fiscal de la Federación, pues se evidenció que el Servicio de Administración Tributaria -al igual que la hoy responsable en este asunto- fue muy formalista (contrario al

⁶ Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La discrecionalidad en la aplicación de las normas legales*, México, Burgoa editores, 2ª edición, 2021, pp. 274-276, 277-278.

LA OTREDAD DEL DERECHO

tercer párrafo del artículo 17 constitucional que prevé el principio de “tutela efectiva”) dado que lo importante no era la forma -si se había presentado el recurso en forma electrónica o física- sino satisfacer la defensa del contribuyente promovida en tiempo, en donde el valor principal -como principio- en la legalidad, como respuesta a la sustancia de lo pedido en tiempo:

En ese contexto, el artículo 121 del Código Fiscal de la Federación, para la hipótesis relativa a que el recurso de revocación se interponga por medio del buzón tributario, al ser este un requisito de procedencia, la responsable debió con base en los principios generales del derecho de acceso a la justicia y el de economía procesal admitir el citado recurso, toda vez que la no hacerlo, aun y teniendo físicamente el escrito por el cual el quejoso promovía la revocación, está priorizando las formas sobre el derecho sustantivo material por un rigor extremo en la aplicación de reglas formales, dado que al haberlo recibido en la oficialía de partes por su personal administrativo se perfecciona el hecho de que pueda analizarlo y posteriormente emitir un fallo al respecto.

Sin el ánimo de abordar más líneas, pues el tema lo desarrollo en una obra de próxima publicación llamada “Principios constitucionales y su racionalidad”, he de comentar hasta aquí que, por difícil que parezca, en Derecho la racionalidad tiene mayor importancia respecto a la legalidad, pues en tanto esta última es simple denotación del uso de normas subconstitucionales, la primera es denotación del entendimiento total del Derecho -principios constitucionales- dando lugar a decisiones verdaderamente adecuadas que, sin temor a sanciones, produce el verdadero fin por el cual se escribe la norma, algo que se desarrolla desde muchos años ya en países de primer mundo que operan bajo la tradición jurídica del *common-law*, dado el *judicial activism* que reviste, en donde no existe absolutismo ni interpretativismo del Derecho⁷ cercado a lo estrictamente dicho por la norma, sino un

⁷ “Today we are likely to call the contending sides “interpretativism” and “non-interpretativism” -the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly

CARLOS ALBERTO BURGOA TOLEDO

verdadero entendimiento no-interpretativo de su naturaleza como simple herramienta para regular las relaciones en sociedad, algo que parece muy lejano aún en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, New Jersey, Princeton University Press, 2006.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *Ficciones y presunciones legales*, México, Burgoa editores, 2021.

Burgoa Toledo, Carlos Alberto, *La discrecionalidad en la aplicación de las normas legales*, México, Burgoa editores, 2ª edición, 2021.

Ely, John Heart, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Londres, Harvard University Press, 1980.

Lyons, David, *The correlativity of rights and duties*, in "Novus", IV, 1970.

Maris Köpcke, et al, *Legislated rights, securing human rights through legislation*, Nueva York, Cambridge University Press, 2019.

implicit in the written Constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document." Ely, John Heart, *Democracy and distrust, a theory of judicial review*, Londres, Harvard University Press, 1980, p. 1.

IGUALDAD SUSTANTIVA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DEL ESTADO MEXICANO: OPINIÓN AL AR 8314/2019

Raquel Fernanda GARCÍA OJEDA

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes de los hechos. III. Análisis de la litis y resolución en la SCJN. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las políticas públicas son el medio por el cual las acciones gubernamentales son ejecutadas. Estas decisiones, emanan del poder público y deben de ir dotadas de legitimidad que buscan resolver problemas sociales que se encuentran en la agenda pública de cada gobierno. Aunado a ello, las políticas públicas comprenden las “decisiones de gobierno que incorporan la opinión, la participación, la corresponsabilidad y el dinero de los privados, en su calidad de ciudadanos, electores y contribuyentes”.¹

Estas políticas públicas, no se ejercen de manera unilateral, sino de manera conjunta entre gobernantes y gobernados, es decir, la participación ciudadana es necesaria en el ejercicio de la acción pública para su debido cumplimiento. No obstante, estas políticas pueden ser en ciertos casos limitativas, esto es, que no cumplan con una igualdad sustantiva hacia los gobernados, lo que puede tener como consecuencia la dificultad de poder acceder a las oportunidades que la política pública le otorga y llegue a reflejar un trato desigual entre los ciudadanos por diversos factores sociales en los que se encuentran; ya sea por su nivel económico, educacional, salud o por pertenecer a un grupo minoritario.

¹ Aguilar Villanueva, Luis F., “Estudio introductorio”, en Aguilar Villanueva, Luis F. (editor.), *El estudio de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 36.

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA

Esta problemática, fue discutida en el Estado mexicano por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en septiembre de 2020, mediante el amparo en revisión 8314/2019, en donde el justiciable Javier González interpuso un Amparo en Revisión en el que dentro de sus agravios mencionó la inconstitucionalidad de diversos artículos que integran dos programas de desarrollo humano, en los que se le negó su acceso, sin contemplar la situación social en la que se encontraba, toda vez que el quejoso tenía una discapacidad mental. Es por ello, que la litis planteada en este Amparo en Revisión, estriba en determinar si estas políticas públicas son inconstitucionales y violan el derecho a la igualdad de condiciones para las personas con discapacidad.

II. ANTECEDENTES DE LOS HECHOS

El ciudadano Javier González era una persona con discapacidad mental, que solicitó poder ser beneficiario del Programa de Apoyo Alimentario y de Desarrollo de Oportunidades. Este programa otorgaba ayuda económica a diversos ciudadanos que reunieran el requisito de recibir un ingreso mensual conforme a la Línea del Bienestar Mínimo, *per cápita* no mayor a \$1, 245.12 (mil doscientos cuarenta y cinco pesos, con doce centavos). Posteriormente, mediante oficio emitido por el delegado Estatal del Programa de Inclusión Social de la Secretaría de Desarrollo Social, determinó que Javier González no cumplía con los requisitos de elegibilidad para poder ser incorporado al Programa de Apoyo Alimentario o al diverso de Desarrollo Humano de Oportunidades, toda vez que los ingresos eran mayor que los de la Línea del Bienestar Mínimo, y esto, era uno de los principales requisitos para acceder a los programas sociales.

Contra esta negativa, Javier demandó la nulidad del oficio mediante el juicio contencioso administrativo, el cual fue radicado por la Novena Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, en donde más adelante, se dictó sentencia y sobreseyó el juicio. Después, contra esta sentencia definitiva Javier promovió demanda de amparo directo, misma que fue resuelta por el Decimoséptimo Tribunal en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la que se

IGUALDAD SUSTANTIVA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

concedió el amparo y protección de la Justicia a efecto de que la Sala responsable dejará sin efecto todo lo actuado desde determinada fecha y proveyera sobre la admisión de una prueba superveniente, por lo que, ordenó la reposición del procedimiento y reconoció la validez de la resolución impugnada.

En contra de la anterior resolución, el quejoso promovió diversa demanda de amparo directo en donde planteó la inconstitucionalidad del numeral 3.2.1 de las Reglas de Operación del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades y del artículo 3.3 de las Reglas de Operación del Programa de Apoyo Alimentario, este amparo fue radicado por el Decimonoveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en donde finalmente resolvió negar el amparo. Esta última sentencia definitiva constituyó el fallo recurrido ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

III. ANÁLISIS DE LA LITIS Y RESOLUCIÓN EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Una vez expuesto brevemente los hechos, para una mayor comprensión en el estudio y desarrollo de la litis planteada ante la Segunda Sala de la SCJN, los agravios expuestos se sostenían en que los numerales impugnados anteriormente de las Reglas de Operación del Programa de Desarrollo Humano Oportunidades y de las Reglas de Operación del Programa de Apoyo Alimentario eran inconstitucionales y vulneran el acceso y goce en condiciones de igualdad, de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las personas con discapacidad, por motivo de la negativa de incorporación a estas políticas públicas por parte del Delegado Estatal.

La Corte, procedió a examinar la regularidad constitucional de las reglas establecidas para ambos programas, mediante el ejercicio del parámetro de regularidad constitucional, y mediante el desarrollo del control convencional. Primeramente, la Corte analiza diversas consideraciones respecto al acceso y goce, en condiciones de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del contexto de las personas con discapacidad con un enfoque hacia los derechos humanos, y así, determinar

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA

si las políticas públicas impugnadas vulneran estos derechos protegidos por el Estado mexicano.

Se observa, que la Corte en su resolución sostiene que la “discapacidad es una construcción social”,² esto, por la razón de que las personas con discapacidad se encuentran limitadas de poder acceder a servicios públicos que necesitan para vivir una vida digna, por ejemplo, salud, educación, trabajo, vivienda, entre otros. Esto tiene como resultado, que la responsabilidad recae en el Estado, mediante la creación de ordenamientos normativos y políticas públicas accesibles, y de esta forma, las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos sin ninguna diferenciación frente a los demás.

Estás políticas públicas deben de respetar y proteger la igualdad dentro de la sociedad para las personas, en la que se “requiere la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente”.³ Asimismo, deberán de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, enfocado en este caso, en las personas con discapacidad. Aunado a ello, el Estado debe hacer efectiva “la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad, que, debido a la discapacidad o factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo”.⁴

De igual manera, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 28.1 reconoce el derecho de las personas con discapacidad “a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familiares, lo cual incluye, alimentación, vestido y vivienda adecuado, y a la mejora continua de sus condiciones de vida”. Lo anteriormente expuesto, conlleva una obligación por parte del Estado de garantizar y promover el ejercicio de estos derechos reconocidos

² Organización de las Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 6. Sobre la Igualdad y la No Discriminación*, 2018, p. 2.

³ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 5. Las Personas con Discapacidad*, 1994, p. 2.

⁴ *Ibidem*, p. 7.

IGUALDAD SUSTANTIVA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

en tratados internacionales en materia de derechos humanos, sin discriminación hacia las personas con discapacidad. Los servicios otorgados por el Estado hacia las personas con discapacidad son esenciales, como lo menciona la Corte, estos servicios aumentan su nivel de autonomía cotidiana y en el ejercicio libre de sus derechos. Asimismo, el Estado debe procurar iniciar actividades “con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida”.⁵

De esta forma, después de exponer lo que el Estado debe de respetar y garantizar mediante las políticas públicas hacia las personas con discapacidad, es necesario examinar si las políticas controvertidas son inconstitucionales, por no cumplir con los criterios necesarios para otorgar una igualdad a este grupo social. Aquí, la Suprema Corte realiza un análisis si los requisitos por los que se le negó al quejoso el acceso a ambos programas sociales, transgreden el artículo 1 constitucional por no realizar una inclusión a todas las personas mediante reglas de operación especiales y pensadas para personas con discapacidad.

Por ello, es necesario que el legislador al momento de establecer las reglas para acceder a estos programas, no solo debe de dar un trato igual a los destinatarios, sino todo lo contrario, está obligado a realizar un trato diferenciado a favor de las personas que contaran con alguna discapacidad. Esto es, que el legislador al momento de crear leyes y políticas públicas no sólo debe de otorgar un tratamiento igual para todas las personas, conocida ésta como igualdad formal o jurídica, sino que, además, debe de observar y garantizar que las normas y programas públicos tiendan a salvaguardar la igualdad sustantiva de aquellas personas, grupos o clases sociales, que, por su razón económica-social, se encuentren en desventaja o sean vulnerables frente a la sociedad.

Esto lo ha sostenido el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, en

⁵ Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 12. El Derecho a una Alimentación Adecuada*, 1999, p. 4.

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA

donde expone que cuando hablamos de igualdad formal o jurídica debemos de entenderla como una lucha contra la discriminación directa, tratando de manera similar a las personas que están en situación similar, y de esta forma ayuda a combatir aquellos estereotipos negativos y prejuicios, no obstante, esta igualdad formal, “no puede ofrecer soluciones al dilema de la diferencia, por qué no tiene en cuenta ni acepta las diferencias entre los seres humanos”.⁶

Por su parte, cuando hablamos de igualdad sustantiva, esta “aborda también la discriminación indirecta y estructural, y tiene en cuenta las relaciones de poder”.⁷ Esta igualdad admite la problemática de “la diferencia”, mediante el reconocimiento “a fin de lograr la igualdad”.⁸ Es decir, este modelo de igualdad sustantiva, precisa el contenido de lo que implica la igualdad a través de una “dimensión redistributiva justa para afrontar las desventajas socioeconómicas”.⁹

De este modo, para garantizar la igualdad de oportunidades dentro de las políticas públicas, los Estados deben de “eliminar las barreras que obstaculicen el acceso de todos los tipos de protección de la ley y a los beneficios de la igualdad de acceso a la ley y la justicia para hacer valer sus derechos”.¹⁰ Lograr una igualdad entre los diversos grupos sociales, conlleva que las políticas sean accesibles para todos, mediante la aplicación de ciertas ventajas a personas que se encuentran dentro de grupos marginados o de minoría.

Por lo tanto, al negarle el acceso al quejoso para poder ser beneficiario de alguno de los programas sociales, se le vulnera su derecho de igualdad, desde un punto de vista de igualdad sustantiva, toda vez que no se tomó en cuenta que las personas con discapacidad suelen incurrir en gastos adicionales, y que el hecho de ganar más de lo que implica el principal requisito para acceder a la política pública, no era una razón para no ser beneficiario del apoyo social. Al contrario, el Estado mexicano se

⁶ Organización de las Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 6. Sobre la Igualdad y la No Discriminación*, 2018, p. 2.

⁷ *Ídem*.

⁸ *Ídem*.

⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

IGUALDAD SUSTANTIVA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

encuentra obligado en reconocer dentro de las políticas públicas las diferencias que tienen las personas con discapacidad, esto por las necesidades y desventajas sociales que enfrenta en su vida diaria este grupo vulnerable. De igual importancia, la Corte sostuvo que no es suficiente que el Estado se base en los ingresos per cápita de los ciudadanos, para determinar si se puede acceder o no a los apoyos sociales, sino que además de ello, deben de analizarse diversos factores de carácter socioeconómico, como los egresos adicionales que tienen que sufragar las personas con discapacidad, en comparación de los demás.

En consecuencia, al observador que el Estado no garantiza una igualdad sustantiva o material, para la integración de los grupos minoritarios a los programas públicos, la Corte revoca la resolución combatida, ampara y protege al quejoso, en la que declara la inconstitucionalidad de los artículos -anteriormente mencionados- de los programas sociales, y declara la invalidez del oficio en el que se le niega el acceso al quejoso, por el hecho de las reglas de elegibilidad que atentaron contra el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad.

IV. CONCLUSIÓN

El Estado debe de promover y hacer cumplir la igualdad entre todos los que formamos parte de la sociedad, el hecho de aplicar una igualdad ante la ley, no garantiza que todos gocen del mismo acceso y protección, sino que este concepto de igualdad de carácter general, puede llegar a ser limitativo para ciertos grupos minoritarios, que por su posicionamiento social es más difícil que puedan llegar a ser beneficiarios de diversas políticas públicas que otorgan algún apoyo al gobernado, con el fin de solventar problemáticas sociales.

En este caso, si las políticas públicas conllevan estos candados que dificultan el ejercicio pleno de los derechos de las personas, estaríamos en el posicionamiento de decir que la discriminación se ejerce también por el Estado, mediante la falta de inclusión, invisibilizando aún más a las personas con discapacidad. Asimismo, cómo ya se ha mencionado durante los últimos años, el Estado está obligado a promover y garantizar no

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA

solo los derechos humanos establecidos en la Constitución, sino también en tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, y una de las formas de su promoción es mediante la creación de políticas públicas.

Por último, se resalta que este precedente suma un reconocimiento y visibilidad frente al Estado mexicano para las personas con discapacidad y tiene su impacto en el actuar público, y que además, obliga a su inclusión social, a su reconocimiento, y evita esta imagen de los grupos de minoría como algo ajeno, mediante un Estado incluyente, que respeta la diversidad y sobre todo garantiza la igualdad sustantiva de todos los grupos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Villanueva, Luis F., “Estudio introductorio”, en Aguilar Villanueva, Luis F. (editor), *El estudio de las políticas públicas*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.

Organización de las Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General núm. 6. Sobre la Igualdad y la No Discriminación*, 2018.

-----, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 12. El derecho a una alimentación adecuada*, 1999.

-----, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *g*, 1994.

COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO
309/2021 Y LA RECEPCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL
A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN SEDE JUDICIAL FEDERAL

Manlio Fabio CASARÍN LEÓN*

Las administraciones públicas de los Estados constitucionales y democráticos se encuentran vinculadas al respeto y observancia de las Constituciones, no solo por cuanto hace a garantizar efectivamente los derechos sino también al orientar su actuación -junto con los demás poderes y órganos estatales- a la consecución de los principios y valores consagrados en aquéllas.

En efecto, el carácter normativo y supremo de los textos fundamentales -que implica la sujeción de los poderes públicos a sus disposiciones, y la justiciabilidad de estas últimas a cargo de las instancias facultadas para ello -, aunado al surgimiento, universalización y especificación de los derechos humanos consagrados tanto en instrumentos internacionales como en sede nacional, han generado un proceso de irradiación en los ordenamientos jurídicos que ha permitido replantear paulatinamente el funcionamiento, alcances y fines de la administración pública, asumiendo un papel fundamental en la tarea de promover, respetar, proteger, e incluso reparar los referidos derechos, en aras de servir con objetividad al interés general.

De esta manera, la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes se convierten en el centro de gravedad sobre el cual gira la acción pública, lo que representa la fuente de legitimidad y justificación de los entes estatales en el momento de materializar sus funciones, desplazándose aquella idea tradicional del derecho administrativo basado en las “prerogativas” de la Administración hacia una concepción más humana y justa del poder, que implica el buen manejo y la gestión adecuada de las instituciones y del patrimonio público, con base

* Doctor en Derecho Público. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

MANLIO FABIO CASARÍN LEÓN

en la participación, deliberación y actuación de los ciudadanos en la toma de decisiones del aparato gubernamental, tendiente a garantizar mejores niveles de bienestar y calidad de vida.

En este contexto se inscribe la buena administración, que va más allá de la simple idea de un principio de política pública unilateral, discrecional y programático de las autoridades de los Estados, para convertirse en un derecho fundamental directamente exigible a aquéllas, tendiente a la satisfacción del bienestar general e integral de las personas, quienes requieren entornos propicios para construir y materializar un proyecto de vida digno que les permita ejercer con libertad, igualdad y calidad sus demás derechos humanos.

Como antecedentes del derecho a una buena administración, tenemos en Europa el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales suscrita en Niza en el año 2000, que incorporó los principios del *due process of law* en materia administrativa, entre los cuales se encuentran: la exigencia y motivación de las actuaciones administrativas; el acceso a la información; el derecho de los ciudadanos a ser escuchados; el derecho a la defensa a través de un juez, y el derecho a la reparación del daño causado por las instituciones o funcionarios de la Unión Europea.¹

En Iberoamérica, se consagró por primera vez en la Carta de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, suscrita por varios países de la región (incluyendo México en el año 2013), con un contenido más amplio y detallado al establecer que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad e imparcialidad, debiendo ser resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.²

A pesar de que en nuestro país se ha pugnado por el reconocimiento e incorporación en la Constitución General del derecho

¹ Cfr. Casarín León, Manlio Fabio, *Constitución, administración pública y derechos fundamentales*, México, Tirant Lo Blanch, 2022.

² Para un análisis más amplio, cfr. Casarín León, Manlio Fabio, “El derecho fundamental a la buena administración en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”, en Armenta Ramírez, Petra y Rebeca Contreras López, (Coords), *La agenda de derechos humanos*, México, Universidad Veracruzana, 2015. pp. 33-44.

fundamental a una buena administración, tenemos que hasta la fecha únicamente se ha consagrado en el ámbito local con la puesta en vigor de la Constitución Política de la Ciudad de México en el año 2018, y con la sentencia del amparo directo 309/2021, que derivó en importantes criterios jurisprudenciales al reconocerse en sede interna la justiciabilidad del referido derecho. A este último asunto me referiré a continuación.

En la sesión del día 28 de octubre de 2021, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito dictó sentencia³ en donde se concedió el amparo y protección de la justicia federal a favor de Laura Hortensia Castillo Vallejo, quien impugnó el fallo dictado por el Pleno del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México de fecha 2 de diciembre de 2020, en el recurso de apelación RAJ. 17606/2020, derivado del juicio de nulidad J.N. TJ-III-97609/2019.

Se trata de una sentencia paradigmática en México al reconocerse, entre otros aspectos, la justiciabilidad del derecho fundamental a la buena administración a partir de su vinculación e interrelación con otros derechos humanos, en términos del artículo 1º. constitucional y del parámetro de control de regularidad constitucional, acorde con los criterios jurisprudenciales y tratados internacionales.

Como antecedentes del caso, tenemos que la quejosa por su propio derecho y a nombre de una asociación vecinal, que fue afectada en su vivienda por la construcción de un edificio en un predio colindante, advirtió que en los datos públicos contenidos en la página de internet de una Alcaldía de la Ciudad de México aparecían fotos de una fachada que no correspondía al inmueble referido, razón por la cual ejerció su derecho de petición por escrito ante la autoridad competente a efecto de que se revisara y verificara si el trámite denominado "alineamiento y número oficial", llevado a cabo por el propietario o poseedor del inmueble en construcción se ajustaba a derecho.

La respuesta a la parte afectada fue en el sentido de que no se podía atender su solicitud, toda vez que de conformidad con el artículo 35 *bis* de la Ley de Procedimiento Administrativo de

³ El Magistrado ponente fue Jean Claude Tron Petit, y se puede consultar el texto completo en: <https://drive.google.com/file/d/1Qb76NiwEsZuWiOUk9EG3r7Bg2LcM4iW3/view>.

MANLIO FABIO CASARÍN LEÓN

la Ciudad de México ni ella ni la asociación eran los titulares o causahabientes respecto del trámite referido, además de que no acreditaron su interés legítimo; inconforme promovió juicio contencioso administrativo en el que se declaró la nulidad de la resolución impugnada; enseguida, la autoridad interpuso recurso de apelación ante el Pleno del Tribunal de Justicia Administrativa local quien revocó la sentencia emitida, lo que motivó que la quejosa impugnara este último resolutivo mediante juicio de amparo directo, básicamente aduciendo que el escrito de petición no fue revisado adecuadamente y mucho menos atendido por la autoridad demandada ni por el Pleno del órgano jurisdiccional administrativo señalado.

Los Magistrados del Tribunal Colegiado de Circuito de referencia otorgaron por unanimidad el amparo y protección constitucional a la parte quejosa, básicamente al considerar que no es exigible acreditar un interés legítimo en el escrito de petición mediante el cual, directa o indirectamente se solicite el acceso a la información pública, a menos que los sujetos obligados justifiquen fehacientemente que se trata de información reservada o confidencial acreditando tales extremos para validar la restricción, pues los derechos fundamentales no pueden ser disminuidos injustificadamente por normas de carácter formal o interpretaciones desmesuradas.

Lo anterior es así, en virtud de que -a juicio del Tribunal- si un escrito de petición se encuentra relacionado con la materia de una acción pública y se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en materia de urbanismo (que es de interés general), consecuentemente la autoridad deberá contestar la petición bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente a dichas cuestiones, pues no se trata de facultades discrecionales sino regladas; considerando además que la peticionaria de manera indirecta podría ser denunciante de posibles faltas administrativas de servidores públicos, y ello bastaría para ser considerada como parte en un eventual procedimiento de responsabilidad administrativa que pudiera surgir en contra de las autoridades omisas de la Alcaldía.

El amparo fue otorgado para el efecto de que el Pleno del Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera una diversa en la que condenara a la autoridad demandada a dar una respuesta congruente con la solicitud de la quejosa, considerando que: a) la petición consiste en que la autoridad revise y verifique si el trámite de alineamiento y número oficial se ajusta a derecho o no, pues se advierten probables irregularidades que, tal vez afecten la vivienda de la peticionaria de amparo y a su comunidad; b) no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 35 *bis* de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México, pues aunque eventualmente, derivado de la propia tutela sistémica al derecho de la buena administración pública y a posibles responsabilidades que surjan, debe facilitarse el acceso a la información tomando en cuenta de que no se trata de contenidos que deban ser clasificados como reservados o confidenciales como excepción a la información pública, en virtud de que la adecuada regulación en materia de urbanismo resulta de interés general; c) al emitir su respuesta, la autoridad demandada debe respetar el derecho fundamental a la buena administración pública en los términos señalados en el fallo y considerar que, al sugerirse riesgos a la población y violaciones a la regulación en materia de urbanismo (incluso de oficio) debe ocuparse de la revisión y verificación pertinente al trámite en comento.

Derivado del presente asunto se publicaron tres tesis aisladas,⁴ de las cuales destaco aquella en la cual se reconoce el

⁴ “BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS PERSONAS Y UN PRINCIPIO DE ACTUACIÓN PARA LOS PODERES PÚBLICOS (LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO).” Tesis: I.4o.A.5 A (11a.) *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 10 de diciembre de 2021, Registro: 2023930. “ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. NO ES EXIGIBLE ACREDITAR UN INTERÉS LEGÍTIMO EN EL ESCRITO DE PETICIÓN MEDIANTE EL CUAL, DIRECTA O INDIRECTAMENTE SE SOLICITE, A MENOS QUE LOS SUJETOS OBLIGADOS JUSTIFIQUEN FEHACIENTEMENTE QUE SE TRATA DE INFORMACIÓN RESERVADA O CONFIDENCIAL, ACREDITANDO TALES EXTREMOS PARA VALIDAR LA RESTRICCIÓN (LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO).” Tesis: I.4o.A.7 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, viernes 10 de diciembre de 2021, Registro: 2023922 y PETICIÓN RELACIONADA CON LA MATERIA DE UNA ACCIÓN PÚBLICA. CUANDO SE PLANTEAN RIESGOS A LA POBLACIÓN Y VIOLACIONES A LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO LA AUTORIDAD, EN ACATAMIENTO AL DERECHO A LA BUENA

MANLIO FABIO CASARÍN LEÓN

derecho a una buena administración pública como derecho fundamental de las personas y como principio de actuación para los poderes públicos;⁵ en esta tesis, el Tribunal Colegiado de Circuito argumenta -a mi juicio de manera correcta-, que el artículo 1º. de la Constitución mexicana contiene el parámetro de control de regularidad constitucional mediante el cual se incorporan derechos humanos no reconocidos expresamente en el contenido de la norma fundamental.

Lo anterior, implica que el derecho a una buena administración se reconoce a nivel internacional en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano, y en el ámbito de las entidades federativas en la Constitución Política de la Ciudad de México y legislación secundaria derivada de la misma, como es el caso de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública y la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías, en donde se precisa su naturaleza jurídica y se desarrollan sus alcances, como es el deber de las autoridades para generar acciones y políticas orientadas a la apertura gubernamental con el fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, además de que el derecho a la buena administración también se vincula e interrelaciona con otros derechos como el de transparencia y acceso a la información, a la tutela judicial efectiva y de petición, entre otros, para lo cual todos los servidores públicos garantizarán el cumplimiento y observancia de los principios generales que rigen su función.

Se trata de un gran precedente en nuestro país que aspira a concretarse y consolidarse en sede judicial, pues si bien es cierto que la Constitución General no reconoce expresamente el derecho fundamental a una buena administración, el modelo de control de constitucionalidad/convencionalidad vigente a partir de

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DEBE CONTESTARLA BAJO LA PREMISA DE QUE, INCLUSO DE OFICIO, DEBE OCUPARSE DE LA REVISIÓN PERTINENTE DE LOS ASPECTOS SEÑALADOS, PUES NO SE TRATA DE FACULTADES DISCRECIONALES, SINO REGLADAS (LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO). Tesis: I.4o.A.6 A (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, 10 de diciembre de 2021, Registro: 2023954.

⁵ El texto completo puede verse en: <https://bit.ly/3FJebRZ>.

la reforma de junio 2011, permite articular sistemáticamente todo un conjunto de disposiciones tanto de fuente interna como internacional para darle contenido y definir sus alcances; en este último caso, resultan aplicables no solo los tratados internacionales vinculantes para el Estado mexicano, sino incluso todo un conjunto de disposiciones de *soft law* que resultan necesarias para la protección y tutela efectiva de los derechos humanos, tanto en su dimensión individual como colectiva, de conformidad con las directrices y principios establecidos en el artículo 1º. constitucional, que obligan a todas las autoridades del Estado mexicano a interpretar las normas que los consagran para favorecer en todo tiempo la protección más amplia de la persona.

De esta manera, considero que se ha dado un paso adelante para que en México se haga justiciable tanto en sede administrativa como jurisdiccional el derecho fundamental a la buena administración, incluso a través de los organismos protectores de derechos humanos federal y locales (*ombudspersons*), de tal suerte que todos los sectores en donde se materializa la actividad de las administraciones públicas en los tres niveles de gobierno del Estado federal, tales como el diseño e implementación de políticas públicas, contratación y servicios públicos, facultades reglamentarias y discrecionales, faltas e infracciones administrativas e incluso la denominada “administración electrónica”, derivada de la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación para implementar gradualmente el *e-government*, sean materializados en un entorno de buena administración para garantizar el respeto a la dignidad humana y de esta manera permitir a las personas el ejercicio de sus demás derechos en libertad e igualdad, para asegurarles bienestar y una mejor calidad de vida.

LIMITACIÓN AL EFECTIVO ACCESO AL DERECHO
A LA SALUD: AMPARO EN REVISIÓN 81/2021

Alfonso MENDOZA-JUÁREZ*

A diez años de la reforma constitucional en materia de derechos humanos aún existen retos a enfrentar en su respeto, garantía y protección. Los Tribunales y los organismos protectores de derechos humanos han desarrollado diversos criterios en beneficio de su efectivo cumplimiento, sin embargo, poco ha sido explorada la manera en que las autoridades administrativas pueden llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones en la materia, que en su mayoría siguen aplicando un criterio legalista, y es en sede judicial donde, en su mayoría, se define la manera en que puede realizarse.

Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el Amparo en Revisión 81/2021 relativo al caso de una persona en situación migratoria irregular que demandó la inconstitucionalidad del artículo 77 bis 7, fracción III, de la Ley General de Salud (LGS), por considerar que esta porción normativa lo discriminaba debido a su nacionalidad, por establecer que para gozar de los beneficios del Sistema de Protección Social en Salud (Seguro Popular) era necesario, entre otras cosas: ser residente en el territorio nacional y contar con Clave Única de Registro de Población (CURP). Por ello, demandó de diversas autoridades del Sistema de Salud de San Luis Potosí la negativa de inscripción, así como al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión al tratarse de una norma general.

Como consideraciones previas al estudió del caso, la Sala indicó que, si bien el 29 de noviembre de 2019 dicho artículo fue reformado y se superó la inconstitucionalidad combatida,¹ era

* Secretario General de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo y miembro de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo.

¹ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud y de los Institutos Nacionales de Salud,

ALFONSO MENDOZA-JUÁREZ

indispensable analizar el precepto toda vez que al momento en que sucedieron los hechos aún se encontraba vigente.

En un primer momento, la Sala estudio si resultaba necesario, como lo había hecho la jueza de amparo, analizar el artículo 77 bis, 7, fracción III, en relación con el artículo 77 bis 1 que expresaba que “todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud” o si era excesivo su estudio como la autoridad manifestó dentro de sus conceptos de agravio; ya que este precepto no fue combatido por la quejosa, pues su principal afectación consistía en la negativa de incorporarlo al sistema. Sin embargo, el Tribunal constitucional otorgó la razón al juzgado de origen en virtud de realizar una interpretación completa de la norma impugnada – la LGS – y contener de manera expresa una restricción de acceso a personas migrantes al Sistema de Protección Social en Salud.

Por otra parte, al estudiar el artículo 71 bis 7, que exigía la CURP, el representante del Sistema de Salud de San Luis Potosí indicó que la LGS no discriminaba al quejoso en virtud de que se le solicitaban los mismos requisitos para su inscripción que a cualquier otra persona solicitante. No obstante, contrario a lo indicado por la Jueza, la Sala indicó que la CURP no es un elemento que se expide exclusivamente en favor de las y los mexicanos, ya que también se puede otorgar a residentes temporales o permanentes, es decir, personas migrantes con situación regular en territorio nacional, o bien en proceso de regularización; sin embargo, sí resultaba excesivo como requisito y existía una discriminación en la norma.

Para ampliar más las consideraciones vertidas, la Sala retomó lo resuelto en el Amparo en Revisión 346/2019,² el cual se determinó que la utilización de la CURP³ en los registros de

https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5580430&fecha=29%2F11%2F2019

² SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 346/2019, de 16 de octubre de 2019.

³ La CURP fue regulada en el artículo 91 de la Ley General de Población, en 1992 al establecer: “Al incorporar a una persona en el Registro Nacional de Población, se le asignará una clave que se denominará Clave Única de Registro de Población. Esta servirá para registrarla e identificarla en forma individual”. Fue adoptada por las dependencias e instancias federales mediante el *Acuerdo para la adopción y uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población*, Publicado en el DOF el 23 de octubre de 1996, p. 3-7.

LIMITACIÓN AL EFECTIVO ACCESO AL DERECHO A LA SALUD

personas a cargo de las diversas autoridades federales constituye un “elemento de apoyo” para el diseño y conducción de una “adecuada política de población”, al ser un instrumento de registro y acreditación fehaciente y confiable en la identidad de la población.

En este sentido, la Sala sostuvo que: a) no puede interpretarse que existe un derecho humano a la obtención de la CURP y b) la no obtención de la CURP no puede representar una limitante para el efectivo acceso a ciertos servicios o el ejercicio de ciertos derechos como salud o educación.

Por estas razones, la Sala finalmente determinó la inconstitucionalidad de ambos preceptos normativos de la LGS ya que no puede limitarse el acceso a servicios prestados por el Estado o el ejercicio de ciertos derechos por la no obtención de un documento.

Otro criterio en el cual se ha establecido que los derechos no pueden estar supeditados a obtención de algún documento es el resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. En esta sentencia el Tribunal Internacional analizó los impedimentos que República Dominicana ha puesto a niñas y niños dominicanos de ascendencia haitiana para la obtención de su acta de nacimiento, lo que ha generado problemas para estudiar en escuelas públicas y acceder a los servicios de salud y asistencia social.⁴ A criterio de la CoIDH el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado.⁵ Por tal motivo, el gobierno dominicano debía asegurar la emisión de dicho documento sin que sea impedimento para el efectivo ejercicio de sus derechos. Por ello podemos advertir que, si bien los registros públicos tienen un papel relevante en la administración pública, su expedición no debe ser una limitante para acceder y proteger ciertos derechos.

La resolución de este caso por la SCJN, igualmente, se encuentra en un momento de gran relevancia social. Tanto

⁴ CIDH, Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, párr. 109.1

⁵ Ibidem, párr. 155.

ALFONSO MENDOZA-JUÁREZ

estadísticas gubernamentales⁶ como datos de organizaciones de la sociedad civil han documentado el incremento progresivo de personas en contexto de migración que cruzan la frontera con la intención de quedarse en el país o bien llegar a los Estados Unidos,⁷ y en su gran mayoría se encuentran en una situación migratoria irregular. Por esta circunstancia, las consideraciones vertidas en el fallo pueden beneficiar a las personas que se encuentran en la misma situación.

En el contexto actual de la pandemia por Covid-19 es necesario asegurar el efectivo acceso al derecho a la salud sin importar su condición social, edad o nacionalidad. Por ejemplo, para el acceso al registro de vacunación en línea fue requisito indispensable proporcionar domicilio, datos de contacto y CURP, en el mismo sentido, los formatos de vacunación solicitaban los mismos datos personales; mismos con los que no cuentan las personas en situación migratoria irregular. Lo anterior, se enmarca en el incremento de actos de violencia y discriminación a este sector por autoridades y la sociedad civil, pues al ser víctimas de discriminación se les ha negado el acceso a servicios de salud e incluso ser vacunados⁸

Si bien el precepto legal fue reformado y se superó su inconstitucionalidad, este fallo denota que pese a la reforma en materia de derechos humanos las autoridades administrativas siguen aplicando un criterio legalista. Lo anterior, sumado a la restricción de la SCJN mediante una tesis aislada donde se imposibilita a las autoridades administrativas de inaplicar normas incluso por ser contrarias a la Constitución, no obstante, que se les permite interpretar dicha norma en beneficio de las

⁶ INM, Boletín 429/2021, Identifica INM 147 mil 33 personas migrantes en condición irregular en México, de enero a agosto 2021. <https://www.gob.mx/inm/prensa/identifica-inm-147-mil-33-personas-migrantes-en-condicion-irregular-en-mexico-de-enero-a-agosto-2021?idiom=es>

⁷ CNDH-IIJ-UNAM, *Los desafíos de la migración y los albergues como oasis*, México, 2018, CNDH-IIJ-UNAM, <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Informe-Especial-Desafios-migracion.pdf>

⁸ “Vacunas contra COVID-19 no se están aplicando a migrantes mayores: ONG”, *La Razón*, México, 06 de abril de 2021, <https://www.razon.com.mx/ciudad/vacunas-covid-19-aplicando-migrantes-mayores-ong-429792>

LIMITACIÓN AL EFECTIVO ACCESO AL DERECHO A LA SALUD

personas.⁹ Sin embargo, poco ha sido explorado la manera en que se puede realizar la protección a los derechos humanos en sede administrativa fuera de procesos seguidos en forma de juicio.

Por ello, vale la pena replantear la manera en que las autoridades administrativas pueden y deben proteger los derechos humanos sin la necesidad de llegar a un fallo constitucional que puede ser emitido de forma tardía.

⁹ SCJN, CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO. Tesis aislada 2a. CIV/2014 (10a.), Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Publicación: viernes 03 de octubre de 2014 09:30 h. Registro 2007573.

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Jorge VARGAS MORGADO

SUMARIO: I. Presentación. II. El Origen del tema. III. La presunción de buena fe. IV. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN

En este texto de análisis jurisprudencial nos enfocaremos en la conceptualización desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de lo que ha llamado *fecha cierta* de los actos jurídicos privados.

II. EL ORIGEN DEL TEMA

Emprenderemos la tarea relatando que el artículo 2034 del Código Civil Federal, -código originalmente denominado *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal*-, ha dispuesto desde su primera redacción que:

La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, *no produce efectos contra tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta*, conforme a las reglas siguientes:

I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción, en el Registro Público de la Propiedad;

II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento;

III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se incorpore o inscriba en un Registro Público; desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaren, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio.

JORGE VARGAS MORGADO

La disposición citada alude a la cesión de créditos, es decir, al acto jurídico por el que un creador transmite sus derechos de cobro de un crédito que le favorece, limitando sus efectos, no entre el cedente y el cesionario, sino entre el cedente y sino entre cedente y cesionario conjuntamente frente a los acreedores del primero y lleva como propósito el que haya medios informativos para que esos acreedores del cedente del crédito se enteren de la operación transmisiva del derecho y ejerciten a su vez las acciones que estimaren pertinentes para evitar el empobrecimiento de su deudor.

Cabe referir que como ha sucedido en muchas entidades federativas, la disposición citada del Código Civil Federal ha repercutido en el Código Civil para el Estado de Querétaro, cuyo artículo 1920 dispone:

La cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, conforme a las reglas siguientes:

I. Si tiene por objeto un crédito que deba inscribirse, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio;

II. Si se hace en escritura pública, desde la fecha de su otorgamiento; y

III. Si se trata de un documento privado, desde el día en que se haya incorporado o inscrito en el mencionado Registro Público; desde que haya muerto o se haya imposibilitado para escribir alguna de las personas que aparezcan firmándolo; desde que haya sido entregado a un funcionario público por razón de su oficio o desde aquella fecha en que, por otros medios y que no sean sólo declaraciones de testigos, se demuestre que ya se había otorgado el documento en cuestión.

Como vemos, con algunas palabras adicionales, el texto del Código queretano es el mismo que el del federal.

Ahora bien, el propósito del redactor original de la norma civil en cuestión era el siguiente, como ya se comentó y como lo explica Ernesto Gutiérrez y González:

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

De acuerdo con esta norma, mientras no se verifique la cesión conforme a estas reglas, los acreedores del cedente pueden llegar al caso, hacer que se embargue su crédito, y los acreedores del cesionario no podrán embargar el Derecho que en su oportunidad le asistirá a este¹.

Es decir, la finalidad de la disposición es puntualmente proteger el derecho del acreedor primitivo del cedente sobre los derechos de cobro del crédito cedido frente a los futuros nuevos acreedores del cesionario respecto del crédito transmitido, propósito que se alcanzaría más efectivamente notificando al acreedor tercero y no elevando a escritura pública el acto, o pasándolo ante un Registro Público, tal cual determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una muy lúcida tesis:

Tesis aislada, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLIX, p. 1460. Registro: 358429.

CESIÓN, SUS EFECTOS CON RELACIÓN A TERCERO.

Aunque el artículo 2034, fracción II, del Código Civil vigente en el Distrito Federal, no hace distingo alguno, al establecer que la cesión produce efectos contra tercero, desde que su fecha deba tenerse por cierta, es indudable que *comprende bajo el concepto de tercero, no precisamente al deudor, sino a los acreedores quirografarios del cedente*, ya que por lo que ve al citado deudor, quien estrictamente es un tercero en la cesión, la misma ley ha establecido en su artículo 2036, *el requisito de la notificación*; de aceptarse la solución contraria, tendría que admitirse que cuando la cesión conste en escritura pública, no obstante que la notificación se haga mucho tiempo después, sus efectos se retrotraen a la fecha de la escritura, lo que resulta poco jurídico, puesto que en esa forma quedarían autorizadas por la ley, las injusticias que ha tratado de evitar, exigiendo el requisito de la notificación al deudor, para fijar el momento a partir del cual debe surtir efectos la cesión en su contra.

¹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5ª., ed., 3ª reimpresión, México, Editorial Cajica, 1978. p. 763.

JORGE VARGAS MORGADO

Amparo civil directo 7009/34. Compañía de Mejoras de Ensenada, S.A. 2 de septiembre de 1936. Unanimidad de cuatro votos. El ministro Sabino M. Olea no intervino en la resolución de este asunto, por las razones que constan en el acta del día. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Entonces, no obstante, el enigmático texto del artículo 2034 de comentario, el sentido lógico, jurídico y negocial de la disposición es imponer la obligación de hacer saber al acreedor original el acto de cesión de derechos.

Se aprecia con claridad que el artículo 2034 del Código Civil Federal se refiere al contrato de cesión de derechos y solo al contrato de cesión de derechos, sin que haya el mínimo espacio para inferir que la obligación de cumplir con la obligación de publicidad del acto de cesión pueda o deba entenderse también concerniente a cualquier otro tipo de contrato.

De muy ingeniosa manera el maestro Manuel Borja Soriano, afirma que un deudor puede pagar a su acreedor “cediéndole su deudor”², transmisión que puede dejar desprotegidos a los acreedores terceros del cedente del crédito, por ello el requisito de hacerles saber la cesión.

Como vemos, la interpretación jurisprudencial citada acerca del dispositivo expuesto fue impecable en su argumentación y en su fallo, entendió que se trataba de un tema de la publicidad, necesaria para la subsistencia y transferencia de derechos y obligaciones en el contrato de cesión.

III. LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

En paralela línea argumentativa, que más adelante interseccionará con la interpretación de la *fecha cierta*, traemos a cuento la *presunción de buena fe* como una condición legal presente en todo acto jurídico privado.

Son muy numerosas e ilustrativas las referencias a la buena fe en el Código Civil Federal, como muy relevante ejemplo se cita el artículo 1796, que dice:

² Soriano Borja, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 21ª., ed., México, Porrúa, 2009, p. 576.

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, *son conforme a la buena fe*, al uso o a la ley.

Vemos pues, que la ley civil parte de la presunción de que las personas actúan de *buena fe*, es decir, su comportamiento es, en principio, honesto. El artículo 807 del propio Código referido, armónicamente dispone que “*La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla*”.

Tulio Ascarelli afirma:

En el derecho moderno la circulación de las cosas muebles -refiérese el autor a los títulos de crédito- está regido por el principio de protección de la posesión de buena fe: la posesión de buena fe equivale al título; el poseedor de buena fe es propietario de la cosa³.

Confirmamos pues, la presencia y relevancia de la presunción de la buena fe en los actos jurídicos.

Es decir, por disposición de la ley, debe presumirse que las personas actúan correctamente, de buena fe, principio que, por ser presuntivo, no requiere ser probado, en cambio, la afirmación contraria, de que determinado acto hubiere sido realizado de mala fe, sí requeriría de probanza para alcanzar mérito procesal.

Así lo ha establecido la legislación civil desde inmemoriales tiempos y así lo debemos asumir en función del más moderno derecho fundamental constitucional y derecho humano convencional de la *presunción de inocencia* en todo proceso.

La presunción del actuar de buena fe de las personas hemos de adherirlo al más amplio derecho constitucional y convencional de *presunción de inocencia*, porque uno y otro comparten el carácter de escudo frente a la acusación o

³ Ascarelli, Tullio, *Teoría general de los títulos de crédito*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, p. 6.

JORGE VARGAS MORGADO

señalamiento de la autoridad de asumir prejuiciosamente y sin pruebas que la persona ha actuado ilícitamente.

La jurisprudencia mexicana mantiene una posición cerrada acerca de que la presunción de inocencia es propia del proceso penal y, con matices, también del proceso del proceso sancionador administrativo, pero nos abre una amplia ventana para extender la presunción de inocencia a otras materias o, habría que decir, a todas las ramas del derecho, como vemos en la jurisprudencia por contradicción siguiente:

Tesis de jurisprudencia P./J. 43/2014 (10a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Libro 7, junio de 2014, t. I, p. 41. Registro 2006590.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON MATICES O MODULACIONES.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXXV/2002, sostuvo que, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), deriva implícitamente el principio de presunción de inocencia; el cual se contiene de modo expreso en los diversos artículos 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de ahí que, al ser acordes dichos preceptos -porque tienden a especificar y a hacer efectiva la presunción de inocencia-, deben interpretarse de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados la interpretación más favorable que permita una mejor impartición de justicia de conformidad con el numeral 1o. constitucional. Ahora bien, uno de los principios rectores del derecho, que debe ser aplicable en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como resultado de la facultad punitiva del Estado, es el de presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona,

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

aplicable y reconocible a quienes pudiesen estar sometidos a un procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, soportar el poder correctivo del Estado, a través de autoridad competente. En ese sentido, el principio de presunción de inocencia es aplicable al procedimiento administrativo sancionador -con matices o modulaciones, según el caso- debido a su naturaleza gravosa, por la calidad de inocente de la persona que debe reconocérsele en todo procedimiento de cuyo resultado pudiera surgir una pena o sanción *cuya consecuencia procesal, entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad, en atención al derecho al debido proceso.*

Contradicción de tesis 200/2013. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 28 de enero de 2014. Mayoría de nueve votos de los Ministros Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Sergio A. Valls Hernández, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Juan N. Silva Meza; votaron en contra: Luis María Aguilar Morales y Alberto Pérez Dayán. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Octavio Joel Flores Díaz.

En la tesis inserta después de un extenso recorrido el Pleno de la Corte abre la pertinencia de que la *presunción de inocencia* impere en otras materias además de la penal y la administrativa sancionadora; vemos que el máximo tribunal concluye la redacción de la tesis citada afirmando que la *consecuencia procesal* (de la presunción de inocencia), *entre otras, es desplazar la carga de la prueba a la autoridad*, es decir, en ese sencillo pasaje que se coló la evidencia de que la *buena fe*, como principio civil que lanzaría la carga procesal al contrincante que la niega.

El desarrollo del concepto de *fecha cierta* en la jurisprudencia

En tramo previo de este opúsculo quedó explicado el sentido del artículo 2034, fracción III, del Código Civil Federal, que dispone la obligación de notificar a los terceros acreedores en un

JORGE VARGAS MORGADO

crédito que se cede y que establece dicha notificación a efectos meramente publicitarios del tránsito obligacional en la cesión.

No obstante la claridad del artículo 2034 del Código Civil Federal y de su antigua interpretación jurisprudencial, con el tiempo, la Corte se subió en un tobogán que la ha llevado a generar y ahondar una interpretación jurisprudencial ciertamente perversa por contradecir la legislación y, más importante, contradecir el derecho fundamental y el derecho humano de presunción de inocencia en su modalidad de respetar la presunción de la buena fe de las partes en el actuar jurídico privado.

Iniciando esta exploración jurisprudencial observamos en la siguiente tesis que el máximo tribunal en Pleno decidió que la regulación del artículo 2034, fracción III, del Código Civil Federal, ya antes citado, relativa a la publicidad de la operación de la cesión de derechos es *aplicable, a toda clase de negocios privados*:

Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. LXXXVIII, Primera Parte, p. 12. Registro: 257831.

DOCUMENTOS PRIVADOS, FECHA CIERTA DE LOS.

Tratándose de documentos privados que no han sido presentados ante ningún funcionario público, ni inscritos en algún registro oficial, *debe considerarse que no existe fecha cierta de los mismos*, de conformidad con lo previsto por el artículo 2034 fracción III del Código Civil del Distrito Federal, el cual previene que la cesión de créditos que no sean a la orden o al portador, no produce efectos contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, esto es, si se trata de un documento privado desde el día en que se incorpore o inscriba en un registro público, o desde la fecha en que se entregue a un funcionario público en razón de su oficio. *Dicho precepto es aplicable, a toda clase de negocios privados*.

Amparo en revisión 3485/51. Casa Llamas, S. de R. L. 13 de octubre de 1964. Unanimidad de veinte votos. Ponente: José Rivera Pérez Campos.

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Inexplicablemente, en esta tesis a la Corte no le llamó la atención la interpretación del artículo 2034, del Código Civil Federal que impecablemente veinte años atrás realizara la Tercera Sala de la propia Corte, sino que vino a proponer que el dispositivo referido ponía en duda la fecha de realización de todos los contratos privados que no se hayan elevado a escritura pública o que no se hayan inscrito en algún registro público o que no se hayan exhibido ante un funcionario público o que alguno de los firmantes haya muerto, designio que simplemente no existe en la norma civil comentada.

Por el contrario, el Código Civil Federal dispone en el artículo 1832 que:

En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Es decir, los contratos, como todos los actos civiles, son fiables por principio y no necesitan de formalidades o ceremonias para tenerse por ciertos, ya que son, presumiblemente, realizados de buena fe.

En idéntico sentido, el artículo 78 del Código de Comercio, impone de forma aún más lacónica:

En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades ó requisitos determinados.

Es pues evidente que no hay la necesidad de fe pública, de inscripción de registro o de exhibición ante funcionario público o, peor aún, la muerte de un firmante, que injustificadamente estima la Corte, para que un instrumento privado encuentre satisfechas las condiciones, incluida su fecha, para ser plenamente ciertos y válidos.

Respecto de los títulos de crédito Ascarelli lo expone:

JORGE VARGAS MORGADO

Realmente por un procedimiento de simplificación analítica es por lo que el documento actúa como legitimador en el ejercicio del derecho; por el mismo procedimiento, la promesa contenida en el título se separa de su destinatario, y el derecho incorporado en el título se distingue de la relación fundamental y, en algunos títulos, se vuelve abstracto⁴.

Lo que significa que los títulos de crédito no requieren certificación alguna para ser cosa mercantil e incorporar el derecho en él consignado.

Dado que los dispositivos citados de los Códigos Civil y de Comercio se construyen sobre el derecho de libre contratación, contemplado en el artículo 5° constitucional y presente en nuestro elenco de derechos fundamentales desde la Constitución de 1857, la interpretación jurisprudencial viene a ser contraria al aludido derecho constitucional.

Ahora bien, la Corte, que ha reincidido en la aplicación del criterio inicuo que se viene comentando, por conducto de la Segunda Sala, ha abierto una vertiente nueva, particularmente dañina a la actividad jurídica privada de las personas, ahora en materia contributiva. Veamos la siguiente jurisprudencia por contradicción:

Tesis de jurisprudencia 2a./J. 161/2019 (10a.), Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 73, diciembre de 2019, t. I, p. 466. Registro: 2021218.

DOCUMENTOS PRIVADOS. DEBEN CUMPLIR CON EL REQUISITO DE "FECHA CIERTA" TRATÁNDOSE DEL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DE COMPROBACIÓN, PARA VERIFICAR EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES DEL CONTRIBUYENTE.

La connotación jurídica de la "fecha cierta" deriva del derecho civil, con la finalidad de otorgar eficacia probatoria a los documentos privados y evitar actos fraudulentos o dolosos en perjuicio de terceras personas. Así, la "fecha cierta" es un requisito exigible respecto de los documentos

⁴ Ibidem, p. 5.

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

privados que se presentan a la autoridad fiscal como consecuencia del ejercicio de sus facultades de comprobación, que los contribuyentes tienen el deber de conservar para demostrar la adquisición de un bien o la realización de un contrato u operación que incida en sus actividades fiscales. Lo anterior, en el entendido de que esos documentos *adquieren fecha cierta cuando* se inscriban en el Registro Público de la Propiedad, a partir de la fecha en que se presenten ante un fedatario público o a partir de la muerte de cualquiera de los firmantes; sin que obste que la legislación fiscal no lo exija expresamente, pues tal condición emana del valor probatorio que de dichos documentos se pretende lograr.

Contradicción de tesis 203/2019. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo del Tercer Circuito, Segundo del Cuarto Circuito y Tercero, Quinto y Sexto del Tercer Circuito, todos en Materia Administrativa. 23 de octubre de 2019. Cuatro votos de los ministros Alberto Pérez Dayán, José Fernando Franco González Salas, Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek. Ponente: Yasmín Esquivel Mossa. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco.

La anterior tesis de jurisprudencia nos mueve a recordar la escena en que Herodes Antipas le entrega a Salomé la cabeza de San Juan Bautista, remembranza que surge naturalmente porque con el criterio citado, la Corte ha entregado la cabeza de los contribuyentes cautivos a la autoridad fiscal.

Analicemos, la Corte afirma que:

La connotación jurídica de la "fecha cierta" deriva del derecho civil, con la finalidad de otorgar eficacia probatoria a los documentos privados y evitar actos fraudulentos o dolosos en perjuicio de terceras personas.

Completamente falso, hemos visto cuál es la regulación acerca de los actos privados civiles y mercantiles, que valen jurídicamente en sus términos, sin necesidad de formalidad alguna.

JORGE VARGAS MORGADO

Evidentísimamente, la legislación civil no persigue evitar actos fraudulentos o dolosos, como descaminadamente considera la Segunda Sala de la Corte.

No es que el legislador haya asumido (o siquiera que pudiera asumir) que las personas son generalizadamente delincuentes falseadoras de la verdad; eso colisiona con el principio de buena fe que se desprende del derecho fundamental y humano de presunción de inocencia y con el derecho fundamental de libre contratación, además de que va en sentido contrario de la abrumadora mayoría de normas de derecho civil y de las normas de derecho mercantil que se construyen sobre el citado principio de la buena fe que otorga la presunción de la veracidad y certeza de los instrumentos privados.

Por cierto, bien podría comentarse a los señores ministros que el fraude es un acto doloso, por lo que no se comprende su expresión *actos fraudulentos o dolosos* como si de distintos supuestos se tratara.

Volviendo al punto, es contrario a la verdad que la legislación civil exija la formalidad de la fe pública o de inscripción en Registro alguno para los actos que al tenor de esa legislación se realicen, como ya hemos visto.

Lamentablemente es pertinente reiterar que es falso que la *connotación jurídica de la "fecha cierta" deriva del derecho civil*, lo cierto es que, la legislación civil no impone como obligatoria la obtención de una fe pública o la inscripción en un Registro o esperar el funeral de un firmante con la *finalidad de otorgar eficacia probatoria a los documentos privados y evitar actos fraudulentos o dolosos en perjuicio de terceras personas*.

Lo que es cierto es que la legislación civil no contempla la argüida *fecha cierta* como principio o circunstancia necesariamente omnipresente, ya vimos los dispositivos que sí son genéricos en materias mercantil y civil en el sentido de la ausencia de la exigencia de formalidades de manera general solo salpicada de algunas excepciones.

En el campo procesal son muchas las huellas normativas que consolidan la veracidad y fuerza de los instrumentos privados, sin requerir de certificaciones o inscripciones registrales.

Así pues es falso que el derecho civil contenga el principio o condición de la *fecha cierta*, el gravísimo panorama es que con la interpretación jurisprudencial de este análisis se formaliza la

LA FECHA CIERTA, UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

política de terrorismo fiscal dejando a los contribuyentes, que son sujetos cautivos, a merced de la autoridad exactora que a su antojo tildará de fecha incierta cualquier documento proveniente del aludido contribuyente, considerándolo falso y, quizá, hasta ubicable en los draconianos supuesto de delincuencia organizada en materia fiscal.

Podemos con sustento afirmar que la jurisprudencia relativa a la pretendida *fecha cierta* de los instrumentos privados es contraria a los derechos fundamentales constitucionales y a los derechos humanos convencionales, y, particularmente, la jurisprudencia recientemente emitida, con ese falso entendido, en materia fiscal, es devastadora.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Ascarelli, Tullio, *Teoría General de los Títulos de Crédito*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5^a. ed., 3^a reimpresión, México, Editorial Cajica, 1978.
- Soriano Borja, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 21^a. ed., México, Porrúa, 2009.

COMENTARIOS
LEGISLATIVOS

LAS LEYES DEL CUBREBOCAS

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Regulación mediante ley, decreto o acuerdo. III. Medidas generales. IV. Vigilancia. V. Sanciones.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto más representativo de la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 que provoca la enfermedad de la COVID-19, sin lugar a dudas, es el cubreboca, aunque al inicio de la pandemia se establecieron otras medidas como el uso de gel, lavado de manos constante, entre muchas otras.

Cabe señalar que la palabra “cubreboca” no aparece en el *Diccionario de la Lengua Española*, pero es el término utilizado por las diferentes normativas mexicanas, aunque en otros países se le denomina también “tapabocas”, “barbijo”, “*facemask*” o el autorizado por el *Diccionario de la Lengua Española* que es “mascarilla”.

Las normativas mexicanas definen al cubreboca como “la mascarilla, máscara autofiltrante o cubierta facial de uso sanitario, que cubre la nariz y la boca”.

El *Diccionario de la Lengua Española* define la palabra “mascarilla, como “Máscara que cubre la boca y la nariz de su portador para protegerlo de la inhalación y evitar exhalación de posibles agentes patógenos, tóxicos y nocivos”.

Cientos y miles de regulaciones han impuesto el uso generalizado del cubreboca. Los gobiernos federal, locales y municipales de México han expedido circulares, acuerdos, decretos y lineamientos que establecen medidas sanitarias, entre ellas, el uso del cubreboca, sin embargo, también los congresos locales han expedido leyes sobre el uso obligatorio del cubreboca. En esta reseña, damos cuenta de los principales temas que regulan esas leyes, así como las entidades federativas que han expedido este tipo de regulaciones.

* Investigador Titular “C” de Tiempo Completo Definitivo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

II. REGULACIÓN MEDIANTE LEY, DECRETO O ACUERDO

No cabe duda de que el uso del cubrebocas es muy importante para detener la cadena de propagación del virus. Está demostrado que usar el cubrebocas mientras se tiene una plática o interacción con otras personas disminuye considerablemente el riesgo de contagiarse de SARS-CoV-2.

En todo el mundo ya se ha regulado su uso. En algunos países la regulación se ha hecho como parte de las medidas de emergencia, por medio de decretos de emergencia. En otros países, como también es el caso de México, los Congresos ya han expedido leyes en la cuales se regula su utilización.

Pero en el contexto de nuestro sistema jurídico en el que debe prevalecer el Estado de derecho y el respeto por los derechos humanos, nos preguntamos, ¿la regulación del uso del cubrebocas debe ser por acuerdo, por decreto o por ley? ¿Debe ser el Congreso de la Unión o el gobierno federal el competente para regular su uso? ¿Deben ser los congresos locales los que tienen competencia para legislar o son los gobiernos locales o municipales?

Las anteriores preguntas surgen después de hacer una revisión de algunos instrumentos normativos que han regulado el uso del cubrebocas.

Por ejemplo, en el estado de Guanajuato se creó, en el año 2004, el Comité Estatal para la Seguridad en Salud, instancia encargada del análisis, definición, coordinación, seguimiento y evaluación de las políticas, estrategias y acciones en materia de seguridad en salud, de las instituciones públicas del Sistema Estatal de Salud.

Y en su sesión extraordinaria del 2 de julio de 2020, aprobó el acuerdo mediante el cual se dictan diversas medidas de salud pública de observancia obligatoria en el territorio del estado de Guanajuato, para contribuir a la interrupción de la transmisión comunitaria del SARS-CoV-2 (COVID-19) entre la población guanajuatense, así como en las personas que transiten por el territorio del estado, el cual dispone que “Es obligatorio el uso del cubre bocas o mascarillas para todas las personas que habiten o transiten en el estado de Guanajuato y se encuentren en espacios públicos abiertos y cerrados”.

LAS LEYES DEL CUBREBOCA

En el estado de Nuevo León, el gobernador del Estado expidió el Acuerdo relativo a la determinación a continuar y precisar las acciones extraordinarias para tender la emergencia sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), en el estado de Nuevo León, el cual dispone, en el artículo cuarto, que

Con el objeto de dar continuidad a las acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria del virus SARS-Cov-2 (COVID-19) en el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, se ordena a la población neolonesa el USO OBLIGATORIO DEL CUBRE BOCAS a las personas que transiten o permanezcan en espacios y vías públicas, así como a las que concurren a los establecimientos que se dediquen a las actividades reguladas por el presente Acuerdo; incluyendo a las que arriben al Estado procedente del extranjero; y se exhorta a la población en general al uso adecuado del mismo, conforme a las recomendaciones de las autoridades sanitarias.

En otros estados de la República, han sido los respectivos congresos locales los que han expedido leyes sobre el uso obligatorio del cubrebocas o han incluido en las leyes de salud o de cultura cívica el uso obligatorio del cubreboca.

Hasta el momento, los estados de Colima, Chihuahua, Durango, Michoacán, Morelos, Nayarit, Sonora, Zacatecas han expedido una Ley sobre el uso obligatorio del cubrebocas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la Acción de Inconstitucionalidad 48/2021 en la que señaló que la Ley de Salud del Estado de Nuevo León, que regula el Uso del Cubrebocas, es constitucional, en virtud de que sus preceptos no transgreden la esfera competencial de la Federación, en esencia, porque implican el ejercicio de las facultades que tienen las entidades federativas de conformidad con la Ley General de Salud, y que la legislatura local contaba con facultades para expedirla.

En los restantes, la regulación ha sido a través de acuerdos, decretos, circulares o lineamientos expedidos por el gobernador o por presidentes municipales o por titulares de órganos administrativos.

III. MEDIDAS GENERALES

En general, las leyes regulan los mismos temas dentro de sus respectivos capítulos. Establecen los tipos de cubrebocas que son efectivos, tales como los higienicos y los médicos. “No se consideran cubrebocas todos aquellos con sistema de filtro o válvula”. Se señala que el uso del cubrebocas obligatorio y que además, se deben de respetar las demás medidas señaladas en otras regulaciones, tales como .

Se disponen algunas excepciones al uso obligatorio del cubrebocas.

Se establecen una serie de pasos para usar correctamente el cubrebocas. Son los siguientes:

- I. Lavar manos correctamente antes de tocar el cubrebocas;
- II. Tocar el cubrebocas únicamente por la parte de las tiras o sujetadores;
- III. Comprobar que el cubrebocas no esté dañado, sucio o mojado;
- IV. Ajustar el cubrebocas a la cara de modo que no queden huecos por los lados;
- V. Colocar la parte superior del cubrebocas sobre la nariz y la parte inferior sobre boca y barbilla;
- VI. Evitar tocar el cubrebocas mientras esté puesto;
- VII. Lavarse las manos antes de retirar el cubrebocas;
- VIII. Retirar el cubrebocas por las tiras o sujetadores que se colocan por detrás de las orejas o la cabeza;
- IX. Mantener el cubrebocas alejado de la cara una vez que se haya retirado;
- X. Guardar el cubrebocas en una bolsa de plástico limpia y de cierre fácil, si no está sucio o mojado y se tiene previsto utilizarlo;
- XI. No dejar el cubrebocas sobre mesas, escritorios o cualquier otra superficie, para evitar su contaminación;
- XII. Extraer el cubrebocas de la bolsa por las tiras o sujetadores, sin tocar la parte frontal del mismo; XIII. Cambiar el cubrebocas cuando se humedezca, esté dañado, roto o desgastado; los cubrebocas de un solo uso no deben ser reutilizados;

LAS LEYES DEL CUBREBOCA

XIV. Lavar, cuando sea el caso, el cubrebocas con jabón o detergente, preferentemente con agua caliente a una temperatura mayor a los 60°C, al menos una vez al día; y

XV. Lavar manos inmediatamente después de haberse retirado el cubrebocas.

También se señalan medidas que se deben de observar en espacios públicos, transporte público, en los centros de trabajo, centros comerciales, lugares de culto religioso, entre otros.

IV. VIGILANCIA

En cuanto a la vigilancia, por parte de las autoridades, del uso del cubrebocas, se señalan a las secretarías de salud, secretarías de protección civil o a las secretarías de seguridad pública.

Además, se señala que las autoridades municipales, previa firma de un convenio con las autoridades facultadas, podrá realizar también la vigilancia del cumplimiento de la obligación del usos del cubrebocas, mediante el procedimiento de visita de verificación o inspección.

En este punto, debemos de señalar que dicho procedimiento debe apegarse a las bases que se establecen en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

Además, se deben de seguir las etapas, las formalidades y los plazos que señalan las leyes de procedimiento administrativo de la respectiva entidad federativa, respetar las garantías y los derechos humanos aplicables, tales como el de defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva.

V. SANCIONES

Los diferentes acuerdos, decretos, circulares, lineamientos y leyes que se han expedido para regular el uso del cubrebocas contienen una serie de sanciones que la autoridad puede imponer. Pero es importante señalar que la imposición de sanciones se rige por los principios que son propios del derecho administrativo sancionador mexicano.

En las leyes respectivas, se señalan sanciones tanto a las personas físicas como a las personas morales o jurídicas. En las diferentes normativas, no se hacen las distinciones respectivas, pero se puede inferir que algunas no se pueden imponer a las personas físicas y otras no se pueden imponer a las personas morales.

El incumplimiento a las disposiciones establecidas en las leyes sobre esta materia, le pueden ser aplicables sanciones como la amonestación con apercibimiento, trabajo comunitario, multa o clausura temporal del espacio, que podrá ser parcial o total.

Es importante señalar que la imposición de sanciones se rige por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone:

Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Es decir, que primero se debe de realizar la visita domiciliaria de verificación o inspección, después calificar si se cometió la infracción, y posteriormente se procede a la imposición de la sanción que corresponda a cada situación.

Y desde luego, respetar el derecho humano a la tutela judicial efectiva en caso de inconformidad de la persona sujeta a dicho procedimiento.

RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS

González Martín, Nuria, López Olvera, Miguel Alejandro y Vargas Morgado, Jorge, *Emergencia Sanitaria por COVID-19: medidas administrativas y financieras*, México, IIJ-UNAM, 2022, 140 pp.

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

¿Cuáles fueron las medidas de carácter administrativo y financieras que se han dictado con motivo de la emergencia sanitaria y cuáles han sido sus efectos? A esta gran pregunta responden diecisiete especialistas en derechos humanos, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho fiscal y derecho financiero que escribieron en el número 52 de la sub-colección Emergencia Sanitaria por COVID-19.

El libro *Emergencia Sanitaria por COVID-19: medidas administrativas y financieras*, forma parte del proyecto editorial especial titulado “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional”, coordinado por la doctora Nuria González Martín, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

Por las razones de excepcionalidad que estamos transitando en 2020, 2021 y 2022, con la emergencia sanitaria por Covid-19, se abrió una sub-colección dedicada al análisis, desde el ámbito jurídico, para opinar respecto de la emergencia sanitaria.

En este número 52, que es una continuación de la emergencia sanitaria por Covid-19, los autores lo dedicaron al análisis de las medidas administrativas y financieras dictadas por el gobierno mexicano.

Este volumen es producto de las aportaciones de especialistas en derecho administrativo de alto nivel tanto del Instituto de Investigaciones Jurídicas como de diferentes instituciones del país, quienes han asumido la tarea de explorar de manera llana los distintos aspectos de las decisiones administrativo-financieras adoptadas por la administración pública durante la contingencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, tanto para

* Investigador Titular “C” de Tiempo Completo Definitivo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

enfrentar los retos a la salud como para poner cara a la consecuente crisis económica.

Escriben en este volumen Luis Alberto Bautista Arciniega, sobre “El Estado mexicano frente al cambio climático y la crisis por el Covid-19”.

Emigdio Julián Becerra Valenzuela, aporta su opinión intitulada “Implicaciones jurídico-administrativas de las empresas suspendidas durante la emergencia sanitaria Covid-19”.

Xelha Monserrat Brito Jaime, hace un aporte importante sobre “Los fideicomisos públicos y su extinción en la emergencia sanitaria”.

Gabino Eduardo Castrejón García, escribe sobre “Derecho administrativo y la ineficacia de la administración pública para atender la pandemia de Covid-19 producida por el virus SARS COV-2”).

Enrique Cruz Martínez, nos da sus “Reflexiones sobre la búsqueda del fortalecimiento de las finanzas públicas a través de medidas administrativas fiscales en tiempos de emergencia sanitaria”.

Juan Francisco Díaz explica lo que debemos entender por “buen gobierno” y sus implicaciones en esta situación de emergencia sanitaria.

Ángel Diego Gómez Olmos, analiza la figura jurídica de las subvenciones o ayuda pública, en el contexto de la emergencia sanitaria.

Miguel Alejandro López Olvera, reflexiona sobre “Los colores de la discrecionalidad en el semáforo epidemiológico”.

Álvaro Luna Pacheco explica, de manera breve, las medidas que se debieron adoptar frente a la crisis económica durante la pandemia.

José Pablo Martínez Gil, en su opinión, analiza la importancia del derecho a la salud y su protección, y destaca el impacto que tuvo este derecho fundamental frente a la pandemia.

Alina del Carmen Nettel Barrera explica dos mecanismos económicos democráticos que enfrenta la pandemia; el primero, la actividad de fomento, y el segundo, de ordenación o policía.

Marina del Pilar Olmeda García, reflexiona sobre la importancia que tiene la ética pública en el Estado mexicano frente a la emergencia sanitaria.

EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19: MEDIDAS...

Ángel Luis Parra Ortiz explica, en los tres apartados de su artículo, las consecuencias que trajo consigo la contingencia sanitaria en la justicia administrativa.

David Quitano Díaz analiza la función, las implicaciones de las omisiones y la crisis en el derecho administrativo durante la pandemia.

Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza hace un análisis de la fiscalización realizada frente la pandemia, y destaca la obligación tributaria establecida en el artículo 31, fracción IV, constitucional.

Jorge Vargas Morgado, opina sobre “Las finanzas públicas durante la Covid-19”.

Por último, José Fernando Vázquez Avedillo, hace un análisis sobre el “Presupuesto del sector salud 2021: más dinero, menos alcance”.

Sin duda, un aporte bibliográfico importante que se suma

AVISOS
GENERALES

Asociación Internacional de Derecho Administrativo
Asociación Mexicana de Derecho Administrativo

INVITAN

a participar en el XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo y el XIV Congreso Mexicano de Derecho Administrativo.

The poster features a white background with a faint geometric pattern of overlapping lines. At the top left, the text reads "XIV Congreso Mexicano y XI Congreso Internacional de Derecho Administrativo" in blue and red. To the right are the logos for AIDA (Asociación Internacional de Derecho Administrativo) and AMDA (Asociación Mexicana de Derecho Administrativo). Below the main title, it states "con sedes simultáneas en las Facultades de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro y la Universidad de Barcelona". A red box on the right contains the dates "28, 29 y 30" and "septiembre 2022". Below this, it says "y abre la convocatoria para participar en el". The central focus is the large blue text "Call of papers" with a globe graphic behind it. To the left of "Call of papers" is the coat of arms of the University of Querétaro, and to the right is the coat of arms of the University of Barcelona. At the bottom, it provides contact information: "Mayores informes al e-mail: doc.juridicas@uaq.mx" and "Consulta la convocatoria completa en <https://derecho.uaq.mx/index.php/convocatorias>". There are also several small logos at the bottom right, including the UAQ logo and social media icons.

Eventos académicos que se desarrollarán los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2022.

