



Facultad
de Derecho

In Jure Anáhuac Mayab

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Universidad Anáhuac Mayab

ISSN: 2007-6045



Red de Universidades
Anáhuac

MÉXICO AÑO 4 PRIMERA ÉPOCA NÚMERO 7 OTOÑO-INVIERNO 2015

UNIVERSIDAD ANÁHUAC MAYAB

P. Rafael Pardo Hervás, L. C.

RECTOR

Dr. Narciso Acuña González

VICERRECTOR ACADÉMICO

DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Absalón Álvarez Escalante

DIRECTOR

Dra. María Guadalupe Sánchez Trujillo

COORDINADORA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS Y PROGRAMAS DE DOCTORADO

CONSEJO EDITORIAL
REVISTA IN JURE ANÁHUAC MAYAB

Héctor José Victoria Maldonado
PRESIDENTE HONORARIO DEL CONSEJO EDITORIAL

Absalón Álvarez Escalante
PRESIDENTE DEL CONSEJO EDITORIAL

María Guadalupe Sánchez Trujillo
DIRECTORA GENERAL

CONSEJEROS EDITORIALES

Andrés Botero Bernal

Facultad de Derecho de la Universidad Industrial de Santander, Colombia.

José Antonio Caballero Juárez

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

Ramiro Contreras Acevedo

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

Miriam de los Ángeles Díaz Córdoba

Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, México

Eduardo A. Fabián Caparrós

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Dora García Fernández

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Anáhuac México Norte.

Jorge Alberto González Galván

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

María del Pilar Hernández Martínez

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

María Carmen Macías Vázquez

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

José Antonio Núñez Ochoa

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

Francisco José Paoli Bolio

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

Ruperto Patiño Manffer

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

Luciano Carlos Rezzoagli

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

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

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

María Guadalupe Sánchez Trujillo

Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac Mayab, México.

Enrique Uribe Arzate

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

COMITÉ EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In Jure Anáhuac Mayab, Año 4, Núm. 7, Julio – Diciembre de 2015, es una Publicación semestral editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Mayab, Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, Tel. (999) 942-4800 ext. 535, 01-800-012-0150, <http://www.anahuacmayab.mx>. Editor responsable: Universidad Anáhuac Mayab. Reserva de derechos al uso exclusivo No. 04-2013-011817063200-102 otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: 2007-6045. Responsable de la última actualización de este Número y de la página <http://anahuacmayab.mx/injure>: Dirección de Comunicación

Institucional de la Universidad Anáhuac Mayab, Mtra. Florángely Herrera Baas. Km.15.5 Carr. Mérida- Progreso Mérida, Yucatán, México CP. 97310, fecha de última modificación, 03 de Febrero de 2016.

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



IN JURE ANÁHUAC MAYAB
Revista de la Facultad de Derecho
Universidad Anáhuac Mayab

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

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

Recensiones: Comentarios académicos o apuntes a libros jurídicos.

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

Normas para la presentación de colaboraciones:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ÍNDICE

Presentación. Absalón Álvarez Escalante Pág. 13

Estudios Jurídicos

El derecho fundamental a guardar silencio y las intervenciones corporales en México.

Pág. 16

Jorge Rivero Evia

La Libertad de Expresión de portales web de noticias y la protección del anonimato online. Análisis de la reciente doctrina de la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Delfi AS contra Estonia. **Pág. 28**

Víctor Manuel Collí Ek

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Poder Judicial del Estado de Yucatán. **Pág. 40**

Luis Alfonso Méndez Corcuera

El impacto del comercio internacional a la luz de la economía mundial. **Pág. 56**

Alma de los Ángeles Ríos Ruiz

Revisión al concepto de “nuevo acto legislativo” como presupuesto para la activación de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana en las acciones de inconstitucionalidad: el control abstracto de constitucionalidad frente al control difuso de convencionalidad. **Pág. 81**

Jorge Carlos Peniche Baqueiro

Función administrativa y Estado constitucional en México. Tensiones contemporáneas.

Pág. 113

Gerardo Centeno Canto

PRESENTACIÓN

Absalón ÁLVAREZ ESCALANTE*
Director de la Facultad de Derecho

La dinámica del derecho es un hecho innegable que trasciende, consecuentemente, inevitablemente, en el contenido de la Ciencia Jurídica.

El análisis y la reflexión de los estudiosos del Derecho sobre los fenómenos sociales que, siendo la realidad sobre la que se construye la convivencia social, impulsan la evolución del contenido normativo, son una aportación de incalculable valor para consolidar la plena vigencia y efectividad del Estado de Derecho.

En el contexto global de una mayor tutela y protección estatal a los derechos fundamentales de las personas, abordar temas como el “Derecho Fundamental a Guardar Silencio” y el conflicto que se genera respecto al Derecho Fundamental a la Integridad Corporal en el caso de la “Extracción Forzosa de Fluidos Corporales” como consecuencia de la entrada en vigor del Código Federal de Procedimientos Penales, por parte del Doctor Jorge Rivero Evia, no es solamente pertinente, sino sumamente oportuno.

El uso de las nuevas tecnologías como medios de comunicación, especialmente en “Plataformas Web de Noticias”, sin perjuicio de las redes sociales, ha creado igualmente una fuente cada vez más creciente de cuestionamientos sobre los alcances de la “Libertad de Expresión”, como un Derecho Humano que no debe ser limitado por el Estado. El análisis del “Caso Delfi AS contra Estonia”, es una aportación que nos ilustra sobre el tratamiento de estos temas a través del trabajo del investigador Víctor Manuel Collí Ek.

Hoy día estamos inmersos en los efectos de una desaceleración económica de los países emergentes que, además, deben afrontar la realidad el impacto del endurecimiento de las inestables condiciones de la economía mundial. El análisis que la profesora Alma de los Ángeles Ríos Ruiz hace sobre la evolución y crecimiento de la globalización económica, en relación directa con la expansión del Libre Comercio, nos orienta sobre las causas generadoras de este momento económico mundial.

* Maestro en Derecho Corporativo y Candidato a Doctor en Derecho, absalon.alvarez@anahuac.mx

El investigador Jorge Carlos Peniche Baqueiro nos comparte un estudio técnico en materia de Control Constitucional, al analizar las facultades competenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ejercerlas en la “vía abstracta de control directo de constitucionalidad”, tratándose de la figura del “Nuevo acto legislativo”. Interesante trabajo que parte de la afirmación de la existencia de un cambio de paradigma que “ubica la protección de los derechos fundamentales, en el primer plano de la labor estatal.”

Se cierra este número con el trabajo del Doctor Gerardo Centeno Canto, quien nos comparte una reflexión sobre las tensiones que imponen al funcionario de la administración pública, “el neoconstitucionalismo como teoría y la constitucionalización del sistema jurídico...” El tema es, de suyo, novedoso y parte de un cambio de paradigma encaminado a la protección de los derechos fundamentales y la dignificación de persona.

Sin duda alguna, el contenido de esta nueva edición de la revista jurídica electrónica “In jure Anáhuac Mayab”, abonará en la construcción de una comunidad jurídica actualizada sobre los temas relevantes que cada día reafirman la dinámica de nuestra ciencia.

“Vince in Bono Malum”

Estudios Jurídicos

EL DERECHO FUNDAMENTAL A GUARDAR SILENCIO Y LAS INTERVENCIONES CORPORALES EN MÉXICO

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO REMAIN SILENT AND THE FORCIBLE EXTRACTION OF BODILY FLUIDS IN MEXICO

Jorge RIVERO EVIA*

RESUMEN: Con motivo de las reformas constitucionales en materia de seguridad y justicia del mes de junio de 2008, el proceso penal mexicano ha sufrido una radical transformación; en menos de un año (junio de 2016), la federación y los estados de la República habrán de adoptar el “sistema acusatorio”. En ese camino, el Congreso de la Unión generó la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales, que será la única vía procesal para llevar a cabo dicho sistema. Empero, esta norma procesal se encuentra en conflicto con ciertos derechos fundamentales, en la especie, se genera tensión entre el derecho a guardar silencio y a la extracción forzosa de fluidos corporales para fines de investigación (intervenciones corporales).

Palabras clave: Derechos fundamentales - Fluidos corporales- Proceso penal- Constitución- Derecho al silencio - Código Nacional de Procedimientos Penales

ABSTRACT: As a result of the June 2008 constitutional reforms on the issues of national security and justice, the Mexican criminal system has endured a radical transformation; in less than a year (June 2016), state and federal powers must adopt the "accusatory system." On the path to that goal, Federal Congress issued the National Code of Criminal Procedures, which will be the only procedural way to conduct said system. However, this procedural norm finds itself in conflict with certain fundamental rights, generating tension

* Doctor en derecho por la Universidad Anáhuac Mayab, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. jriverev@yahoo.com

between the right to remain silent and the forcible extraction of bodily fluids for investigative purposes.

Keywords: Fundamental rights – Bodily fluids - Criminal process -Constitution - Right to silence- National Code of Criminal Procedures.

Introducción.

El derecho que tiene el imputado a guardar silencio en el proceso penal incoado en su contra, es un derecho fundamental, expresamente recogido por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en su apartado “B”, fracción II; forma parte de la denominada garantía de no autoincriminación, la cual es una cláusula no sólo constitucional sino convencional, ampliamente difundida y reconocida tanto en sede doméstica como internacional; comprende el derecho de toda persona a no declarar, que el silencio que guarde no puede resultarle perjudicial y proscribire medios coactivos y de tortura a fin de la obtención de confesiones.

Por otra parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), establece en su articulado diversas técnicas de investigación, entre estas se abarcan ciertos actos de molestia en las personas de interés para efectos indagatorios, resultando que algunos de tales actos deberán ser sometidos a la autorización del juez de control, como es el caso de las intervenciones corporales comprendidas en el numeral 252, fracción IV, de dicho ordenamiento, que dispone la obtención de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, sin el consentimiento de la persona requerida, esto es, de manera forzosa, ante la negativa del individuo a someterse a esa práctica.

Es evidente pues, la posibilidad de enfrentamiento entre el derecho fundamental a guardar silencio y la legitimación para la práctica de la toma forzosa de muestras de fluidos corporales ante la negativa de la persona requerida, máxime que el artículo 269, párrafo segundo del CNPP, indica que la persona sobre la cual se verificaría la técnica de investigación deberá ser informada previamente de su derecho a negarse a proporcionar las muestras, tema que ocupa el presente ensayo.

I. El derecho a guardar silencio.

A través de la historia se ha avanzado hacia la protección del derecho de toda persona a no ser obligada a declarar en contra de sí mismo en causa criminal. En el

antiguo derecho común inglés¹, antes de 1200, existía el juramento por compurgadores, una forma de ordalía. Posteriormente el Papa Inocencio III estableció el juramento inquisitivo: *Jusjurandum de veritate dicenda*², que implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez. La práctica de la autoincriminación inducida empezó a ser desterrada del derecho común inglés en 1641, con el caso de John Lilburn, acusado ante la *Star Chamber* de imprimir e importar libros heréticos y sediciosos quien negó los cargos y se rehusó a jurar y contestar otras preguntas, por lo que fue azotado. Posteriormente el parlamento reconoció la ilicitud de la sentencia y le acordó reparaciones.³

En Francia, las Ordenanzas de agosto de 1536 y 1539 generalizaron el interrogatorio como medio de prueba, el cual encontró consagración definitiva en la Ordenanza de 1670, que dedica un título entero a reglamentar la práctica interrogatoria. Posteriormente, por medio de un Edicto Real de 1788 y gracias a la presión popular, se prohibió la tortura para obtener la confesión y para descubrir a los cómplices, y en octubre de 1789 se proscribió el juramento del indagado.⁴

La declaración de Derechos (*Bill of Rights*) agregó a la Constitución de los Estados Unidos de América la Enmienda V, en la que quedó establecida la garantía de no ser compelido en un proceso criminal a dar testimonio contra uno mismo. Posteriormente, en el caso *Miranda contra Arizona* la garantía alcanzó su más elaborada extensión, al exigir que la persona que se halla bajo custodia policial al ser interrogada, tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; c) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio; d) su derecho a asesorarse con el abogado antes de hablar; e) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos.

En México, la CPEUM ha incluido en su artículo 20 (reformado y adicionado en múltiples ocasiones), la denominada *garantía de no autoincriminación*, que poco a poco se ha transformado en el derecho al silencio.⁵

García Ramírez⁶ sostiene que el derecho al silencio se incluye en el paradigma constitucional mexicano desde la reforma de 1993 y que trasciende a la mera no

¹ Véase: Ansgar Kelly, H. The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc. <http://bit.ly/1TnfgAO>

² *Ídem*.

³ Zapata García, María Francisca, "El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor.", *REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 6 – Año 2005-*. <http://bit.ly/1NrG91U>.

⁴ *Ídem*.

⁵ Según Ferrajoli, el "derecho al silencio" fue acuñado por Gaetano Filangieri. Véase: Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trota, Madrid, 2000, p. 608.

⁶ García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. La reforma 1993-1994*, México, Porrúa, 1994, p. 79.

autoincriminación, explicando que el texto del artículo 20, anterior a ese movimiento legisferante, disponía que (el inculpado) “no podrá ser obligado a declarar en su contra”, y resultando que la porción normativa “en su contra” fue suprimida, a fin de quedar redactada la disposición con la sola fórmula que no podía ser obligado a declarar, lisa y llanamente.⁷

La actual redacción del artículo 20, apartado “B”, fracción II, de la CPEUM (2008), contempla ahora como uno de los derechos de la persona imputada (ya no del “inculpado”):

(...) A declarar o guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio (...).

Así, el derecho del imputado a guardar silencio y a no ser utilizado como fuente de información, lo erigen, según Horvitz Lennon y López Masle⁸, en un *sujeto incoercible* del procedimiento.

En el plano internacional, encontramos relación de ese derecho con los artículos 14.3, inciso g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2, inciso g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De ello se sigue que el derecho a guardar silencio y a la no autoincriminación pueden ser vistos como un derecho fundamental/garantía, que una persona tiene de no colaborar con su propia condena o de decidir si desea, voluntariamente, introducir alguna información en el proceso penal, cuya base además se encuentra en el conocido aforismo *nemo tenetur se ipsum accusare*.

La incolumidad de tal prerrogativa impone la prohibición de todo método de interrogatorio que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar o que afecte su voluntariedad.⁹ Quedan incluidos en esa prohibición, en consecuencia, la tortura, tormento o cualquier forma de maltrato, la violencia corporal o psíquica, las amenazas, el

⁷ Una de las razones que explica la exposición de motivos de esa reforma constitucional, es que (...) se busca dejar atrás la práctica nociva de interpretar el silencio del inculpado como una medida de autoincriminación bajo la lógica de que quien calla esconde (...).

⁸ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, “Derecho procesal penal chileno”, *Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, México, Jurídica de las Américas, 2008, t.I, p. 234.

⁹ Al respecto, conviene citar el artículo 113, fracciones III y VI, del CNPP, que establecen como derecho del imputado: (...) III. A declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio (...) VI. A no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad (...).

juramento, el engaño (preguntas capciosas o sugestivas) o incluso el cansancio, así como métodos que afecten la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos (ministración de psicofármacos, “sueros de la verdad” o hipnosis).¹⁰

II. Las intervenciones corporales.

El CNPP, regula diversas técnicas de investigación; las actuaciones atinentes podrán ser verificadas por el órgano investigador bajo ciertos cánones. Uno de ellos, es el contemplado en el artículo 215, que indica que todas las personas tienen el deber de proporcionar oportunamente la información que se les requiera; para el caso de incumplimiento, por falta de comparecencia a una entrevista sin causa justificada, aquellas incurrirían en responsabilidad, siendo motivo de la sanción correspondiente.

Asimismo, se contemplan dos especies de actos de investigación, en atención al grado de autonomía del órgano competente en el ejercicio de la averiguación para el esclarecimiento de los hechos:

a) Los que no requieren de autorización judicial (artículo 251): la inspección en el lugar del hecho o hallazgo; la inspección del lugar distinto al de los hechos o del hallazgo; la inspección de personas; la revisión corporal; la inspección de vehículos; el levantamiento e identificación de cadáver; la aportación de comunicaciones entre particulares; el reconocimiento de personas; la entrega vigilada y las operaciones encubiertas; la entrevista a testigos.

b) Los que sí requieren de autorización judicial – por afectar derechos fundamentales- (artículo 252): la exhumación de cadáveres; las órdenes de cateo; las intervenciones de comunicaciones privadas y correspondencia; la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionarlas; el reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquella se niegue a ser examinada.

En lo que aquí interesa, el artículo 269 del propio CNPP, refiere que durante la investigación, la Policía o el Ministerio Público, podrán solicitar a cualquier persona la aportación voluntaria de muestras de fluido corporal, vello o cabello, exámenes corporales de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, así como que se les permita obtener imágenes internas o externas de alguna parte del cuerpo, siempre que no implique riesgos para la salud y para la dignidad de la persona. Asimismo, se dispone

¹⁰ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *op. cit.*, pp. 234-235.

que deba informarse previamente a la persona el motivo de la aportación y del derecho que tiene a negarse a proporcionar dichas muestras.

Ahora bien, no obstante el reconocimiento expreso del derecho a la negativa de colaboración con la autoridad, el artículo 270 regula que si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación voluntaria de las muestras, se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía, podrá pedir al órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, expresando:

1. La necesidad de la medida;
2. La indicación de la persona o personas en quienes haya de practicarse; y
3. El tipo y expresión de la muestra o de la imagen a obtener.

El criterio jurisdiccional para emitir el acto, circundará en torno al principio de proporcionalidad, motivando la necesidad de la medida, teniendo como base la inexistencia de un medio menos gravoso para la persona que resulte igualmente eficaz e idóneo para el fin que se persigue, siempre en atención a la gravedad del hecho que se investiga.

Es decir, se regula lo que la doctrina conoce como *intervenciones corporales*, entendiendo por ese concepto, los actos de aseguramiento de la prueba que tienen como común denominador el recaer sobre el cuerpo humano y que restringen la intimidad personal.

En efecto, Gimeno Sendra¹¹ entiende por intervenciones corporales, todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se extrae de él ciertos elementos, en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado.

Tales intervenciones pueden clasificarse –conforme al grado de sacrificio de la integridad física-, en:

- a) *Leves o banales*.- Correspondientes a cuando la extracción recae en elementos externos del cuerpo humano, tales como pelos o uñas e incluso en algunos internos, como la extracción de sangre, siempre que, por las características del destinatario, no corra peligro su salud.¹²

¹¹ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2007, p. 402.

¹² Una intervención para obtener una muestra sanguínea, que amerita el calificativo de “leve” o “banal”, puede ser peligrosa para una persona que padezca hemofilia, entendiendo por ésta la distrofia diatésica de la sangre que produce hemorragias con disminución de la coagulabilidad, de tipo familiar y hereditario, solo sufrida por los hombres y sólo transmitida por las mujeres, las que en cambio, no la padecen. Véase: Lluesma Uranga, Estanislao, *Diccionario de medicina*, Buenos Aires, editorial Schapire, 1968, p. 226.

b) *Graves*.- Atinentes a aquellas que pueden poner en peligro el derecho a la salud u ocasionar sufrimientos a su destinatario.¹³

En ese contexto, surge el punto medular de la cuestión ¿cómo es posible que si le asiste al individuo el derecho a negarse a la aportación, luego se disponga que ante su negativa pueda ser obligado a la extracción de los fluidos corporales? ¿Debe interpretarse que ese derecho de oposición sólo le corresponde a la víctima?

Veamos, el derecho a la resistencia a la técnica de investigación contemplado en el artículo 269, párrafo segundo, es una formalidad genérica de dicha medida y sería aplicable a cualquier persona (imputado, víctima, persona de interés), en atención al principio exegético consistente en que “donde el legislador no distingue, el intérprete no debe distinguir”. Empero, no tendría ningún caso conceder ese ámbito de discrecionalidad de cooperación con la autoridad si la misma ley contempla posteriormente en el artículo 270, el procedimiento a seguir cuando la persona requerida se niegue a proporcionar las muestras.

Si optamos por el criterio de que esa resistencia solamente puede oponerse por la víctima, con base en que el artículo 252, fracción IV, excluye expresamente a aquella de la toma obligatoria de muestras, se corre el riesgo de vulnerar el principio de igualdad en las armas, propio de un sistema adversarial, que pretende que las partes enfrentadas en un enjuiciamiento tengan los mismos derechos procesales (artículo 11 CNPP).

Otra vía de interpretación, es considerar que ese derecho a la resistencia es análogo al derecho humano o fundamental a guardar silencio, contenido en el artículo 20, apartado “B”, fracción II, lo cual se estima válido, como se verá a continuación.

III. El derecho de resistencia en la ministración de fluidos corporales como una extensión del derecho fundamental a guardar silencio

Como se ha visto, es un derecho fundamental el guardar silencio en el proceso penal y que esa conducta omisa no puede serle perjudicial al imputado. Por otra parte, la ley procesal contempla el derecho a resistirse a proporcionar muestras de fluidos corporales, sin aclarar a quién le asiste esa facultad. Finalmente la propia ley dispone respecto de las intervenciones corporales que un juez podrá ejecutarlas en una persona, no obstante su negativa de colaboración.

¹³ Como puede ser una punción lumbar o la extracción de líquido cefalorraquídeo.

Entonces, el método de interpretación del marco de referencia, lo proporciona el artículo 1o., de la CPEUM, pues nos encontramos en un tema de derechos humanos/derechos fundamentales.¹⁴

Así pues, el párrafo segundo del indicado artículo constitucional, refiere que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; es decir, en atención al principio *pro persona* (otrora conocido como *pro homine*).

En el ámbito regional de protección de los derechos humanos, el descubrimiento de dicho principio le es atribuido al juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Rodolfo E. Piza Escalante, quien en uno de sus votos adjuntos a una decisión de dicha Corte afirmó que tal principio es:

(...) Un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. De esta forma, el principio *pro persona* conduce a la conclusión de que la exigibilidad inmediata e incondicional de los derechos humanos es la regla y su condicionamiento la excepción (...).¹⁵

El principio de referencia no ha quedado estático, sino que el Tribunal Interamericano se ha pronunciado en diversas oportunidades, que perfilan su concepción, como lo hizo al abordar el tema relativo a la interpretación restrictiva de las limitaciones impuestas a los derechos, esto bajo la premisa de que si bien es claro que los derechos humanos no son absolutos en su mayoría, por lo que su ejercicio puede ser regulado y restringido, dichas limitaciones deben estar justificadas y ser legítimas, razonables y proporcionales.

¹⁴ Se utilizan para los fines de este ensayo, como sinónimos los conceptos de “Derechos fundamentales” y “Derechos humanos”, pues dada la brevedad de estas líneas, sería imposible una aproximación seria a la problemática doctrinal respectiva. Para mejor referencia, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-IMDPC (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80), 2013.

¹⁵ Medellín Urquiaga, Ximena, “Principio *pro persona*”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional de derechos humanos*, en Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, núm. 1, 2013, p. 17.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha resuelto que esa interpretación extensiva, no es aplicable cuando la misma Constitución ordena expresamente la restricción de un derecho humano.¹⁶

Empero, en el caso que se analiza, no existe reserva constitucional que impida considerar que el derecho de resistencia aludido es una extensión del derecho fundamental al silencio.

En efecto, la negativa del imputado a proporcionar sus fluidos corporales a la autoridad, debe ser considerada una prerrogativa similar a la de guardar silencio. Por silencio se entiende la abstención de hablar y si esta tiene rango de derecho fundamental (que implica el sólo callar), cuantimás cuando se trata de otras técnicas de investigación que recaerán dentro del cuerpo de la persona, que incluso pueden ser altamente invasivas.

La finalidad del derecho al silencio es la misma que la del derecho de resistencia; a saber: que nadie puede ser compelido a proporcionar evidencia contra sí mismo.

Las intervenciones corporales de las que se ha venido hablando, implicarían privarle al imputado de su autonomía corporal, pues le constriñen para facilitar un medio probatorio que podría contener un factor en su contra, vulnerándose el invocado principio consistente en que nadie puede ser compulsado a proveer prueba en su contra.

Debe destacarse que llegar a esa conclusión no resulta pacífico. En un ejercicio de derecho comparado, se observa que diversos tribunales de otras naciones han validado esas intervenciones corporales forzosas.¹⁷

Los norteamericanos y argentinos bajo el argumento que no se trata de derechos análogos, por cuanto a que la declaración del imputado proviene de la mente y los datos de prueba a recabar ante su negativa, residen en el cuerpo, haciendo una diferenciación entre “sujeto de prueba” y “objeto de prueba”; es decir, puede negarse a declarar la persona, porque el contenido se encuentra en su mente y de ninguna manera puede ser extraído, no obstante, cuando la evidencia se halla materialmente en el cuerpo existe un cambio de circunstancias que permite y legitima a la autoridad a pasar por encima de la voluntad del sujeto investigado. Las Cortes de España y Colombia han seguido caminos

¹⁶ Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I. libro 5, abril de 2014, p. 202.

¹⁷ Véase: De Luca, Javier Augusto, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Penal, tomo Derechos y Garantías Procesales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.<http://bit.ly/1XC1qkt>.

similares, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (este último en relación al tema de pruebas de alcoholemia).¹⁸

No obstante, en México bien podría variarse ese derrotero¹⁹, pues como se ha visto, el CNPP sí establece el derecho a la resistencia a las intervenciones corporales. Y aun en caso que no existiese esa prerrogativa legal, debe respetarse el derecho natural de todo ser humano a autoprotgerse, a la conservación instintiva negándose a colaborar con la autoridad, quien tiene la carga probatoria de la acusación y que la averiguación de la verdad respecto de los hechos no puede verificarse a toda costa ni por cualquier medio, avasallando la voluntad de quien goza además del estatus de inocente.

IV. Conclusión.

Si el artículo 20, apartado B, fracción II de la CPEUM establece el derecho fundamental al silencio, conducta que no podrá ser utilizada en perjuicio del imputado, y el artículo 269, segundo párrafo del CNPP, reconoce el derecho del individuo a resistirse a proporcionar fluidos corporales con fines de investigación, entonces, esta prerrogativa legal, es una extensión del derecho fundamental aludido, por tanto, las intervenciones corporales contempladas en el diverso artículo 252, fracción IV del CNPP, resultan inconstitucionales.

Ello trae aparejadas dos situaciones. La primera, relativa a que el juez de control deberá negar la intervención corporal coaccionada, desaplicando el artículo citado en último término (252, IV, CNPP). Y la segunda, que la prueba, si a pesar de ello es obtenida, por contravenir derechos fundamentales, será nula, acorde con la diversa fracción IX del propio artículo 20, apartado A, de la CPEUM. Es decir, debe excluirse del material probatorio susceptible de valorarse por el tribunal de enjuiciamiento en el juicio oral.

¹⁸ *Ídem.*

¹⁹ La SCJN ha tenido oportunidad de tocar el tema de pruebas de ADN. En reciente fecha, (julio de 2014) el Pleno declaró por unanimidad, la inconstitucionalidad de diversas disposiciones de la legislación penal del Estado de Nuevo León. (Acción de inconstitucionalidad 21/2013). Se invalidó el Artículo 275 Bis del Código de Procedimientos Penales que establecía la prueba de ADN, como único método para identificar a testigos. En palabras del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, "*La medida legislativa impugnada incide en el derecho a la dignidad, a la intimidad y a la integridad física, pues de aquella puede extraerse información genética del individuo*". Asimismo, en 2007, la Primera Sala se pronunció respecto de la presunción de paternidad para el resistente a realizarse una prueba de ADN, como se ve de la Tesis 1a./J. 101/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 111. Empero, esa presunción que opera en la materia familiar, no puede tener aplicación en materia penal, toda vez que ninguna persona puede ser condenada sobre la base de la negativa a someterse a una prueba de esa especie, por virtud del principio de presunción de inocencia.

No obstante, sería conveniente que se reforme el CNPP para que supere los vicios revelados en este trabajo, pues con ello se abonaría a brindar de seguridad jurídica a los mexicanos; ello pese a la existencia de los controles difusos de constitucionalidad y convencionalidad que ejercen en nuestro país las autoridades judiciales, contando con la facultad de desaplicar las normas que consideren incompatibles con los derechos fundamentales, pues esa atribución se ejerce caso por caso, queda al arbitrio de los operadores jurídicos y carece de efectos *erga omnes*.

Bibliografía.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa-IMDPC (Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 80), 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano, La reforma 1993-1994*. México, Porrúa, 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2007.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, “Derecho procesal penal chileno”, *Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, México, Jurídica de las Américas, 2008, t.I.
- LLUESMA URANGA, Estanislao, *Diccionario de medicina*, Buenos Aires, editorial Schapire, 1968.
- MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, “Principio pro persona”, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional de derechos humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, num. 1, 2013.

Semanario Judicial de la Federación

- Tesis 1a./J. 101/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, marzo de 2007, p. 111.
- Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I. libro 5, abril de 2014, p. 202.

Documentos electrónicos:

Ansgar Kelly, H. The Right to Remain Silent: Before and After Joan of Arc.
<http://bit.ly/1TnfgAO>

De Luca, Javier Augusto, "Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales", Revista de Derecho Penal, tomo Derechos y Garantías Procesales, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.<http://bit.ly/1XC1qkt>.

Zapata García, María Francisca, "El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor.", REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 6 – Año 2005-.
<http://bit.ly/1NrG91U>.

Sitios de internet:

Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www.scjn.gob.mx>.

Recepción: 27 de agosto de 2015.

Aceptación: 20 de noviembre de 2015.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE PORTALES WEB DE NOTICIAS Y LA PROTECCIÓN DEL ANONIMATO ONLINE. ANÁLISIS DE LA RECIENTE DOCTRINA DE LA GRAN CÁMARA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO DELFI AS CONTRA ESTONIA

FREEDOM OF EXPRESSION, WEB NEWS PORTALS AND PROTECTION OF ONLINE ANONYMITY. ANALYSIS ON THE CURRENT DOCTRINE OF THE GRAND CHAMBER OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS ACCORDING TO THE CASE DELFI AS V. ESTONIA

Víctor Manuel COLLÍ EK*

RESUMEN: ¿Hasta dónde un portal web de noticias puede ser considerado responsable civilmente, no por la noticia colocada, sino por los comentarios difamatorios que se hicieron sobre la misma? ¿El portal se encontrará protegido por su libertad de expresión? Esas preguntas estuvieron en el centro de la decisión Delfi contra Estonia, resuelta el 16 de junio de 2015, por la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos. En el presente estudio, se analiza la sentencia y se proponen lecturas consecuenciales, pero especialmente, el estudio invita a que no dejemos de lado que esta problemática realmente se debe observar en un marco más amplio, la afectación de la privacidad desde la vida online y la información disponible en ella.

* Profesor Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México. Miembro de Sistema Nacional de Investigadores y Profesor con Perfil Deseable del PROMEP-SEP. Responsable del proyecto de investigación: "La vigencia de la Constitución en la Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional" 154998, CONACYT-SEP Ciencia Básica, del que el presente trabajo es un producto. Agradezco los invaluable comentarios de mis compañeros del grupo de investigación: Derechos Humanos y Problemas Constitucionales, radicado en la UAC. vimcolli@uacam.mx

Palabras clave: Libertad de Expresión. Corte Europea de Derechos Humanos. Portales Web. Derecho a la vida privada.

ABSTRACT: How far a web news portal can be held liable not because of the news published, but rather due to defamatory comments on it? Does the website will be protected by freedom of expression? These questions were at the center of the case *Delfi AS v. Estonia*, delivered on June 16, 2015, by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights. The present study analyzes the case and gives some consequential readings, but above all invites to take into account that this problem really should be seen in a broader framework, the impact over online privacy life and the information available on it.

Keywords: Freedom of speech; European Court of Human Rights; Websites; Right to privacy life.

I. Introducción.

La potencial responsabilidad de un sitio web de noticias, no por la noticia colgada por él, sino por los comentarios que terceros hicieron sobre ella, presenta una interrogante interesante sobre el tema de Libertad de Expresión, pues lleva dentro de muchas a la pregunta, en este escenario ¿se debe entender protegido el portal, si esos comentarios dañan el derecho a la vida privada de la persona protagonista de la nota originaria?

La novedad de la discusión se hace latente, al estar por primera vez en el escenario de las decisiones de la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos (CoEDH), en el asunto *Delfi* contra Estonia, resuelto el 16 de junio de 2015.²⁰

El sitio *Delfi*, en su defensa, argumentaba que las decisiones condenatorias de los tribunales nacionales, habían dañado su Libertad de Expresión – contenida en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)²¹- al determinarse su

²⁰ Sentencia: CoEDH, Grand Chamber, *Delfi v Estonia* (*Application* no. 64569/09), 16 de junio de 2015, en adelante citada “DvE”. Visible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105#{\"itemid\":\[\"001-155105\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105#{\) (Todas las páginas web citadas, fueron revisadas el 27 de julio de 2015). Al ser un asunto de la Gran Cámara, debió ser resuelto por una de las Cámaras de la CoEDH, esta fue el 10 de octubre de 2013, decisión de la cual igualmente hemos hecho un estudio, denominado: “Libertad de Expresión o Responsabilidad? ¿Cuándo en el caso de portales sobre noticias, de acuerdo a la Corte Europea de Derechos Humanos? Análisis y lecturas actuales” en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 195-210, consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/33/cj/cj8.pdf>

²¹ Este artículo señala. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización

responsabilidad civil, por comentarios de sus lectores. Como veremos, la CoEDH resolvería que dichas decisiones internas habían sido correctas.

II. Hechos y Evolución del Caso

Delfi AS es una compañía que posee uno de los más grandes sitios de internet de noticias de Estonia. El 24 de enero de 2006, se publicó en el portal una nota denominada “*SLK destroyed planned roads*”, sobre una compañía de Ferry y “L” el accionista mayoritario de esa compañía, donde se discutía el cambio de ruta a determinadas islas. Esta decisión había provocado el resquebrajamiento del hielo, atrasando por semanas la apertura de carreteras o vías públicas alternas, consideradas más rápidas y baratas que el Ferry.

Los días 24 y 25 de enero se alcanzaron 185 comentarios y alrededor de 20 contenían amenazas personales y lenguaje ofensivo contra “L”.

Algunos de los comentarios que se postearon a la noticia fueron²²:

“1. 1. there are currents in [V]äinameri. 2. open water is closer to the places you referred to, and the ice is thinner.

Proposal – let’s do as in 1905, let’s go to [K]uressaare with sticks and put [L.] and [Le.] in bag

2. fucking shitheads...

they bath in money anyways thanks to that monopoly and State subsidies and now started to fear that cars may drive to the islands for a couple of days without anything filling their purses. burn in your own ship, sick Jew!

3. good that [La.’s] initiative has not broken down the lines of the web flammers. go ahead, guys, [L.] into oven!

4. [little L.] go and drown yourself

5. aha... [I] hardly believe that that [happened] by accident... assholes fck”

previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.” Todo el texto de la Convención, consultable en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

²² CFR. DvE, párr. 10.

Abajo de la nota los usuarios –teniendo acceso a comentarios de otros usuarios- en algunas de sus respuestas, habían utilizado palabras altamente ofensivas sobre el operador y el dueño del ferri.

El 8 de marzo de 2006, los abogados de “L” solicitaron al sitio el retiro de los comentarios y la suma de 32,000 euros en compensación por daños no pecuniarios. El mismo día los comentarios fueron retirados y el 23 de marzo de 2006, la compañía del portal argumentó que esto último lo había hecho bajo la obligación del sistema *notice-and-take-down* y se negaba a los daños.

El dueño demandó a Delfi en 2006, logrando sentencia favorable en 2008. Lo anterior fue apelado por la compañía Delfi ante la Suprema Corte de Estonia –SCE-, indicando que bajo la directiva europea 2000/31/EC, sobre comercio electrónico, su rol como proveedor de servicios de internet había sido técnica, pasiva y neutral, y esto lo eximía de responsabilidad civil. La SCE determinó que Delfi había ejercido control sobre la publicación de los comentarios, y esto lo excluía de la hipótesis de la directiva europea²³.

III. Decisión de la CoEDH

La CoEDH decidió al tenor de lo que en su momento afirmó la SCE, que el portal debía ser considerado responsable por los comentarios, y que tal afirmación no afectaba su Libertad de Expresión y Opinión resguardada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Para ello se valió de diversos elementos de valoración.

Lo primero que hace la CoEDH es definir los parámetros del asunto en concreto²⁴, esto es, analizar los deberes y responsabilidades de los portales online de noticias -bajo lo indicado en el artículo 10 párr. 2 de la CEDH- cuando proveen, con propósitos económicos, una plataforma para comentarios de los usuarios – identificados o anónimos- sobre notas previamente publicadas, y estos comentarios se tornan en expresiones ilegales que afectan los derechos de personalidad de otros, pudiendo llegar a discursos de odio e incitaciones a la violencia.

Siendo entonces un estudio de Libertad de Expresión y Opinión, la CoEDH entraría a analizar los aspectos relacionados con ella.

²³ CFR. Johan, Tere, *Estonian Supreme Court ruled in favor of Leedo in the dispute against Delfi*, The Baltic Course, 10 de junio de 2009, (www.baltic-course.com) consultable en: <http://www.baltic-course.com/eng/Technology/?doc=14708>

²⁴ DvE, párr. 115.

En primer lugar, la interferencia con la Libertad de Expresión, en la decisión de la SCE, no fue motivo de conflicto, ambas partes del asunto reconocieron su existencia, al igual que la CoEDH.

Sobre la legalidad de la medida, afirmarí que cualquier interferencia debe estar prescrita en la ley, exponiendo a continuación que esto significa, no sólo que la medida transgresora tenga una base legal, sino igualmente la cualidad de la ley en cuestión, la cual debe ser accesible a las personas interesadas y que permita prever las conductas requeridas.

Dadas las condiciones del caso concreto, ahondaría un poco más sobre la calificación de legalidad. En específico, afirmarí la CoEDH, que previsión implica, no sólo que la ley se formule con suficiente precisión para la auto-regulación de la conducta de los ciudadanos. Aunque esa precisión no necesariamente implica absoluta certeza –lo que es preferible-, el nivel de esta depende del contenido de la ley, el objeto para el cual es realizada, el número y estatus de aquellos a quienes se dirige.

Aquí viene un punto importante de la argumentación -un elemento que llevará a avalar la condena de Delfi AS- señalarí la CoEDH que justo este es un punto en el que difieren las partes en conflicto, la prescripción legal de la intromisión: por un lado, la Compañía se presentaba como un proveedor de servicios, y por ello, argumentaba que las normas aplicables en estos casos, no declaraban responsabilidad alguna, por contenidos de comentarios hechos por terceras personas; por el otro, el gobierno, indicaba que la compañía debía ser considerada como editora de medios, y por tal, la legislación si daba la posibilidad de declararla responsable civilmente junto con los autores.

La CoEDH indicaría que la decisión de la SCE, de declarar responsable a la compañía había sido justificada, tomando en cuenta que era un editor de medios, un portal de noticias en internet con un propósito económico. Además, como un editor profesional, la compañía debía de estar familiarizada con la legislación y su interpretación, al igual que debió estar asesorada legalmente. Máxime que se trata de uno de los portales de noticias más grandes de Estonia²⁵.

En conclusión, sobre este elemento, la CoEDH argumentaría que el portal debió de evaluar el riesgo y prever en un nivel razonable, las consecuencias que se pudieran dar.

²⁵ DvE, párr. 129.

Definido lo anterior, la CoEDH se abocó a analizar la necesidad de la interferencia, dentro de una sociedad democrática.

En primer lugar, expresaría que en los casos donde hay una colisión entre la Libertad de Expresión y la protección de la reputación o derechos de terceros, debe estudiarse si las autoridades domésticas, en este caso la decisión de la SCE, dieron un justo balance al proteger los dos derechos garantizados por la CEDH. Ambos derechos exigen el mismo respeto, aunque los Estados tienen un margen de apreciación, al momento de definir sobre dicha colisión.

La CoEDH subrayó que en el caso concreto, se trataba de definir si la decisión de la SCE fue acertada, al momento de declarar responsable a la compañía, por los comentarios expuestos por terceras personas y si esto está en conflicto con la Libertad de Expresión de Delfi AS.

Las normas aducidas por la SCE, requerían que la compañía hubiera previsto la publicación de comentarios con un claro contenido ilegal. En ese sentido, se había decidido por dicha Corte, que la inactividad de Delfi AS, debía ser calificada de ilegal.

Al analizar la decisión de la SCE, la CoEDH, primeramente se refirió al contexto de los comentarios, donde concluyó que la compañía al hacerlos públicos, lo había hecho no pasivamente o como exclusivamente un proveedor de servicios técnicos, sino de manera activa, con miras a la adquisición de un beneficio económico²⁶.

Por otro lado, a pesar de haber una clara política donde se prohibía el posteo de comentarios inapropiados, una vez puestos estos no podían ser modificados o borrados por sus autores, acción que le correspondía sólo al portal, teniendo por tanto, un grado sustancial de control sobre ellos.

En relación con el poder hacer responsables a los autores de los comentarios, la CoEDH expresó que podía ser una alternativa, sin embargo debía tomarse en cuenta el interés de los autores de mantener su anonimato, elemento que cumple un papel trascendente en la vida online, como catalizador del libre flujo de ideas e información. Aunque igualmente, no debía perderse de vista, el alcance y velocidad de la diseminación de la información y que el hecho de una vez expresadas, puede agravar los efectos de los discursos ilegales²⁷.

²⁶ El mecanismo bajo el que funciona este beneficio económico va de la siguiente manera: las ganancias obtenidas por la publicidad en el portal, depende del número de visitas al mismo, la cual depende del número de comentarios hechos. CFR. DvE, párr. 144

²⁷ CFR. DvE, párr. 147. En este instante la CoEDH trae a la atención la sentencia Google Spain and Google de la Corte de Justicia de la Unión Europea, donde se decidió sobre el problema de la disponibilidad en

En seguida analizaría los diversos niveles de anonimato de usuarios, pero al margen de las distintas configuraciones, concluiría que, siendo el anonimato un valor importante en Internet, debe ponderarse con otros derechos e intereses.

Sigue la línea argumentativa de las SCE, sosteniendo que en el caso concreto, la persona perjudicada por las expresiones, tenía la opción de inconformarse contra los autores. Sin embargo, la incertidumbre de la efectividad de las medidas para permitir conocer la identidad de los autores de los comentarios, en conjunción con la falta de instrumentos dispuestos por la compañía para ese propósito, son factores que soportaban la decisión de la SCE, de declarar culpable a la compañía.

En cuanto a las medidas tomadas por Delfi AS para controlar los mensajes ilegales, la CoEDH expondría que el caso analizaba la decisión de la SCE, de declarar culpable a la compañía, porque no había removido sin dilación alguna, los comentarios ilegales después de su publicación.

Para ello analizaría la política y el sistema de control de comentarios instaurado por Delfi AS.

En primer lugar, existía un aviso de renuncia por parte de la compañía, explicando que de cualquier comentario, era responsable su autor. Un aviso de que cualquier comentario contrario a las buenas prácticas, que implicaran amenazas, insultos, expresiones obscenas, vulgaridad, incitaren a la violencia o actividades ilegales, estaba prohibido

Igualmente un sistema automático de borrado de comentarios, basado en el rechazo de ciertas palabras vulgares, y un sistema de notificado y descolgado, donde cualquiera podría notificar en caso de una expresión inapropiada, haciendo clic en un botón especial, para llamar la atención del administrador del portal. Al igual en algunas ocasiones, el administrador del portal podría borrar por sí mismo determinados comentarios inapropiados, como ya antes había ocurrido.

Visto lo anterior, la CoEDH notó que a pesar de no existir una absoluta negligencia por parte de Delfi AS, el sistema de filtrado no fue suficiente para evitar los comentarios ahora en conflicto, lo que limitó su habilidad de suprimir con premura los comentarios ofensivos.

Esta obligación de premura como calificador de la culpabilidad, se daba porque los comentarios en sí mismos eran abiertamente ofensivos, expresiones de odio, amenazas a

Internet, de información que pueda interferir con la vida privada de una persona. Consultable en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>

la integridad física, entonces debían haber sido removidos rápidamente, o inclusive, el hecho de que el sistema de filtrado falló en permitir su publicación, y se agrava con el hecho de que su eliminación se dio seis semanas después.

Lo anterior llevó a la CoEDH a definir que reconocer la responsabilidad de los portales de noticias en internet en casos como el actual, donde se falló en remover sin dilación alguna, comentarios de odio e incitación a la violencia física, no contravenían los derechos reconocidos en la CEDH.

Por último estableció que las consecuencias de las decisiones de los tribunales internos sobre el caso Delfi AS tampoco habían causado efectos determinantes en el futuro de la compañía como de las políticas de protección del anonimato. Primero, concluye que la suma de 320 euros solicitados como compensación por el daño causado, dado que se trata de una de las compañías de noticias más grande de Estonia, no es desproporcionado. Segundo, en los casos post-Delfi, inclusive no se han ordenado pagos pecuniarios, sólo el borrado de los comentarios. Tercero, la política de protección de anonimato de comentarios, a través de la posibilidad de no otorgar el nombre al momento de hacer un comentario, no ha cambiado, e igualmente la compañía ha establecido un equipo de moderadores para seguir y regular los comentarios posteados en el portal.

IV. Conclusiones.

En resumen, en el caso Delfi, la CoEDH consideraría que sí hubo una restricción a la Libertad de Expresión, pero que tal estaba justificada bajo el análisis de su doctrina aplicada a las circunstancias reales del problema, básicamente: a) el portal no debía ser considerado un proveedor de servicios de internet porque su desempeño no era neutral; b) siendo un portal tan importante debía ser consciente de las consecuencias de las notas colocadas, inclusive tomando en cuenta que la legislación aplicable es novedosa, para lo cual debió buscar asesoría; c) al igual que en conjunción con el sistema de control que operaba sobre los comentarios, permitía un cierto grado de manipulación, condicionada en parte por la capacidad de captar divisas; d) el diseño del sistema de control de comentarios podía llevar a un problema de falta protección de derechos, al no permitir la identificación de los comentaristas para poder ser sujetos de responsabilidad civil, visto desde el ángulo del afectado.

Sin duda el caso Delfi pone sobre la mesa una discusión profunda con muchas líneas de desarrollo e investigación que devienen de los elementos esenciales de este fenómeno: la necesaria implementación de sistemas más complejos para el monitoreo de

comentarios, la definición del papel del intermediario en el control de la información, el rol de los autores de los comentarios, el esclarecimiento del marco jurídico aplicable en estos casos, ¿cuál? ¿el del lugar donde se alojan los servidores, el del lugar donde se originan los comentarios o donde se leen?

Sin embargo lo trascendente de lo anterior, quizá una de las enormes implicaciones es la generada en la colisión del futuro de la responsabilidad civil de los portales de internet frente al tema del anonimato *online*, esto dentro de un esquema de interrelación entre derechos constitucionales y responsabilidad²⁸.

Desarrollos recientes, por parte de actores en la escena internacional, abordan este aspecto que podría, de no ser atendido con detenimiento, dañar las libertades de Expresión y Opinión en la vida digital. El problema denominado “intermediary liability” o responsabilidad por parte de los intermediarios, ha sido abordado, aparejado a lo decidido en la sentencia Delfi, por diversos documentos de reciente factura, emitidos por autores internacionales especializados, los cuales argumentan la protección robustecida del anonimato y el establecimiento de reglas claras para su operación.

Primeramente. Si revisamos los esquemas de responsabilidad de los intermediarios, una muestra clara de la dimensión global del fenómeno, es que podemos enmarcar el caso y la discusión derivada de él, en uno de los dos indicados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁹, la cual se refiere a dos principalmente: Primero, responsabilidad objetiva, donde los intermediarios resultan responsables por los contenidos ilegítimos dados por terceros, esta diría la Comisión Interamericana es incompatible con estándares mínimos en materia de Libertad de Expresión, por diversas razones: el nivel de control sobre el factor de riesgo que ocasiona el daño; desincentiva la existencia misma de los intermediarios; es contraria al deber del Estado de favorecer un marco institucional de protección y garantía del derecho de recibir, buscar y difundir información y opinión libremente. Segundo, el sistema de inmunidad condicionada o responsabilidad subjetiva, calificado acorde con los parámetros de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al cumplimiento de mecanismos extrajudiciales de “notificación y retirada” donde se exige a los intermediarios la remoción de contenidos potencialmente ilícitos. El caso definitivamente se da en el desarrollo de

²⁸ *CFR*. Urs Gasser et all., Governance of Online intermediaries. Observations from a Series of National Cases Studies, Berkman Center for Internet and Society, Harvard University, Research Publication no 2015-5, 18 de febrero de 2015, p. 15. Consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566364

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, pp. 44-58. Consultable en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

estos esquemas, aunque más soportado por el segundo esquema ya que no era, como indicaría la CoED, totalmente neutral y sí con intereses sobre la publicidad de los mensajes.

En segundo lugar encontramos el informe de David Kaye³⁰ –Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas para la libertad de Opinión y Expresión- para el cual, la responsabilidad debe ponderar correctamente la encriptación y el anonimato en internet, los cuales son necesario para avanzar en materia de Derechos Humanos, especialmente la Libertad de Expresión. Lejos de imponer maneras de intervenir la privacidad y el anonimato, diría, estas libertades merecen una fuerte protección, porque así se permite a los individuos ejercer sus derechos de Opinión y Expresión en la era digital que vivimos.

Dice en el Reporte:

“Por su importancia a la Libertad de Expresión y Opinión, la restricción a la encriptación y anonimato debe estar estrictamente limitada de acuerdo con los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad”³¹

Ahora bien, afirmaría en específico sobre la responsabilidad de los intermediarios y la obligación de no adoptar un política de reducción del anonimato, que: “esta responsabilidad de los intermediarios puede resultar en una política de registro de nombres reales, lo que estaría socavando el anonimato, o la eliminación de la opción del posteo por parte de esos sitios web que no pueden permitirse implementar procedimientos de vigilancia, entonces dañando a los pequeños medios independientes”³².

Tercero. Los principios de Manila sobre la responsabilidad de los intermediarios, firmado por diversas organizaciones internacionales especializadas en Libertad de Expresión y Opinión. El 24 de marzo de 2015, dentro de los eventos del “RightsCon2015” en Manila, un grupo de organizaciones internacionales como EFF, Center for Internet Society y Article 19, tratando de dar claridad a una política pública sobre este fenómeno emergente, emitieron los principios de Manila³³, bajo el argumento de que la falta de una

³⁰ UN-Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/29/32, 22 de mayo de 2015. El objetivo principal de este primer reporte anual del relator, implicaba establecer dos relaciones: Primero, la protección de los derechos de privacidad, de opinión y expresión hacia las comunicaciones online, específicamente la encriptación y el anonimato, párr 3.. Consultable en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/CallForSubmission.aspx>

³¹ *Ibid.*, párr. 56.

³² Párr. 54.

³³ Ver: <https://www.manilaprinciples.org/principles>

normatividad clara sobre la responsabilidad de los intermediarios proveedores de servicios de internet, se traduce en censura y violación de los derechos de las personas, especialmente la libertad de Expresión y Opinión.

Estos principios pretenden, en ese sentido, ser un punto de partida para trabajar sobre la interacción entre gobierno-compañías y derechos humanos en este tema, buscando no dañar la Libertad de Expresión y potenciar la trascendencia que esta tiene en el desarrollo de las democracias actuales. A este fin, se plantearon 6 principios, a saber.

1. Los intermediarios deben estar protegidos de la responsabilidad generada por contenidos de terceras personas.

2. El contenido debe requerir ser restringido mediante una orden emitida por una autoridad judicial.

3. Los requerimientos para restringir el contenido deben ser claros, no ambiguos y seguir el debido proceso.

4. Las leyes y las órdenes de restricción de contenido y prácticas deben ser acordes con un test de necesidad y proporcionalidad.

5. Las leyes y las políticas de restricción de contenido y prácticas, deben respetar el debido proceso.

6. Las leyes y políticas de contenido y prácticas, deben estar construidas sobre principios de transparencia y responsabilidad.

Referencias bibliográficas.

CoEDH, Grand Chamber, *Delfi v Estonia* (*Application* no. 64569/09), 16 de junio de 2015, visible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105#>

COLLÍ EK, Víctor, “Libertad de Expresión o Responsabilidad? ¿Cuándo en el caso de portales sobre noticias, de acuerdo a la Corte Europea de Derechos Humanos? Análisis y lecturas actuales” en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 33, julio-diciembre 2015, pp. 195-210, consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/33/cj/cj8.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de Expresión e Internet*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, consultable en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

Convención Europea de Derechos Humanos, consultable en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

GASSER Urs et all., Governance of Online intermediaries. Observations from a Series of National Cases Studies, Berkman Center for Internet and Society, Harvard University, Research Publication no 2015-5, 18 de febrero de 2015, p. 15. Consultable en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566364

TERE, Johan, *Estonian Supreme Court ruled in favor of Leedo in the dispute against Delfi*, The Baltic Course, 10 de junio de 2009, (www.baltic-course.com) consultable en: <http://www.baltic-course.com/eng/Technology/?doc=14708>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, asunto Google Spain SL y Google Inc. Contra Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González (C-131/12), de 13 de mayo de 2014. Consultable en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>

UN-Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/29/32, 22 de mayo de 2015. Consultable en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/CallForSubmission.aspx>

Principios de Manila, consultable en: <https://www.manilaprinciples.org/principles>

Recepción: 27 de agosto de 2015.

Aceptación: 20 de noviembre de 2015.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN

JUSTICIABILITY OF ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS IN THE STATE OF YUCATAN JUDICIARY

Luis Alfonso MÉNDEZ CORCUERA*

RESUMEN: Los derechos económicos, sociales y culturales constituyen una amplia categoría de derechos humanos, tales como, salud, educación, seguridad social, sindicación, negociación colectiva, vivienda, alimentación, agua potable, identidad y diversidad cultural, entre otros, que reflejan un interés por la igualdad y que se basan en una perspectiva holística de los derechos ya que estos son indivisibles e interdependientes con los derechos humanos civiles y políticos. Las posibilidades de su justiciabilidad son amplias, pues el número de acciones posibles van desde una denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones positivas.

Palabras clave: Derechos Humanos. Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Justiciabilidad. Poder Judicial del Estado de Yucatán.

ABSTRACT: Economic, social and cultural rights encompassed a broad category of human rights such as health, education, social security, right of organization and collective bargaining, housing, food and potable water access, identity and cultural diversity, among others, which are based in equality and a holistic perspective since these rights are indivisible and interdependent with civil and political human rights. The possibilities of the justiciability are large since probable actions range from a complaint of

* Juez Tercero Mixto de lo Civil y Familiar del Primer Departamento Judicial del Estado, Doctor en Derecho, mendezcorcuera@yahoo.com.mx

breach of negative obligations to various forms of enforcement of negative obligations, up to the requirement of compliance of positive obligations.

Keywords: Human Rights. Economic, Social and Cultural Rights. Justiciability. Judiciary of the State of Yucatan.

I. INTRODUCCIÓN.

En un principio podría pensarse que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) está a cargo únicamente de los Juzgados Federales a través del Juicio de Amparo, lo que ha ocasionado un desconocimiento sobre su naturaleza jurídica y sus formas de protección por parte de diversos funcionarios en el Poder Judicial Estatal; sin embargo también pueden ser justiciables a través de los distintos órganos que lo conforman; por ejemplo, una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por alguna norma que limite un DESC; un juicio ordinario civil de responsabilidad civil subjetiva derivada de una negligencia médica; un embargo de sueldo en un ejecutivo mercantil derivado de la jurisprudencia de la Corte; una pensión alimenticia en base al salario mínimo; una causa penal emanada de una esterilización provocada; un juicio seguido ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa del Estado para solicitar la nulidad de algún acto del ejecutivo local que niegue o limite algún DESC, y ni que decir de los procedimientos ante el Tribunal de Trabajadores al Servicio del Estado, en el que su fin principal es la protección de los derechos sociales de los empleados estatales.

El desconocimiento de la materia por parte de los juzgadores, conlleva a que no exista una adecuada protección de los mismos, por lo que hay una necesidad de que conozcan su naturaleza jurídica así como sus formas de salvaguarda a fin de garantizar su justiciabilidad.

Ante tal situación, el presente ensayo tiene como objetivo explicar a los funcionarios que conforman el Poder Judicial del Estado de Yucatán respecto de la justiciabilidad de los DESC, para lograr su plena protección en dicho ámbito competencial, para ello, se comienza explicando en qué consisten los DESC, para luego analizar su justiciabilidad, para finalmente proporcionar algunas consideraciones que deben tomar en cuenta los juzgadores del Poder Judicial del Estado de Yucatán.

II. CONCEPCIÓN DE LOS DESC.

En primer término, resulta necesario comprender qué son los DESC, para luego poder analizar el deber que existe en cuanto a su justiciabilidad por los juzgadores locales, para proporcionar algunas herramientas que los ayude a realizar dicha labor.

Los DESC constituyen una amplia categoría de derechos humanos, tales como, salud, educación, seguridad social, sindicación, negociación colectiva, vivienda, alimentación, agua potable, identidad y diversidad cultural, entre otros, que reflejan un interés por la igualdad y que se basan en una perspectiva holística de los derechos ya que estos son indivisibles e interdependientes con los derechos humanos civiles y políticos. Reflejan una preocupación por los aspectos comunales o colectivos de la personalidad, desde la familia hasta el entorno social y económico más amplio en el que estamos ubicados, y principalmente su dimensión cultural, y protegen derechos que apuntan a establecer un orden social y económico justo.³⁴

Corresponden a la segunda generación de derechos humanos, que surge como consecuencia de las desigualdades sociales y económicas que existían por la falta de equidad entre los ciudadanos, que conllevaba que los derechos civiles y políticos no pudieran hacerse efectivos. De ahí que su valor a proteger es la igualdad y tiene como finalidad garantizar que todos tengan las condiciones que les permitan ejercer y hacer efectivos los derechos de primera generación.³⁵

III. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC.

La justiciabilidad de los DESC implica la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho.

No obstante este deber, su ejercicio se ha visto obstaculizado por cuanto los instrumentos que establecen DESC son erróneamente considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, como es el caso de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos. De acuerdo a esta visión,

³⁴ Aguilar Caballo, Gonzalo, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Sociales", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, enero de 2010, p. 6

³⁵ González Contró, Mónica y otros, *Introducción a los Derechos Humanos y las Obligaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos*, México, Flacso-México, 2011, p. 14

estos últimos son los únicos derechos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, siendo exigibles judicialmente.³⁶

Uno de los argumentos para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los DESC, radica en el supuesto carácter de obligaciones negativas del primer género de derechos, mientras que la segunda generación implica el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deben solventarse con recursos del erario público. De acuerdo a esta posición, las obligaciones negativas se agotarían en un no hacer por parte del Estado: no detener arbitrariamente a las personas, no aplicar penas sin juicio previo, etc., por el contrario, la estructura de los DESC se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. En primer caso, bastaría con limitar la actividad del Estado, prohibiéndole su actuación en algunas áreas. En el segundo, el Estado debería necesariamente erogar recursos para llevar a cabo las prestaciones positivas que se le exigen.³⁷

Sin embargo no es así, pues para el respecto de los derechos civiles y políticos, tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho de asociación, el derecho de elegir y ser elegido, conllevan la obligación de crear las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado, como es la existencia y mantenimiento de tribunales, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etc.; por lo tanto, estos derechos también conllevan a serie de obligaciones positivas que sobrellevan a una erogación de recursos del Estado³⁸

En este sentido, las diferencias entre derechos civiles y políticos y los DESC son diferencias históricas, más que diferencias sustanciales, y si bien es cierto que en estos últimos resulta más fácil identificar las obligaciones positivas o de hacer, y que por ello se los denomina "derechos-prestación"; no obstante, también implican obligaciones negativas o de no hacer, como sería en el caso del derecho a la salud la obligación estatal de no dañarla; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no

³⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 139.

³⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", *op. cit.* nota 4, pp. 140 y 141.

³⁸ *Ibidem*, p. 142.

destruir el patrimonio cultural; en consecuencia, estos derechos también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas sean más identificables.³⁹

El debilitamiento de la mencionada distinción, pone también en duda la principal objeción contra la caracterización de los DESC como derechos exigibles. De acuerdo a esta objeción, la fuerza vinculante, la exigibilidad, o bien la propia "justiciabilidad" de los DESC resulta dudosa ya que la satisfacción de éstos depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado. Es la denominada "condicionante económico", relativizan a la universalidad de estos derechos, condenándolos a ser "derechos de segunda categoría". Sin embargo, como se ha señalado es incorrecta la objeción de considerar a los DESC como derechos que establecen exclusivamente obligaciones positivas,⁴⁰ aunado a que las obligaciones positivas no solamente se agotan con disponer partidas presupuestarias, pues también pueden ser satisfechas con otros medios, como es crear marcos regulatorios para su exigibilidad o para instaurar sanciones a sus limitaciones, también pueden satisfacerse con apoyo de la iniciativa privada a través de diversos incentivos.

Como puede verse, el complejo de obligaciones que pueden caracterizar un derecho es sumamente variado, por cuanto cada tipo de obligación ofrece un amplio número de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones positivas.⁴¹

Si bien los principales DESC han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos derivados de la errónea consideración de documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, así como la indebida preferencia existente hacia los derechos humanos civiles y políticos que impiden la adecuada justiciabilidad de los primeros.

No obstante la problemática antes señalada, consta un deber de los Poderes Judiciales en la protección en los DESC, máxime si tomamos en cuenta el nuevo paradigma del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, que impacta en su justiciabilidad, pues existen múltiples tratados y resoluciones que establecen parámetros

³⁹ *Ibídem*, p. 143.

⁴⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", *op. cit. nota 4*, p. 149.

⁴¹ *Ibídem*, p. 152.

acerca de estos derechos humanos, y por lo tanto, son de observancia obligatoria para los juzgadores locales.

IV. CONSIDERACIONES QUE DEBEN TOMAR LOS JUZGADORES DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE YUCATÁN.

Podría pensarse que la justiciabilidad de los DESC está a cargo únicamente de los Juzgados Federales a través del Juicio de Amparo; sin embargo también pueden ser justiciables a través de los distintos órganos que conforman el Poder Judicial del Estado de Yucatán; por ejemplo, una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por alguna norma que limite un DESC; un juicio ordinario civil de responsabilidad civil subjetiva derivada de una negligencia médica; un embargo de sueldo en un ejecutivo mercantil derivado de la jurisprudencia de la Corte; una pensión alimenticia en base al salario mínimo; una causa penal emanada de una esterilización provocada; un juicio seguido ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa del Estado para solicitar la nulidad de algún acto del ejecutivo local que niegue o limite algún DESC, y ni que decir de los procedimientos ante el Tribunal de Trabajadores al Servicio del Estado, en el que su fin principal es la protección de los derechos sociales de los empleados estatales.

Sin embargo, existe un desconocimiento del tema por parte de los juzgadores locales debido a considerarlos como documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, así como la indebida preferencia existente hacia los derechos humanos civiles y políticos, lo que conlleva que no haya una adecuada protección de los mismos, por lo que concurre la necesidad de que estos funcionarios conozcan su naturaleza jurídica así como sus formas de protección.

Por lo antes expuesto, es necesario que el Juez local tome en consideración los siguientes aspectos en casos que involucren estos derechos:

A) Conozcan y apliquen los instrumentos y resoluciones que existen en sede internacional.

Siendo la instancia internacional subsidiaria, parece razonable que los tribunales locales tengan en consideración las opiniones de los organismos internacionales que

juzgarán eventualmente la conformidad de las prácticas estatales con las disposiciones de los respectivos tratados.⁴²

El principal instrumento internacional protector de estos derechos es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene algunas de las disposiciones jurídicas internacionales más importantes para el establecimiento de aquellos derechos, comprendidos los relativos al trabajo, la salud, la vivienda, alimentación, entre otros.⁴³

El cumplimiento por los Estados Parte de las obligaciones que les impone el Pacto y el grado de efectividad de los derechos y las obligaciones en cuestión son vigilados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Este Comité realiza su labor basándose en muchas fuentes de información, entre ellas informes presentados por los Estados Parte e información suministrada por organismos especializados de las Naciones Unidas tales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat) y otras. Además recibe información de organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias de base que actúan en los Estados que han ratificado el Pacto, de organizaciones internacionales de derechos humanos y de otros órganos de las Naciones Unidas creados mediante tratados, además de acudir a la literatura de conocimiento público.⁴⁴

Sus Observaciones Generales ha sido de fundamental importancia para la efectividad de los DESC, por cuanto establecen parámetros que sirven de referente para los Estados, y por ende, para el juzgador e inclusive para los demás funcionarios judiciales, como sería el caso de los actuarios que al diligenciar una fuerza pública para desalojar una persona, pueden seguir los lineamientos establecidos en la Observación General N° 7 “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), los desalojos forzosos”, aprobado en 1997 por el Comité de DESC, en el 16º período de sesiones.

También es necesario el conocimiento de la jurisprudencia internacional, que brinda importantes lineamientos a seguir, sobre todo la emitida por la Corte Interamericana de

⁴² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los Derechos Sociales, como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2009, p. 87.

⁴³ González Contró, Mónica y otros, *Introducción a los Derechos Humanos y las Obligaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos*, México, Flacso-México, 2011, p. 15.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 16.

Derechos Humanos que puede resultar de aplicación obligatoria de acuerdo a la contradicción de tesis 293/2011,⁴⁵ como son las sentencias de fecha 24 de agosto de 2010, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay en la cual se analizó la falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek y sus miembros, ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, sin que hasta la fecha se hubiera resuelto satisfactoriamente, lo que significó no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, educativa médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma;⁴⁶ otra sentencia importante es la emitida en fecha 8 de septiembre de 2005, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, en donde el Estado, a través de sus autoridades del Registro Civil, negó a las niñas Yean y Bosico la emisión de sus actas de nacimiento, a pesar de que ellas nacieron en el territorio del Estado y de que la Constitución de la República Dominicana establece el principio del *ius soli* para determinar quiénes son ciudadanos dominicanos. Por lo anterior, las niñas estuvieron en una situación de continua ilegalidad y vulnerabilidad social, que ha implicado la falta de acceso a servicios básicos de salud y educación.⁴⁷

B) Tomen en cuenta las obligaciones derivadas del artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta el artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el deber de todas las autoridades, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, obligaciones que también se aplican a los DESC y cuyo incumplimiento puede derivar en un reclamo judicial.

Para ejemplificar dichas obligaciones, utilizaremos el derecho a la alimentación adecuada, en donde del deber de promover se encontrarían medidas encaminadas a la

⁴⁵ Vid. Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2006225, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 204.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C. No. 214.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C. No. 130.

implementación de programas de adiestramiento de los campesinos con el objeto de mejorar los métodos de producción y la productividad del sector agrícola.

En este sentido, de la obligación de respetar el derecho a una alimentación adecuada, implicaría que el Estado no debe expropiar tierras a aquella población para la cual el acceso a ese recurso constituya la única o principal forma de asegurar su alimentación.

De la obligación estatal de proteger el derecho incluye el deber de prevenir que las personas resulten privadas de sus recursos básicos para satisfacer sus necesidades de alimentación, por otras personas.

De la obligación de garantizar el derecho a la alimentación requiere que el Estado adopte medidas en el caso de que algunos miembros de su población acrediten que son incapaces de proveerse alimentos en suficiente cantidad y calidad.

C) Comprendan las obligaciones genéricas que tienen los Estados sobre los DESC.

Otro punto importante para la judicialización de los DESC, consiste en que el Juez entienda las obligaciones genéricas que tienen los Estados sobre estos derechos, como son: a) Obligación de adoptar medidas inmediatas; b) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; c) Obligación de no regresividad y prohibición de regresividad.⁴⁸

De la Obligación de adoptar medidas inmediatas, se puede mencionar que el Estado debe usar al máximo los recursos disponibles para lograr la total efectividad de los derechos, siendo que para alcanzar la meta se deben utilizar los medios apropiados para ello, como son: adecuación del marco legal, relevamiento de información y formulación de plan, provisión de recursos efectivos, etc.⁴⁹

Esta última obligación, es la que nos interesa por su estrecha relación con la función judicial, pues a decir del Comité de DESC en su Observación General 3:

entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de

⁴⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" *loc. cit.*, nota 4, p 186.

⁴⁹ *Ibidem*, p 186.

manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos.⁵⁰

Los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos para reparar violaciones de derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Eso significa que no basta con los recursos previstos para resarcir la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteamiento adecuado del caso. Como se señaló en párrafos anteriores, uno de los obstáculos a la judiciabilidad de los DESC reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos.

Asimismo, el Comité a través de distintas Observaciones Generales ha dado pautas sobre qué recursos jurídicos son necesarios para garantizar los DESC, un ejemplo de ello, es en el caso del derecho a la vivienda adecuada, en donde este Organismo indicó los recursos jurídicos internos que son acordes al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.⁵¹

En cuanto a la Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos, existe una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos, la cual debe darse aún en periodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, aprobada el 14 de diciembre de 1990, punto 5.

⁵¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, aprobada en el 6 período de sesiones, 1991, punto 17.

o por otros factores, el Estado debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. De tal modo que no sólo concurre un mínimo esencial de protección de cada uno de los derechos, sino un sector de la población que representa el mínimo de ciudadanos que debe recibir, aun durante la crisis, la protección del Estado en relación a sus derechos económicos y sociales

Los Principios de Limburgo y los Principios de Maastricht admiten que para la evaluación del cumplimiento de los DESC debe tomarse en cuenta los recursos económicos del Estado; sin embargo sólo pueden atribuir su no cumplimiento de obligaciones mínimas a la falta de recursos, si logran demostrar que han realizado todo el esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de recursos disponibles a su alcance en pos de satisfacer, con carácter prioritario esas obligaciones; es decir, los Estados tienen la carga de la prueba ante su incumplimiento basado por motivos económicos, situación que también puede extenderse cuando el Gobierno señale otro tipo de pretextos.⁵²

Asimismo, el Comité de DESC en su Observación General número 3, estableció que hay una obligación mínima de los Estados de asegurar por lo menos niveles esenciales de cada uno de los DESC, lo que constituye un punto de partida que debe darse hacia su plena efectividad. En algunos casos implicará algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción no alcance los mínimos exigibles, y en otros, sólo se requerirá conservar la situación, no retroceder. En este sentido, un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud, de abrigo y vivienda básicos o de las formas básicas de vivienda, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones.⁵³

Dichos niveles mínimos, resultan de suma importancia para la labor judicial, pues constituyen el parámetro a revisar en caso de una reclamación en sede judicial, por ello es necesario que el juzgador conozca las principales Observaciones Generales que establecen los mínimos esenciales de cada uno de los DESC, que a manera enunciativa son: la “Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”; “Observación General 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)”; “Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del

⁵² Cfr. Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados el 28 de septiembre de 2011, por la Universidad de Maastricht y la Comisión Internacional de Juristas, principios 25-28// Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados el 6 de junio de 1986, por la ONU, OIT, la Comisión Internacional de Juristas, y otros, principio 10.

⁵³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, aprobada el 14 de diciembre de 1990, punto 10.

Pacto)”; “Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”; “Observación general N° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”; “Observación general N° 18. El derecho al Trabajo (artículo 6 del Pacto)”; Observación General N° 19. El derecho a la seguridad social (artículo 9)”; “Observación General N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto)”; etc.⁵⁴

Otra obligación que debe tomarse en cuenta, es la de progresividad y prohibición de regresividad establecidas en el artículo 2.1 del Pacto Internacional del DESC, la primera tiene dos aspectos, pues por un lado, existe el reconocimiento de que una satisfacción plena de los derechos señalados en el citado Pacto, supone una cierta gradualidad; y por el otro, el progreso, consistente en la obligación de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos. Respecto a la prohibición de regresividad, concurre una proscripción de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los DESC, salvo que tengan como fin aumentar la igualdad y mejorar su realización para los grupos más vulnerables.⁵⁵

De estas obligaciones deviene que los DESC al igual que los Derechos Civiles y Políticos son justiciables, por lo que hay la posibilidad de su reclamo judicial, pues la obligación de no regresividad constituye uno de los parámetros de las medidas adoptadas por el Estado que resulta directamente aplicable al Poder Judicial, pues la vulneración a la no regresividad representa una limitación a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a la Constitución, en donde existe una obligación de veda para el Legislador en la derogación o reducción de estos Derechos, y que compone para el ciudadano una garantía para el mantenimiento de su goce y disfrute .⁵⁶

D) Utilicen el “test de razonabilidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otra herramienta relevante para analizar una restricción a los DESC así como cualquier otro derecho fundamental, es el “test de razonabilidad”, el cual es utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los párrafos 175- 2005 de la sentencia

⁵⁴ Dichas Observaciones Generales pueden ser consultadas en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

⁵⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los Derechos Sociales, como derechos exigibles*, op. cit. nota 10, pp. 93 y 94

⁵⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los Derechos Sociales, como derechos exigibles*, op. cit. nota 10, p. 95.

de 6 de agosto de 2008 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, y que al ser aplicado en una sentencia condenatoria a nuestro país, resulta de observancia obligatoria para todos los juzgadores nacionales.

Dicho test consiste en una serie de pasos para evaluar si una restricción a un derecho humano establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado. El primer paso es verificar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad; es decir, la reserva debe estar señalada en la ley. El segundo límite consiste en la finalidad de la medida; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas autorizadas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras) o bien, en las normas que disponen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32). El tercer paso se denomina “necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva”, y consiste en que para una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser ineludible para una sociedad democrática, para lo cual se debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) proporcionalidad respecto del interés que se justifica y se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.⁵⁷

E) Apliquen la inversión probatoria en categorías sospechadas.

Otra pauta útil para la interpretación judicial, es la inversión probatoria en categorías sospechadas, la cual si bien tiene su origen en la protección de minorías y grupo en estado de vulnerabilidad, resulta perfectamente aplicable para la protección de los DESC, como podría ser alguna norma que establezca alguna diferencia en la prestación de servicios médicos a la población indígena. Esta herramienta consiste que una vez acreditado por el demandante el empleo en una norma jurídica de una categoría recelada de discriminatoria (sexo, raza, religión, etc.), como criterio para hacer una distinción legal, la carga de la prueba se invierte y corresponde al Estado la justificación de que dicha

⁵⁷ Cfr. CIDH, *Caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C. No. 184, párr. 175-205.

medida tiene motivos objetivos y razonables que justifiquen la diferenciación de trato, ello se debe a que existe una presunción de ilegitimidad de la norma por contravenir el principio de no discriminación.⁵⁸

V. CONCLUSIONES.

De lo anterior podemos concluir que, los DESC constituyen una amplia categoría de derechos humanos, tales como, salud, educación, seguridad social, sindicación, negociación colectiva, vivienda, alimentación, agua potable, identidad y diversidad cultural, entre otros, que reflejan un interés por la igualdad y que se basan en una perspectiva holística de los derechos ya que estos son indivisibles e interdependientes con los derechos humanos civiles y políticos.

La justiciabilidad de los DESC implica la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho. No obstante este deber, hay un desconocimiento del tema por parte de los juzgadores locales debido a considerarlos como documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para el Estado, así como la indebida preferencia existente hacia los derechos humanos civiles y políticos, lo que conlleva que no haya una adecuada protección de los mismos, por lo que concurre la necesidad de que estos funcionarios conozcan su naturaleza jurídica así como sus formas de protección

Sin embargo, estos derechos implican una serie de obligaciones positivas y negativas por parte de los Estados, que ante su incumplimiento se abre la posibilidad de su justiciabilidad ante los jueces del Poder Judicial del Estado de Yucatán, por ello resulta importante que estos estén conscientes de los deberes que tiene México respecto a ellos. Por ello, se propone a manera enunciativa, más no limitativa, algunas consideraciones que deben tomar los juzgadores del Poder Judicial del Estado de Yucatán:

- a) Conozcan y apliquen los instrumentos y resoluciones que constan en sede internacional (ejemplo: sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 24 de agosto de 2010, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay; sentencia del citado Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2005, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana), en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la labor de su Comité.

⁵⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los Derechos Sociales, como derechos exigibles*, Op. cit. nota 10, p. 103.

- b) Tomen en cuenta el artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el deber de todas las autoridades, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, obligaciones que también se aplican a los DESC y cuyo incumplimiento puede derivar en un reclamo judicial.
- c) Comprendan las obligaciones genéricas que tienen los Estados sobre los DESC, como son: a) Obligación de adoptar medidas inmediatas; b) Obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; c) Obligación de no regresividad y prohibición de regresividad.
- d) Utilicen el “test de razonabilidad” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que al ser aplicado en una sentencia condenatoria a nuestro país, resulta de observancia obligatoria para todos los juzgadores nacionales. Este Test consiste en una serie de pasos para evaluar si una restricción a un derecho humano establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado.
- e) Empleen la inversión probatoria en categorías sospechadas, la cual si bien tiene su origen en la protección de minorías y grupo en estado de vulnerabilidad, puede perfectamente invocarse para la protección de los DESC, como podría ser alguna norma que establezca alguna diferencia en la prestación de servicios médicos a la población indígena.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en Carbonell, Miguel, Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales, como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2009.
- AGUILAR CABALLO, Gonzalo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Sociales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, enero de 2010.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C. No. 130
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, aprobada el 14 de diciembre de 1990.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, aprobada en el 6 período de sesiones, 1991.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman vs. México, sentencia de 6 de agosto de 2008 (*excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*), serie C. No. 184.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C. No. 214
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica y otros, *Introducción a los Derechos Humanos y las Obligaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos*, México, Flacso-México, 2011.
- Principios de Limburgo sobre la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados el 6 de junio de 1986, por la ONU, OIT, la Comisión Internacional de Juristas y otros.
- Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados el 28 de septiembre de 2011, por la Universidad de Maastricht y la Comisión Internacional de Juristas.
- Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 2006225, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 204

Recepción: 12 de octubre de 2015.

Aceptación: 15 de diciembre de 2015.

EL IMPACTO DEL COMERCIO INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

THE IMPACT OF INTERNATIONAL TRADE UNDER THE INFLUENCE OF THE GLOBAL ECONOMY

El comercio cambia el destino y el genio de las naciones **Thomas Gray**

Alma de los Ángeles RÍOS RÚIZ*

RESUMEN: El objetivo consiste en analizar cómo en las últimas décadas, la economía mundial ha experimentado un rápido crecimiento en el contexto de la globalización y del libre comercio que ha contribuido a la aceleración del comercio internacional, con la finalidad de demostrar como en la mayoría de las economías se han abierto al libre mercado con una política de apertura comercial para aprovechar al máximo las oportunidades de desarrollo económico que éste ofrece.

La economía mundial ha comenzado nuevamente una transición. Las economías avanzadas se están fortaleciendo gradualmente. Al mismo tiempo, el crecimiento en los sistemas de mercados emergentes se ha desacelerado. Esta confluencia está generando tensión, y las economías emergentes se enfrentan al doble reto de la desaceleración del crecimiento y el endurecimiento de las condiciones financieras mundiales.

Palabras claves: Liberación comercial, crecimiento económico, economía mundial, comercio internacional, procesos de integración económica.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze how in recent decades, the global economy has experienced a rapid growth regarding globalization and free trade which has contributed to the acceleration of international trade, demonstrating that that a significant number of states have opened their economies to free market policies to maximize economic development.

* Profesora de Tiempo Completo "C" Definitiva, de la Facultad de Derecho de la UNAM, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). alma_rios_r@hotmail.com

Therefore, the global economy has begun a new transition. Advanced economies are gradually strengthening. At the same time, growth in emerging markets has decelerated. This confluence is generating tension and consequently, emerging economies face the dual challenge of slowing growth and tightened global financial conditions.

Keywords: trade liberalization, economic growth, global economy, international trade, economic integration processes.

Introducción.

Los cambios mundiales en el escenario internacional han provocado una economía internacional redefinida y reestructurada con el motor galopante de la globalización capitalista.

El mapa internacional actual es complejo y multipolar, al analizar el desarrollo de la economía mundial, es evidente la importancia que tienen las relaciones comerciales a nivel planetario, con un profundo significado, a tal grado que no se puede hablar tan sólo de intercambio de bienes sino de programas de integración. El comercio internacional es el intercambio de bienes económicos que se efectúa entre dos o más naciones, de tal manera, que se dé origen a salidas de mercancía de un país (exportaciones) y entradas de mercancías (importaciones) procedentes de otros países.

En un mundo globalizado, el aumento del comercio internacional puede incrementar el crecimiento, pero para asegurar este objetivo y aprovechar mejor el potencial del comercio internacional los gobiernos necesitan promover una estrategia de inserción internacional a través de innovación, competitividad, desarrollo productivo y capacitación. Las políticas de los gobiernos deben poner énfasis en la integración regional como una clave para mejorar la competitividad en el desarrollo comercial.

1. La liberalización comercial.

Desde la revolución industrial de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, el mundo ha experimentado varias etapas fundamentales de desarrollo económico, cada una de ellas acompañada de una expansión igualmente importante del comercio internacional y caracterizado por una recuperación del crecimiento más rápida que la del ciclo anterior.

En una primera etapa, en la segunda mitad del siglo XIX, se produjo el despegue industrial de Europa y América del Norte, que dejaron atrás al resto del mundo, al mismo tiempo, ampliaron el alcance de su comercio. Tras la Segunda Guerra Mundial se inició

una segunda etapa, favorecida en los años de la posguerra por la reapertura gradual del comercio tras su colapso durante el período de entreguerras, en la cual el Japón y otras economías recientemente industrializadas se pusieron rápidamente a la altura del mundo occidental, cuyo crecimiento también se aceleraba. La etapa final, más amplia es la iniciada a partir del decenio de 1980 con la apertura de algunas economías, incluidas las de China e India, que han emprendido el proceso de recuperación industrial más rápido experimentado hasta la fecha.

1.1 La primera etapa: la industrialización.⁵⁹

La revolución industrial tuvo comienzos modestos. Aunque Gran Bretaña fue el primer país industrializado, ventaja debida en parte a su acceso a vastos mercados coloniales extranjeros y su pronta adopción del libre comercio, su crecimiento económico inferior al 1% anual durante la primera mitad del siglo XIX fue poco importante en comparación con los niveles alcanzados posteriormente. Entre 1870 y 1913, el Producto Interno Bruto (PIB) mundial por habitante aumentó a un ritmo del 1,3% anual, en comparación con el 0,5% entre 1820 y 1870 y el 0,07% entre 1700 y 1820.⁶⁰

El comercio, cuya expansión fue cuatro veces más rápida que la producción mundial, constituyó una fuerza decisiva de crecimiento económico y difusión tecnológica a lo largo de ese período, sobre todo debido a las innovaciones introducidas en el transporte y las comunicaciones (barcos de vapor, ferrocarriles, cables telegráficos, entre otros), pero también a la propagación de las políticas de apertura del comercio y cambiarias.

La combinación de cambios tecnológicos, la apertura del comercio y migraciones masivas impulsaron un período de extraordinaria integración económica. La participación del comercio en la producción aumentó de modo constante y pasó del 1% en 1820 al 7,6% en 1913, nivel nunca superado hasta el decenio de 1960.⁶¹

Con la llegada de los buques de vapor y los ferrocarriles, los centros industriales del mundo tuvieron repentinamente acceso a una gran diversidad de productos básicos, al tiempo que las nuevas manufacturas empezaron a inundar los mercados mundiales. El comercio transoceánico de cereales, metales, textiles y otros productos básicos a granel, así como de productos manufacturados, se hizo cada vez más frecuente en la segunda

⁵⁹ "Informe sobre el Comercio Mundial 2014", *Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*, pp.20-25 en https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/world_trade_report14_s.pdf consultada el 12 de septiembre de 2015.

⁶⁰ Maddison, A., *The World Economy: A Millennial Perspective*, París, Publicaciones de la OCDE, 2001, p. 38.

⁶¹ *Ídem*.

mitad del siglo XIX. El comercio mundial y la estabilidad de los tipos de cambio favorecieron las salidas masivas de capital extranjero durante ese período.

Posteriormente, el período de entreguerras tuvo como efecto el estancamiento del desarrollo económico en muchas regiones, en el caso de Europa, su retroceso. La economía mundial creció a un ritmo mucho más lento que durante el período 1870-1913, el comercio mundial prosperó mucho menos que los ingresos mundiales, y el grado de desigualdad entre regiones siguió aumentando.⁶²

La primera guerra mundial fue un desastre, la guerra causó un descenso del PIB en la mayoría de los países de Europa Occidental, que fue más acusado en Bélgica, Francia y Austria. En Europa Occidental, los niveles del PIB anteriores a la guerra no se recuperaron hasta 1924. La oleada de proteccionismo comercial desatada por el incremento arancelario de los Estados Unidos, exacerbada por la caída de los precios de las importaciones, dio lugar a la reducción del volumen del comercio mundial en más de la cuarta parte durante los años siguientes; su nivel máximo de 1929 no volvió a alcanzarse hasta 1950.

El cambio de coyuntura económica fue más grave en los Estados Unidos, debido al hundimiento de su sistema financiero, pero los efectos de la depresión se sintieron en toda Europa y América. El PIB mundial descendió más durante la depresión que durante la primera guerra mundial. Al socavar la cooperación internacional y espolear los regímenes militaristas de Alemania, Italia y el Japón, la depresión sentó también las bases para el estallido de la segunda guerra mundial.

1.2 La segunda etapa de desarrollo: la “edad de oro” del crecimiento.

Tras la Segunda Guerra Mundial hasta comienzos del decenio de 1970, el PIB mundial creció a un ritmo del 4,9% anual y el comercio mundial registró una expansión aún más extraordinaria del 7% anual. Los Estados Unidos de América (EUA), con una tasa de crecimiento superior al 2,5% anual, consolidaron su posición como líder económico e industrial mundial, pero los países europeos lograron tasas de crecimiento incluso más elevadas que pusieron de manifiesto su gran potencial de recuperación tras la depresión, guerra y equiparación con los avances tecnológicos de los EUA; sin embargo, el acontecimiento económico más llamativo de la edad de oro fue el rápido evolución de los países nuevamente industrializados del Asia Oriental.

⁶² *Ídem.*

Entre 1950 y 1973, el Japón, “milagro” de economía en desarrollo de esa época, creció a un asombroso ritmo medio del 10% anual. Su imparable ascenso basado en las exportaciones constituyó un modelo para el crecimiento posterior de Asia. Otros “tigres” asiáticos, tales como el Taipei Chino; Hong Kong, China; y Singapur, avanzaron también a un ritmo similar y sin precedentes. Como resultado, no sólo se produjo una expansión del “núcleo” industrial, sino que se amplió aún más la diferencia entre el mundo rico y el mundo pobre preindustrial.

América Latina, que había tenido mejores resultados que cualquier otra región durante los años de entreguerras, registró también un crecimiento más moderado durante esta época, en parte debido a sus regímenes comerciales más restrictivos.

1.3 La tercera etapa: un nuevo orden económico internacional.

En la época de la posguerra se produjo un rápido retorno a la expansión del comercio, debido en gran parte al nuevo orden económico internacional establecido después de la guerra⁶³ y basado en el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁶⁴ y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que apoyaron el restablecimiento gradual del comercio abierto tras su desaparición en los años de entreguerras.

Aunque la escisión de la Guerra Fría destruyó la ambición forjada durante el período de guerra de crear un sistema económico universal, esa escisión aunada a los problemas de seguridad planteados por ella reforzaron la solidaridad y cooperación dentro de la alianza occidental, alentaron a los países a mantener bajo control los conflictos económicos, así como las políticas de empobrecimiento del vecino que habían resultado tan desastrosas en el decenio de 1930.

⁶³ Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, “La Organización Mundial del Comercio (OMC)”, en el siglo XXI, *Amicus Curiae*, México, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho, UNAM, p.1 en: www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/ consultada el 13 de septiembre de 2015.

⁶⁴ Con el surgimiento de la ONU, se crearon diversos organismos especializados con el objetivo de promover niveles de vida más elevados así como progreso y desarrollo social, tal es el caso del tratado multilateral denominado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) creado en 1947, teniendo como objetivo: regular el comercio internacional, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas entre sus miembros, bajo principios fundamentales como comercio sin discriminación y arancel aduanero. El funcionamiento del GATT se desarrollaba a partir de la aplicación los códigos de conducta que regulaban el comercio internacional así como en reuniones periódicas de los estados miembros, en las que se realizan negociaciones tendentes a la reducción de aranceles, según el principio de reciprocidad. Las negociaciones se hacen miembro a miembro y producto a producto, mediante la presentación de peticiones acompañadas de las correspondientes ofertas.

Desde la creación del GATT en 1947, el sistema de intercambio mundial se ha beneficiado de la liberalización multilateral y regional, resultado de la Ronda Uruguay en 1994 se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC), encargada de administrar el progresivo número de acuerdos comerciales multilaterales. La integración a la economía mundial es una estrategia comercial para el crecimiento económico internacional. En las dos últimas décadas, el comercio mundial ha registrado un crecimiento importante en la economía.

El objetivo primordial de la OMC⁶⁵ es ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables⁶⁶.

Esto significa en parte la eliminación de obstáculos, así como asegurar que los particulares, las empresas y los gobiernos conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio en todo el mundo, dándoles la seguridad de que las políticas no sufrirán cambios abruptos⁶⁷.

La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentar el comercio. Esas trabas incluyen los derechos de aduana (o aranceles) medidas tales como las prohibiciones de las importaciones, o los contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas.

La liberalización del comercio por medio de acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales ha estado orientada al comercio de bienes y servicios, lo cual ha generado mayor necesidad de viajes de negocios acompañados de apertura comercial.

A través de acuerdos comerciales y los bloques de integración económica⁶⁸ se ha generado un contexto favorable tanto para el comercio internacional como para el

⁶⁵ La Organización Mundial del Comercio mejor conocida por sus siglas OMC fue el resultado de las negociaciones entre algunos países llevadas a cabo en la Ronda de Uruguay, de 1986 a 1994. El objetivo era superar los inconvenientes y deficiencias presentadas en el GATT (General Agreement on Trade and Tariffs) creado desde 1947. Uno de los principales objetivos era incluir en la OMC aspectos importantes en el desarrollo del comercio y de los países menos desarrollados, tales como los productos agrícolas y textiles que no estaban incluidos en los temas primordiales tratados por el GATT. Otro objetivo era la creación de una organización eficaz que de una vez por todas se encargara de todas las normas regulatorias del comercio internacional, resolución de controversias y que funcionara como un forum para las negociaciones comerciales internacionales, pues ya antes la Internacional Trade Organization (ITO) había dejado en claro las dificultades para la normalización del comercio mundial. Es pues como en 1994 surge la OMC tras ocho años de negociaciones, supliendo a lo que fue en su tiempo el GATT y asumiendo a su vez las funciones de éste último incluyéndolas como parte de un programa en la OMC.

⁶⁶ *Ibidem.*, p.2

⁶⁷ *Entender la OMC*, Organización Mundial del Comercio, División de Información y Relaciones Exteriores, Suiza, 2015, pp. 10-12 en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/understanding_s.pdf consultada el 13 de septiembre de 2015.

⁶⁸ La integración económica es un proceso constante que armoniza lo económico, social, político; surgiendo una interdependencia entre países o sectores económicos, formalizado en instituciones creadas para coordinar políticas e instrumentos de desarrollo que permitan mejorar el nivel de vida de sus miembros. Los

desarrollo económico mundial, pues por una parte se suelen eliminar las barreras y por la otra reducir la protección aduanera⁶⁹.

Los procesos de liberalización del comercio de bienes y servicios se acompañan de los principios y obligaciones generales de trato nacional, nación más favorecida, acceso a los mercados, transparencia, entrada temporal de personas de negocios, entre otros, disposiciones sectoriales en servicios de transporte, comunicaciones, profesionales, que permitirán suprimir en forma gradual las barreras y obstáculos al comercio internacional de servicios y posibilitar el acceso pleno, equitativo e igualitario a las empresas y proveedores de servicios extranjeros a los mercados nacionales.

2. El crecimiento económico y la economía mundial.

El crecimiento mundial sigue siendo moderado, con perspectivas desiguales entre los principales países y regiones. Según las proyecciones, alcanzará 3,5% en 2015, cifra que coincide con los pronósticos de la Actualización de enero de 2015 de Perspectivas de la economía mundial (informe WEO, por sus siglas en inglés). En comparación con el año pasado, las perspectivas de las economías avanzadas están mejorando; entre tanto, el crecimiento en las economías de mercados emergentes y en desarrollo sería más bajo, principalmente como consecuencia del deterioro de las expectativas de algunas economías de mercados emergentes grandes y de los países exportadores de petróleo.⁷⁰

De acuerdo al Fondo Monetario Internacional (FMI), la economía mundial creció un 3,3% en 2014, tasa similar a la de 2013, véase cuadro 1. El comercio mundial ascendió tan sólo un 3,1% frente al 3,4% de 2013 y al 4,5% esperado a principios de año, de forma que la elasticidad aparente del comercio con respecto al PIB mundial volvió a ser inferior a la derivada de la relación histórica entre ambas variables, véase gráfica 1.

procesos de integración persiguen la creación de espacios económicos y geográficos más amplios que los nacionales mediante el acceso asegurado a los mercados de bienes finales e intermedios de factores de producción y tecnología de los países participantes en un acuerdo de esta naturaleza. Dicho proceso por las características que va desplegando se puede encuadrar en etapas o niveles de integración como son: la zona fronteriza, zona de comercio preferencial, zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica y unión política o total.

⁶⁹ Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles. "Análisis sobre la mano de obra juvenil en los procesos de integración económica". *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online], núm. 2. año 1, 2013, p. 95

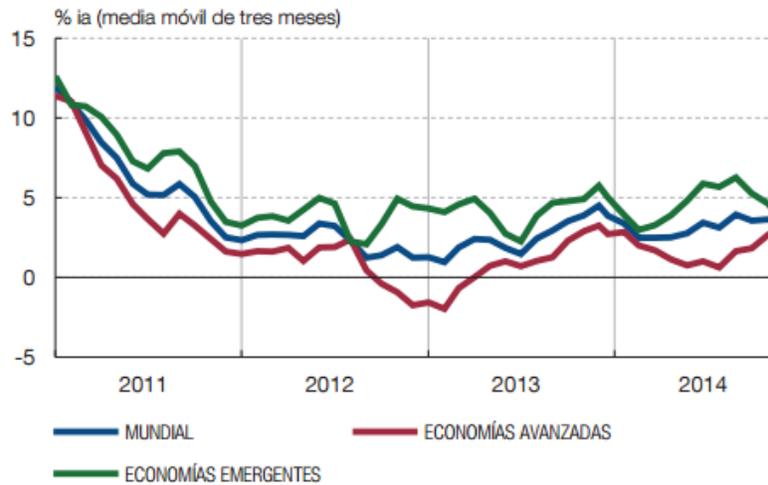
⁷⁰ *Situación y perspectivas de la economía mundial 2015*, Fondo Monetario Internacional, Naciones Unidas Nueva York, 2015, p.1 en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_archive/2015wesp-es-es.pdf consultada el 16 de septiembre de 2015.

Cuadro 1.
Indicadores económicos mundiales

	2011	2012	2013	2014	2013				2014			
					I TR	II TR	III TR	IV TR	I TR	II TR	III TR	IV TR
Estados Unidos												
Producto interior bruto	1,6	2,3	2,2	2,4	1,7	1,8	2,3	3,1	1,9	2,6	2,7	2,4
Índice de precios de consumo (b)	3,2	2,1	1,5	1,6	1,7	1,4	1,6	1,2	1,4	2,1	1,8	1,2
Balanza por cuenta corriente	-3,0	-2,9	-2,4	0,0	-2,6	-2,6	-2,4	-2,0	-2,4	-2,3	-2,3	0,0
Saldo de las Administraciones Públicas	-9,4	-8,1	-5,2	-4,6	-5,8	-4,7	-5,8	-4,5	-4,7	-4,8	-4,7	-4,4
Deuda pública bruta (c)	124,6	127,5	125,6	126,1	127,7	126,7	126,1	125,6	126,8	124,9	125,4	126,1
Tasa de paro	8,5	7,9	6,7	5,6	7,5	7,5	7,2	6,7	6,6	6,1	5,9	5,6
Zona del euro												
Producto interior bruto	1,8	-0,8	-0,4	1,1	-1,2	-0,6	-0,3	0,4	1,3	1,0	1,0	1,1
Índice de precios de consumo (b)	2,7	2,5	1,4	0,4	1,9	1,4	1,4	0,8	0,7	0,6	0,4	0,2
Balanza por cuenta corriente	-0,1	1,5	2,2	2,3	1,2	2,0	2,1	3,4	1,4	1,7	2,9	3,4
Saldo de las Administraciones Públicas	-4,2	-3,6	-2,9	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Deuda pública bruta	88,3	92,9	95,2	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Tasa de paro	10,7	11,9	11,9	11,3	12,0	12,0	12,0	11,9	11,7	11,6	11,5	11,3
Reino Unido												
Producto interior bruto	1,6	0,7	1,7	2,6	0,9	1,7	1,6	2,4	2,5	2,6	2,5	2,7
Índice de precios de consumo (b)	4,5	2,8	2,6	1,5	2,8	2,7	2,7	2,1	1,7	1,7	1,4	0,9
Balanza por cuenta corriente	-1,7	-3,7	-4,5	—	-3,9	-2,3	-6,0	-5,6	-5,1	-5,4	-6,0	—
Saldo de las Administraciones Públicas	-7,6	-8,3	-5,7	-5,6	-7,6	-6,1	-6,0	-5,7	-5,8	-6,2	-6,1	-5,6
Deuda pública bruta	75,3	88,6	94,2	91,5	85,4	86,6	86,5	87,3	87,8	88,6	88,0	89,6
Tasa de paro	8,4	7,8	7,2	5,7	7,8	7,8	7,6	7,2	6,8	6,3	6,0	5,7
Japón												
Producto interior bruto	-0,5	1,8	1,6	0,0	0,5	1,4	2,2	2,3	2,4	-0,3	-1,4	-0,8
Índice de precios de consumo (b)	-0,3	0,0	0,4	2,7	-0,6	-0,3	0,9	1,4	1,5	3,6	3,3	2,5
Balanza por cuenta corriente	2,1	1,0	0,7	0,6	1,0	1,0	1,0	0,8	0,4	0,0	-0,1	0,2
Saldo de las Administraciones Públicas	-7,7	-8,6	-7,2	—	-7,8	-7,5	-7,3	-7,2	-6,8	-5,9	-5,7	—
Deuda pública bruta	209,5	216,5	224,2	230,0	218,8	220,8	222,5	224,2	225,7	227,1	228,8	230,0
Tasa de paro	4,5	4,3	3,7	3,4	4,1	3,9	4,0	3,7	3,6	3,7	3,6	3,4
China												
Producto interior bruto	9,5	7,7	7,7	7,4	7,8	7,5	7,9	7,6	7,4	7,5	7,3	7,3
Índice de precios de consumo (b)	5,4	2,7	2,6	2,0	2,4	2,4	2,8	2,9	2,3	2,2	2,0	1,5
Balanza por cuenta corriente	1,9	2,6	1,9	—	2,2	2,3	2,7	2,6	1,5	1,7	2,0	—
Saldo de las Administraciones Públicas	-1,8	-1,5	-1,8	—	-2,2	-2,2	-2,8	-1,5	-1,8	-2,3	-2,4	—
Deuda pública bruta	36,5	37,4	39,4	40,7	—	—	—	—	—	—	—	—
Asia emergente (excluida China) (d)												
Producto interior bruto	2,3	2,5	5,4	5,4	4,3	5,8	6,0	5,5	4,7	5,5	5,7	5,7
Índice de precios de consumo (b)	2,3	6,4	6,7	5,4	6,8	6,2	6,8	7,2	6,2	6,1	5,3	4,1
Balanza por cuenta corriente	1,9	-1,7	-0,2	—	-1,5	-1,6	-1,1	-0,3	0,3	0,9	0,8	—
Saldo de las Administraciones Públicas	-0,1	-3,1	-3,1	—	-2,6	-3,0	-3,0	-3,0	-2,6	-2,7	-2,6	—
Deuda pública bruta	51,1	51,6	49,6	49,3	—	—	—	—	—	—	—	—
América Latina (e)												
Producto interior bruto	4,5	2,8	2,6	—	1,9	3,4	2,7	2,3	1,9	0,3	0,7	—
Índice de precios de consumo (b)	4,9	4,5	4,6	5,0	4,6	5,0	4,5	4,4	4,7	4,9	5,1	5,2
Balanza por cuenta corriente	-1,0	-1,6	-2,7	—	-2,1	-2,3	-2,6	-2,6	-2,7	-2,7	-2,6	—
Saldo de las Administraciones Públicas	-0,6	-0,6	-1,1	—	0,3	-0,9	-1,0	-1,1	-1,0	-1,2	-1,7	—
Deuda pública bruta	50,2	51,5	52,5	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Europa del Este (f)												
Producto interior bruto	3,2	0,6	1,4	2,8	0,1	0,5	2,1	2,9	3,1	2,8	2,9	2,5
Índice de precios de consumo (b)	3,9	3,8	1,5	0,3	2,3	1,6	1,3	0,7	0,5	0,3	0,3	0,0
Balanza por cuenta corriente	-3,6	-3,1	-1,1	—	-2,0	-1,3	-0,7	-0,3	0,0	-0,3	-0,2	—
Saldo de las Administraciones Públicas	-3,6	-3,4	-3,2	-0,2	—	—	—	—	—	—	—	—
Deuda pública bruta	50,2	51,5	52,5	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Pro memoria: crecimiento del PIB (a) (g)												
Global	4,1	3,4	3,3	3,3	2,8	3,3	3,6	3,8	3,5	3,2	3,3	—
Economías avanzadas	1,7	1,2	1,3	1,9	0,7	1,1	1,5	2,2	1,9	1,8	1,7	—
Economías emergentes	6,2	5,1	4,7	4,5	4,9	5,5	5,7	5,4	5,1	4,7	4,9	—
Pro memoria: inflación (a) (g)												
Global	5,2	4,2	3,9	3,8	3,3	3,2	3,4	3,4	3,1	3,4	3,1	—
Economías avanzadas	2,7	2,0	1,4	1,4	1,5	1,3	1,5	1,2	1,2	1,7	1,5	1,0
Economías emergentes	7,3	6,1	5,9	5,5	5,2	5,1	5,5	5,7	5,0	5,2	4,9	—

FUENTE: Fondo Monetario Internacional, Banco de España, Eurostat y estadísticas nacionales.

Gráfica 1.
Volumen de comercio (exportaciones)



FUENTE: Fondo Monetario Internacional

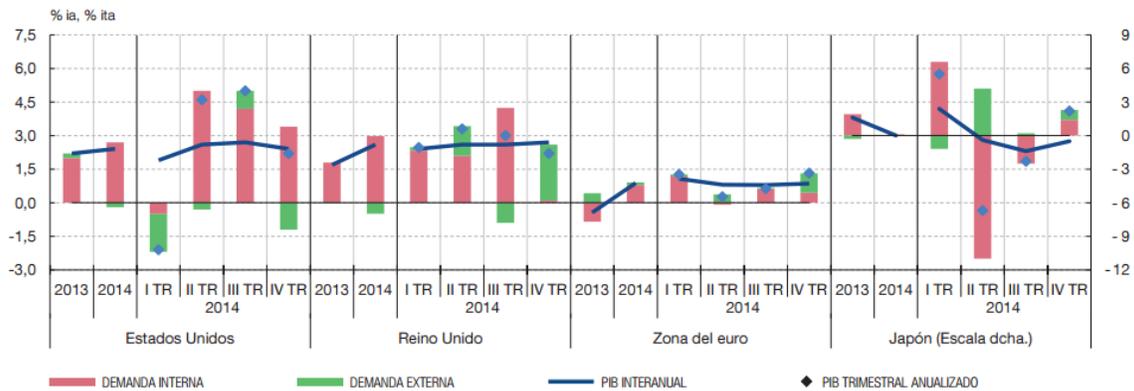
La mayoría de las economías han evidenciado un cambio hacia menores tasas de crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) en comparación a los niveles previos a la crisis en 2008, incrementando las posibilidades de un crecimiento económico oscuro de más largo plazo.

En 2014, la actividad en las economías avanzadas mostró un mayor dinamismo que el año 2013. Se puede apreciar en el gráfico 2 la recuperación de Estados Unidos que progresó un 2,4%, y Reino Unido con 2,6%, y la del área del euro 0,8% y Japón 0%.

En los dos primeros países, el crecimiento se apoyó en la demanda interna, fortalecida por una corrección de sus desequilibrios (endeudamiento, etc.), unas condiciones monetarias y financieras favorables, y una mejora sustancial del mercado laboral, pues la tasa de paro bajó del 6,7% al 5,6% en Estados Unidos, y del 7,1% al 5,8% en Reino Unido, véase gráfica 2.

En el caso de Japón, el crecimiento a partir del primer trimestre fue inferior al esperado, pues los efectos de la subida del impuesto sobre el consumo, en abril, fueron más severos de lo anticipado y llevaron a la economía a entrar de nuevo en recesión, al caer con fuerza el PIB en el segundo y tercer trimestres del año. En el último trimestre se apreció un cierto repunte tanto en Japón como en el área del euro, apoyado en los efectos positivos de los menores precios de la energía. En Estados Unidos y Reino Unido, el crecimiento siguió siendo robusto, pero inferior al de trimestres anteriores.

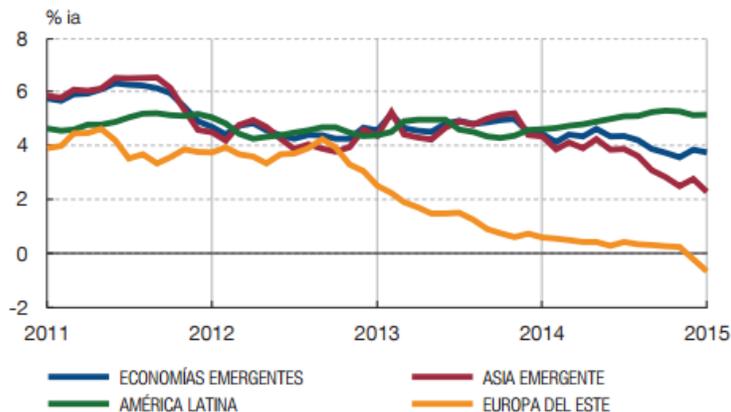
Gráfica 2.
Contribución al crecimiento del PIB en las economías avanzadas



FUENTE: Fondo Monetario Internacional, estadísticas nacionales, Consensus Forecast, Barclays Live y Datastream-Thomson Reuters.

En las economías emergentes, su ritmo de crecimiento se redujo por cuarto año consecutivo, desde el 4,7% de 2013 hasta el 4,4%, véase cuadro 1 y gráfica 3, medio punto por debajo de lo proyectado a principios de año. En parte, la moderación fue resultado de la desaceleración de China de 7,4%, frente al 7,7% de 2013, pero fueron América Latina y Rusia las áreas que registraron mayor debilidad. El pronunciado descenso de los precios de las materias primas y, en el caso de Rusia, las sanciones comerciales y financieras fueron claves para explicar dicha evolución.

Gráfica 3.
Tasas de inflación



FUENTE: Fondo Monetario Internacional.

En el resto de Asia emergente, el crecimiento fue ligeramente inferior al de 2013, excepto en India: en torno al 4,6%. La inflación se moderó sensiblemente, sobre todo en la segunda mitad del año, como consecuencia de la caída de los precios de la energía, aunque la depreciación de los tipos de cambio atenuó el impacto. Ello proporciona cierto margen para implementar políticas monetarias más expansivas, a la vez que se adoptan medidas macroprudenciales para limitar los riesgos, véase gráfica 3.

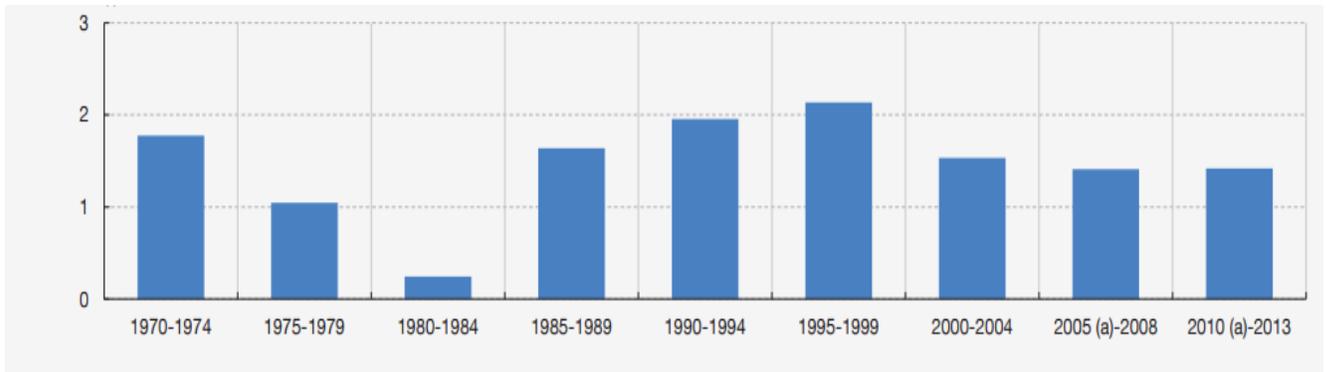
Tradicionalmente, el comercio mundial crecía a ritmos superiores a los del PIB; de hecho, en la década de los noventa del siglo XX se alcanzó un diferencial máximo, al superarlo en casi 2,1 veces, véase gráfica 4. Sin embargo, en los últimos años el avance del comercio mundial ha tendido a aproximarse al del PIB, hasta ser tan sólo 1,4 veces superior en el promedio de la última década véase gráfica 1; en 2014 ha crecido incluso por debajo del PIB.

Las explicaciones que se han propuesto para justificar esta reducción en la relación comercio PIB son principalmente tres⁷¹:

1. Una menor fragmentación de la cadena de valor a escala internacional o incluso procesos de relocalización que pudieran revertir la tendencia de globalización anterior, que podría ocasionar una reducción de la intensidad de comercio en los procesos de producción o, lo que es equivalente, una reducción del volumen de transacciones internacionales por unidad de valor añadido.
2. Cambios en los patrones de gasto de los agentes, que han derivado en un mayor peso de productos con menor intensidad de comercio, como los servicios, el gasto público, en una pérdida de relevancia de los bienes de inversión o de consumo duradero.
3. Resurgimiento del proteccionismo (por ejemplo, mediante un aumento de barreras no arancelarias, tales como estándares de calidad o normativa sanitaria) o, en este mismo sentido, un menor avance de los procesos de liberalización e integración comercial.

⁷¹ *Boletín económico, situación y perspectivas de la economía mundial al comienzo de 2015*, marzo, 2015 p. 75-76 en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/15/Mar/Fich/be1503-art4.pdf> consultada el 23 de septiembre de 2015.

Gráfica 4.
Evolución de la elasticidad del comercio mundial



FUENTE: Fondo Monetario Internacional.

En las economías desarrolladas, aunque se estiman algunas mejoras para 2015 y 2016, persisten significativos riesgos, especialmente en la zona euro y en Japón. Por su parte, las tasas de crecimiento económico en los países en desarrollo y las economías en transición fueron más divergentes en 2014, con una fuerte desaceleración en varias de las mayores economías emergentes, particularmente en América Latina y en la Comunidad de Estados Independientes (CEI).

Algunas de estas economías han enfrentado diversos desafíos, entre los cuales se pueden mencionar desbalances estructurales y tensiones geopolíticas. En el periodo de proyección de 2015, la economía mundial se agrandará a una tasa levemente superior a 2014 pero aún a un ritmo moderado, con una expansión del Producto Bruto Mundial (PBM) de 3.1 y 3.3 por ciento en 2015 y 2016, respectivamente.⁷²

En definitiva, la economía mundial continúa de manera clara inferior a 2008, que, en el corto plazo, pudiera verse impulsada por el afianzamiento de la recuperación de las economías avanzadas, como resultado de la vigencia de los niveles reducidos del precio del petróleo, así como del rumbo que tomen las políticas monetarias.

Estos factores, de carácter previsiblemente transitorio, pueden favorecer avances más decididos en la corrección de los desequilibrios en estas economías, contribuyendo a generar en ellas un crecimiento más sostenible, que pueda ayudar a dar soporte al crecimiento de las economías emergentes, en un contexto que, por diversos factores,

⁷² Situación y perspectivas de la economía mundial 2015, Fondo Monetario Internacional, Naciones Unidas Nueva York, 2015, p.1 en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_archive/2015wesp-es.pdf consultada el 24 de septiembre de 2015.

influyen en el previsible endurecimiento de las condiciones financieras globales, la desaceleración en curso de la economía China, así como el fin del ciclo del alza de las materias primas, son entre otros aspectos adversos para algunas de ellas.

3. El comercio internacional.

En 2013, el comercio mundial de mercancías siguió creció a un ritmo moderado del 2,2%, casi idéntico al incremento en el 2,3% del año 2012. Tanto en 2012 como en 2013, el crecimiento fue inferior al promedio del 5,3% de los 20 últimos años, y también considerablemente inferior al promedio del 6% de los 20 años inmediatamente anteriores a la crisis de 2008-2009. El volumen del comercio mundial de mercancías siguió aumentando lentamente durante los primeros meses de 2014 a un ritmo del 2,1% en el primer trimestre, en comparación con el mismo período de 2013. El incremento anual previsto irá en aumento a medida que la economía mundial cobra impulso a lo largo del año.

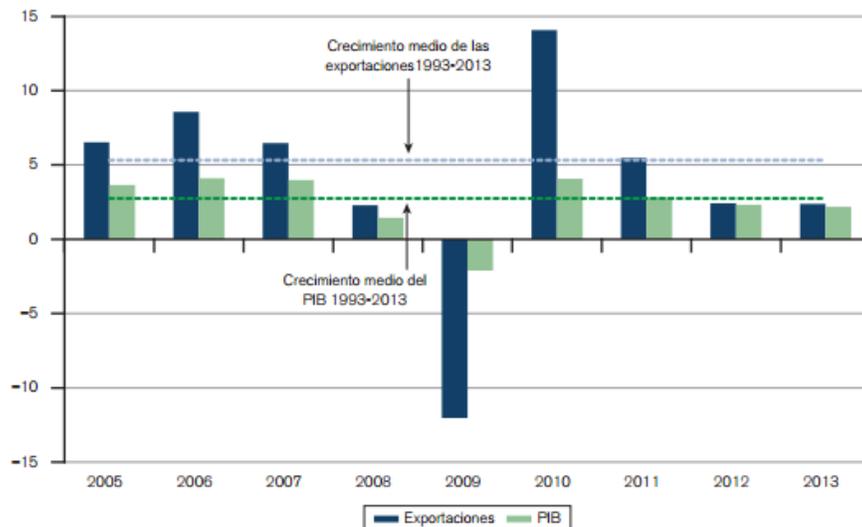
Son varios los factores que han contribuido a la debilidad del comercio y la producción en 2013, entre ellos, los efectos persistentes de la recesión en la Unión Europea, las altas tasas de desempleo de las economías de la zona del euro (con Alemania como notable excepción) y la incertidumbre sobre el calendario de abandono por la Reserva Federal estadounidense de su programa de estímulos monetarios.

La estimación del 2,2% de crecimiento del comercio mundial en 2013 representa el promedio de las exportaciones y las importaciones de mercancías en términos de volumen, es decir, ajustada para tener en cuenta las diferencias en las tasas de inflación y los tipos de cambio de los distintos países. Esta cifra es ligeramente inferior a la tasa de crecimiento del 2,5% prevista por la OMC para 2013.

La razón principal de este menor crecimiento es un descenso mayor del esperado de las corrientes de comercio de los países en desarrollo durante el segundo semestre del año pasado. Por segundo año consecutivo, la tasa de crecimiento del comercio mundial ha sido aproximadamente la misma que la del PIB mundial (producto interior bruto como medida de la producción de los países) a los tipos de cambio del mercado, y no el doble, como ocurría normalmente, véase el gráfica 5.

Gráfica 5.

Aumento del volumen de las exportaciones de mercancías y del PIB mundiales, 2005–2013 (variación porcentual anual)



Fuente: Secretaría de la OMC, 2013.

El volumen del comercio mundial de mercancías (medido según el promedio de las exportaciones y las importaciones) aumentó en el 2,2% en 2013, pero la diferencia entre las exportaciones y las importaciones fue relativamente amplia (2,5% para las exportaciones y 1,9% para las importaciones). Es normal que, debido a deficiencias en la recopilación de datos, haya cierta divergencia entre estas cifras, que podría reducirse en futuras revisiones. Las exportaciones de las economías desarrolladas crecieron más lentamente que el promedio mundial (1,5%), mientras que los envíos de los países en desarrollo aumentaron con más rapidez que el promedio (3,6%). En lo que respecta a las importaciones, en las economías desarrolladas se registró una pequeña disminución del -0,3%, mientras que en las economías en desarrollo y la CEI las importaciones aumentaron en el 4,7%, véase cuadro 2.

Cuadro 2.**PIB y comercio de mercancías por regiones, 2011–2013 (variación porcentual anual)**

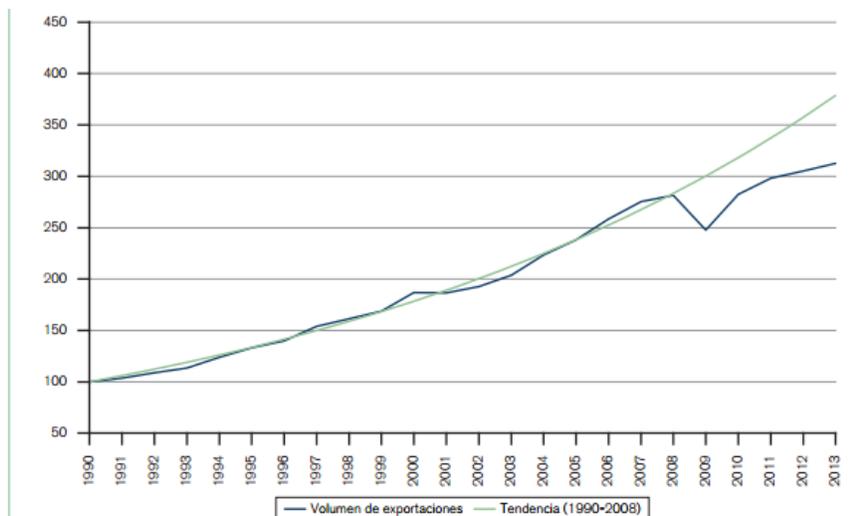
	PIB			Exportaciones			Importaciones		
	2011	2012	2013	2011	2012	2013	2011	2012	2013
Todo el mundo	2,8	2,3	2,2	5,5	2,4	2,5	5,3	2,1	1,9
América del Norte	2,0	2,8	1,8	6,6	4,4	2,8	4,4	3,1	1,2
Estados Unidos	1,8	2,8	1,9	7,3	3,8	2,6	3,8	2,8	0,8
América del Sur y Central^a	4,5	2,7	3,0	6,8	0,7	1,4	13,0	2,3	3,1
Europa	1,9	-0,1	0,3	5,6	0,8	1,5	3,2	-1,8	-0,5
Unión Europea (28)	1,7	-0,3	0,1	5,8	0,4	1,7	2,8	-1,9	-0,9
Comunidad de Estados Independientes (CEI)	4,9	3,5	2,0	1,6	0,9	0,8	17,3	6,8	-1,3
África	1,1	5,7	3,8	-8,2	6,5	-2,4	5,1	12,9	4,1
Oriente Medio	5,7	3,4	3,0	7,8	5,2	1,9	4,5	10,5	6,2
Asia	4,1	4,0	4,2	6,4	2,8	4,7	6,6	3,7	4,5
China	7,7	7,7	7,5	8,8	6,2	7,7	8,8	3,6	9,9
Japón	1,4	1,6	1,5	-0,6	-1,0	-1,9	4,3	3,8	0,5
India	3,2	4,4	5,4	15,0	0,2	7,4	9,7	6,8	-3,0
Economías de reciente industrialización (4) ^b	4,1	1,8	2,7	7,7	1,4	3,5	2,7	1,4	3,4
Pro memoria: economías desarrolladas	1,5	1,3	1,1	5,2	1,1	1,5	3,4	0,0	-0,3
Pro memoria: economías en desarrollo y CEI	5,7	4,5	4,4	5,8	3,8	3,6	8,0	5,1	4,7

Fuente: Secretaría de la OMC, 2013.

En el conjunto de las economías desarrolladas, el crecimiento del PIB observado en 2013 fue del 1,1%, inferior por tanto al 1,3% registrado en 2012 y a la expansión del 1,5% que se registró en 2011, véase el cuadro 2.

El crecimiento del comercio mundial de mercancías a un ritmo del 2,2% en 2013 se sitúa por debajo del promedio del 5,3% correspondiente a los 20 últimos años (1993-2013) y del promedio del 6% anterior a la crisis y correspondiente al período 1990-2008, véase el gráfico 6. Además de dar lugar a una tendencia constante a la baja del nivel de comercio, es posible que la recesión mundial de 2008- 2009 haya reducido también el crecimiento medio del comercio. El promedio de expansión del comercio en el trienio transcurrido desde 2010 ha sido del 3,3%.

Gráfica 6.
Volumen de las exportaciones mundiales de mercancías, 1990-2013 (índice, 1990=100)



Fuente: Secretaría de la OMC 2013.

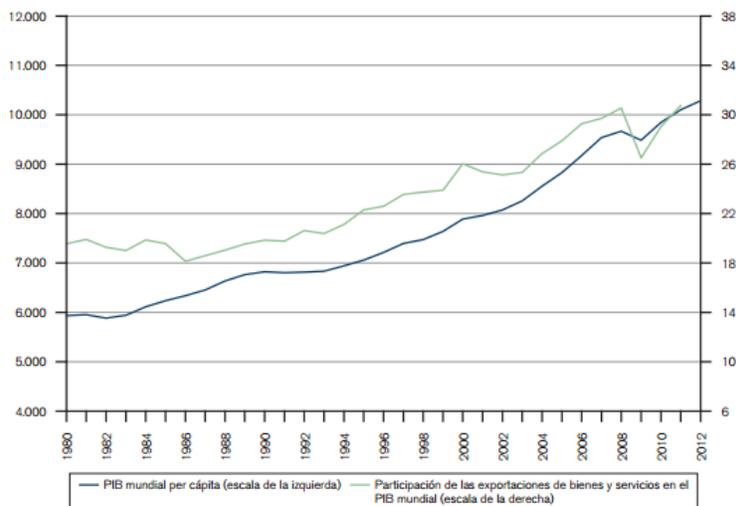
Abrirse al comercio influye en el crecimiento a largo plazo por varias causas:⁷³ En primer lugar, la apertura comercial incrementa el PIB de un país porque hace más eficiente su asignación de recursos. El comercio posibilita a cada país especializarse en la producción de los bienes que puede producir con menor costo e importar los demás, aprovechando de ese modo sus ventajas comparativas. También, ampliar más allá de las fronteras nacionales el tamaño del mercado en el que intervienen las empresas, el comercio permite a esas empresas explotar las economías de escala. El comercio selecciona las empresas más productivas del mercado, véase gráfica 7.

En la gráfica 7 se puede observar la relación positiva entre comercio y crecimiento. Muestra que la participación creciente del comercio mundial en el PIB se ha acompañado de un aumento del PIB per cápita desde 1980. Lo cual pone de manifiesto la existencia de una importante relación a largo plazo entre comercio y PIB.

⁷³ Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC, Suiza, 2015, p.65.

Gráfica 7.

PIB mundial per cápita y participación de las exportaciones de bienes y servicios en el PIB mundial (Dólares internacionales de 2005 y porcentaje)



Fuente: Indicadores de desarrollo mundial del Banco Mundial 2013.

En segundo lugar, el comercio puede afectar al crecimiento al incentivar la innovación. En general, la apertura al comercio incrementa el tamaño del mercado cuando una empresa estimula las actividades de Investigación y desarrollo.

Por último, el comercio puede tener efectos positivos en el crecimiento debido a sus repercusiones en el marco institucional. Con frecuencia, la liberalización del comercio se acompaña de la adopción de compromisos externos y tiene lugar en un contexto multilateral regional. Los países que suscriben un acuerdo comercial no sólo se comprometen a reducir sus aranceles, sino que también adoptan cierto marco institucional. Por ejemplo, para ser Miembros de la OMC, los países deben cumplir determinadas normas sobre transparencia de la política comercial y respecto de sus medidas internas, tales como reglamentos técnicos, subvenciones o derechos de propiedad.

En este contexto, la apertura comercial e integración económica es una de las variables que ayudan a incrementar el crecimiento económico de un país y su desarrollo comercial. El viejo modelo del comercio mundial dominado por las economías avanzadas

del Norte está transformándose a medida que las economías emergentes del Sur se convierten en nuevos polos de expansión comercial.⁷⁴

El comercio Sur-Sur, es decir, el comercio entre economías emergentes y otras economías en desarrollo, que representaba aproximadamente el 8% del comercio mundial en 1990, ha crecido hasta el 25% en la actualidad y, según las previsiones, llegará al 30% para 2030. En pocas palabras, el auge de las nuevas potencias comerciales es un juego de suma positiva. Pero, a pesar de esos avances, los países en desarrollo tienen aún ante sí un largo camino, ya que les falta mucho para alcanzar a los países industriales respecto de un gran número de importantes indicadores económicos.⁷⁵

En las economías emergentes, los ingresos siguen representando una fracción mínima en comparación con las economías desarrolladas. Aunque el actual éxito exportador de las economías emergentes muestra nuevas oportunidades y coyunturas para los demás países en desarrollo, el ritmo de crecimiento sigue siendo desigual entre los países en desarrollo. Algunos de ellos registran tasas de crecimiento elevadas y sostenidas, otros se esfuerzan por rebasar sus niveles de ingresos medianos, y es posible que otros estén quedándose rezagados.

En medida que se ha hecho más interconectada a través de las corrientes de comercio, inversiones, tecnología y personas, la economía mundial se ha hecho también más interdependiente. Si bien es cierto que los beneficios económicos de una integración más amplia y estrecha se propagan ahora con mayor rapidez entre países y regiones, lo mismo ocurre con los costos económicos, como pudo comprobarse cuando la onda expansiva de la crisis financiera de 2008 y la posterior contracción de la actividad económica dejaron sentir sus efectos en todo el mundo.⁷⁶

Actualmente, las decisiones de política adoptadas en un país pueden tener efectos derivados simultáneos, con frecuencia inesperados, en muchos países distantes. Dichos efectos, pueden convertirse en serios reveses para los países en desarrollo, especialmente para los más pequeños y pobres, que carecen de mecanismos amortiguadores eficaces, además de ser los más vulnerables a la inestabilidad económica. Sin embargo, tanto la interdependencia como la diversificación crecientes de la economía mundial, también aportan grandes beneficios.

⁷⁴ *Ídem.*

⁷⁵ *Ídem.*

⁷⁶ *Ídem.*

Sin el crecimiento sólido y robusto del mundo en desarrollo a partir de 2008, especialmente de China⁷⁷ e India, las consecuencias económicas de la reciente desaceleración mundial habrían sido mucho peores⁷⁸. A diferencia de lo ocurrido en crisis pasadas, por ejemplo, en la del decenio de 1930, el sistema económico mundial ha resultado sorprendentemente flexible frente a la gran recesión de 2008-2009.⁷⁹

Los avances económicos fueron lentos y limitados geográficamente, pero de modo gradual han cobrado velocidad y ampliando su radio de acción, y cada etapa u oleada de desarrollo económico mundial fue más rápida y más amplia que la anterior, véase gráfica 8.

Esta espiral de desarrollo cada vez más rápida y amplia sólo fue posible porque la economía mundial se hizo más abierta e integrada. En cada fase, el crecimiento del comercio fue un poderoso motor de desarrollo económico, al abrir nuevos mercados, mejorar el acceso a las materias primas, promover la especialización internacional, estimular la difusión e innovación tecnológicas, lo que, a su vez, determinó una nueva expansión del comercio.⁸⁰

En cada una de esas fases históricas, uno de los principales retos ha sido desarrollar tanto normas como estructuras internacionales capaces de ayudar a los países a coordinar sus intereses económicos cada vez más internacionales, así como gestionar las poderosas fuerzas y tensiones generadas por el cambio económico, tales como la importancia creciente de los nuevos poderes económicos, difusión de tecnología, producción, además de consolidarse la integración económica mundial.

⁷⁷ De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), China representa el 16.479 % del PIB en el mundo, medido en Paridad de Poder Adquisitivo, frente al 16.277 % de los Estados Unidos de América (EUA). China es la segunda economía a nivel mundial con un producto interno bruto de \$5.8 billones de dólares americanos. En el marco de referencia cabría la pregunta, ¿es posible que China supere a los EUA. El PIB del país asiático en 2013 alcanzó los 16.15 billones de dólares americanos y el de EUA, considerada la primera potencia a nivel mundial desde que rebasó a Reino Unido en 1872, obtuvo ese mismo año la cifra de 16,77 millones de dólares según se desprende de los últimos datos del FMI. Asimismo, el PIB chino a precios corrientes cerró en 2014 alrededor de 10'355,350 millones de dólares americanos, mientras que el americano en 17'416,253 millones de dólares americanos.

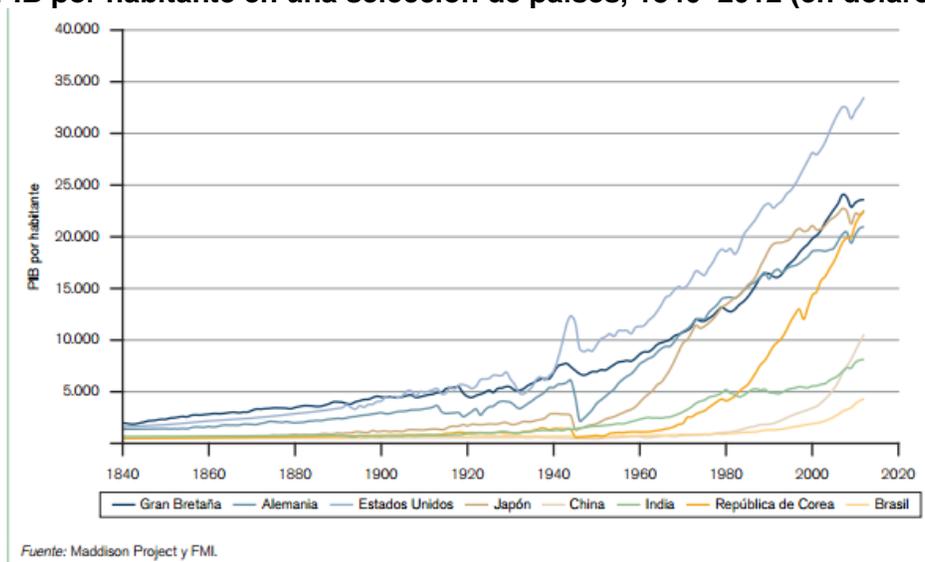
⁷⁸ Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, "China Primera Potencia Mundial Comercial", *IDC Asesor Jurídico Fiscal*, Ed. 348, 15 de mayo de 2015, pp.4 y 5, en: <http://www.idconline.com.mx/comercio/2015/05/06/china-primera-potencia-mundial-comercial> consultada el 26 de septiembre de 2015.

⁷⁹ Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC, Suiza, 2015, p.65.

⁸⁰ *Ibidem.*, p.47.

Gráfica 8.

PIB por habitante en una selección de países, 1840–2012 (en dólares)



Fuente: Maddison Project y FMI.

Los períodos de apertura económica relativa -después de mediados del siglo XIX, a partir de 1945 y al término de la Guerra Fría- han coincidido en general con fases de desarrollo económico mundial, mientras que los períodos de fragmentación del comercio y proteccionismo, sobre todo durante la época de entreguerras, han registrado estancamientos o retrocesos del desarrollo económico.⁸¹

Desde finales del decenio de 1980, el mundo ha experimentado un ciclo de desarrollo económico, el mayor registrado hasta ahora, véase la gráfica 9. Su característica más llamativa ha sido la extraordinaria trayectoria de crecimiento de los mercados emergentes, incluido el vertiginoso ascenso de gigantes económicos⁸² tales como Brasil, China⁸³, India, Filipinas e Indonesia. Aunque, entre 1950 y 1973, el Japón

⁸¹ *Ídem.*

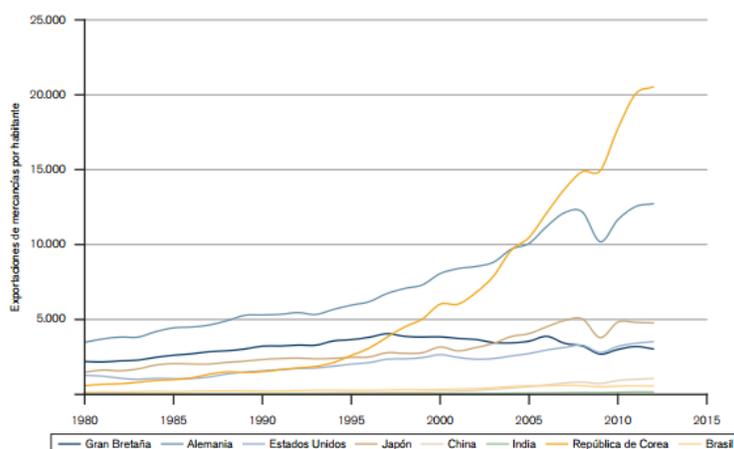
⁸² Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, *China Primera... Op. Cit.*, pp.6 y 7.

⁸³ En la actualidad, la estrategia China respecto de los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) presenta un claro esquema: ALC subregionales más ALC bilaterales. Hoy China tiene “Closer Economic Partnership Arrangement” (CEPA) (Acuerdo de Asociación Económica más Estrecha) con Hong Kong y Macao, y acaba de cerrar las negociaciones del ALC China-ASEAN (CAFTA). Asimismo, China también está buscando las posibilidades de establecer ALC bilaterales con Singapur, Tailandia, Filipinas, Australia y Nueva Zelanda.

registró un excepcional crecimiento superior al 10% anual, los demás países asiáticos sólo crecieron a un ritmo del 2,6%. Entre 1973 y 2000, las tasas de crecimiento del resto de Asia duplicaron a las del Japón, y en el decenio de 1990 la región creció a un ritmo cuatro veces más rápido.

Gráfica 9.

Exportaciones de mercancías por habitante de una selección de economías, 1980–2012 (en dólares EE.UU. de 1990)



Fuente: Secretaria de la OMC.

Los dos últimos siglos han sido los más dinámicos en la historia de la economía mundial. Para muchos países en desarrollo, los últimos decenios han sido particularmente favorecedores del crecimiento, hasta el punto de que la “gran divergencia” parece estar dejando paso a la “gran convergencia”.⁸⁴ En el lapso de una generación, China se ha convertido en la segunda mayor economía, primer exportador del mundo, mientras que India, Brasil, Indonesia y otras economías emergentes, que representan la mitad de la población mundial, han logrado también tasas de crecimiento históricas. Como ha

Este proceso ha sido mayoritariamente bilateral, porque esa clase de acuerdos le presentan una alternativa para conseguir mayores beneficios, reducir la competencia y coordinar posiciones. China encabeza la lista de países exportadores en términos de volumen, y es el segundo país con mayor volumen de importaciones anuales del mundo. Seis de sus mayores socios comerciales (EUA, Japón, Hong Kong, Corea del Sur, Taiwán y Australia) representan más del 50 % del total de su comercio internacional. Adicionalmente, es el primer lugar en la lista de países exportadores con el 11 % del comercio internacional superando a los EUA, que ostenta un 10.4 %. Incluso ascendió a los 2.21 billones de dólares americanos, lo que significó un incremento de un 8 % respecto al año previo; EUA registró una cifra de 1.57 billones, mientras que Alemania se posicionó en el tercer lugar con 1.45 billones. Las exportaciones siguen siendo uno de los principales motores de desarrollo para el país asiático, aunque su economía está evolucionando hacia un modelo más dependiente de la demanda interna, para ser con ello menos sensible a los vaivenes económicos de grandes socios como son los EUA o la Unión Europea. El nivel y la tasa de avance de las importaciones y exportaciones chinas demuestran la relativamente fuerte competitividad mundial del país.

⁸⁴ Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC, Suiza, 2015, p. 47.

señalado Michael Spence⁸⁵, no estamos al final ni al principio de un proceso, sino en el curso de una revolución industrial que está ya iniciando su tercer siglo. Ese proceso de desarrollo que se extiende, avanza y acelera con rapidez ha sido posible porque la economía mundial se ha hecho más abierta e integrada. A su vez, la apertura económica se ha basado en la profunda fortaleza y elasticidad del sistema internacional, es decir, en su capacidad para absorber a los gigantes que crecen, resistir conmociones, promover cooperación y coherencia.

El contexto anterior nos permite observar que existen tendencias que afectan la relación entre el comercio y el desarrollo. Las más determinantes son⁸⁶:

- a) El crecimiento económico de muchos países en desarrollo.
- b) La creciente integración de la producción mundial por medio de cadenas de suministro.
- c) El aumento de los precios de los productos agropecuarios y los recursos naturales.
- d) La creciente interdependencia de la economía mundial.

La reciente disminución del ritmo de crecimiento en varios países en desarrollo a raíz de la gran recesión económica de 2008- 2009 nos recuerda que la economía mundial se encuentra inmersa en su naturaleza turbulenta volátil, en constante cambio que se complica por la necesidad de distribuir internamente los beneficios, costos del crecimiento, así como ajustes de la economía con objeto de preservar el apoyo político para la apertura del comercio.

Del mismo modo que la expansión del comercio transforma el desarrollo al crear nuevas oportunidades de exportación, mejorar acceso al capital, recursos, estimular divulgación, adaptación e innovación tecnológica, el auge del mundo en desarrollo modifica a su vez el sistema de comercio.

Las economías en rápido proceso emergente, como es el caso de China⁸⁷, están generando una cuantiosa y nueva demanda de materias primas e insumos

⁸⁵ Spence, M., "The Impact of Globalization on Income and Unemployment", *Foreign Affairs*, p. 90.

⁸⁶ Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC, Suiza, 2015, pp.44-47.

⁸⁷ La modernización económica se ha convertido en una prioridad del gobierno impulsando reformas que han permitido que las empresas chinas y extranjeras desplieguen su actividad comercial de manera competitiva basada en tres factores principalmente: exportación, inversión extranjera y consumo interno. La nación asiática goza de ventajas competitivas internacionales vinculadas con política interna, eficiencia gubernamental, comercio internacional, fuerza de trabajo, empleo, infraestructura tecnológica, inversión y estabilidad social. Por ello buscará convertirse a futuro en el principal centro manufacturero del mundo, lo cual le permitirá continuar siendo uno de los mayores receptores de inversión extranjera, facilitando un mayor crecimiento y eficacia económica. Sus fortalezas están asociadas con un gran número de recursos humanos y materiales, es decir, mano de obra especializada, cualificada, altas tasas de ahorro e inversión, mercado interno importante, enormes reservas en divisas, entre otros aspectos, por lo tanto, su inserción comercial es

manufactureros y arrastrando en su estela a las demás economías en desarrollo, al tiempo que ofrecen nuevos mercados para la maquinaria, los servicios y las tecnologías de los países industrializados. Es posible que las economías en desarrollo estén incrementando su participación en el comercio mundial, pero todos los países registran una expansión de su comercio. Sin embargo, el vertiginoso crecimiento de los nuevos gigantes comerciales exige ajustes y adaptaciones a todas las economías, tanto desarrolladas como en desarrollo.

El resultado es una economía mundial más compleja, de múltiples velocidades y rumbos. En la actualidad se está desplazando tanto la capacidad comercial, como las relaciones comerciales. La expansión de las cadenas mundiales de suministro, cuyos eslabones son economías nacionales que participan en sistemas de producción integrados a nivel mundial, están reforzando profundamente la interdependencia económica. Lo mismo ocurre con el crecimiento del comercio de servicios en los últimos años. En un mundo cada vez más interconectado, la coordinación de las normas y las políticas mundiales que ofrece el sistema multilateral de comercio son más necesarias que nunca.

4. A manera de conclusión

- ❖ El crecimiento en la economía mundial se ha disminuido en los últimos años. En las economías avanzadas, esta disminución se puso en marcha ya a principios de la década de 2000 y se acentuó con la crisis de 2008. El crecimiento económico de las economías avanzadas probablemente aumente ligeramente respecto de los niveles actuales, pero a mediano plazo se mantendrá por debajo de las tasas previas a la crisis. Las principales razones son el envejecimiento de la población y el lento aumento del crecimiento del capital respecto de las tasas actuales a medida que el producto y la inversión se recuperan paulatinamente de la crisis.
- ❖ El crecimiento económico no es la única condición para el desarrollo, pero es una condición necesaria que explica por qué muchos de esos mismos países están haciendo también enormes avances en la mejora de la situación sanitaria, el grado de instrucción, el nivel de vida y la reducción de la pobreza. En el caso de las economías emergentes, se prevé que el crecimiento disminuya más a mediano

cada vez más intensa en sectores dinámicos. Empresas chinas empiezan a ser conocidas en el extranjero no solo por su capacidad exportadora, sino también por su creciente inversión en otros Estados. El consumo interno en China como estrategia resulta ser determinante para el impulso de la inversión extranjera y el aumento del PIB, por eso buscará ser centro consumidor y productor de su propia economía.

plazo como consecuencia del envejecimiento de la población, la contracción de la inversión, un menor aumento de la productividad a medida que se vayan reduciendo las brechas tecnológicas entre estas y las avanzadas.

- ❖ La desmejora de las perspectivas de crecimiento potencial planteará nuevos retos para las políticas, como el logro de la sostenibilidad fiscal. El aumento del producto potencial⁸⁸ tendrá que ser una prioridad en las grandes avanzadas y emergentes.
- ❖ La estructura del sistema internacional se han alterado drásticamente. En cada fase, la expansión del comercio ha sido un poderoso motor de desarrollo económico. Uno de los principales retos ha sido desarrollar normas y estructuras internacionales capaces de ayudar a los países a coordinar sus intereses económicos cada vez más internacionales y gestionar las poderosas fuerzas y tensiones generadas por el cambio económico, tales como la importancia creciente de los nuevos poderes económicos, la difusión de la tecnología, y la producción y la consolidación de la integración económica mundial.
- ❖ La expansión del comercio está transformando el sistema de comercio generando una economía mundial más compleja y de múltiples velocidades y rumbos. No sólo está desplazándose la capacidad comercial, sino también las relaciones comerciales.

5. Fuentes de información

Banco de España, "Situación y perspectivas de la economía mundial al comienzo de 2015", *Boletín económico*, marzo 2015, p. 75-76 en:

<http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/15/Mar/Fich/be1503-art4.pdf>

Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el Comercio Mundial 2014. Comercio y desarrollo: tendencias recientes y función de la OMC*, 2015. En

https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr14_s.htm

_____ *Entender la OMC*, Organización Mundial del Comercio, División de Información y Relaciones Exteriores, Suiza, 2015, en:

https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/understanding_s.pdf

Maddison, A., *The World Economy: A Millennial Perspective*, París, Publicaciones de la OCDE, 2001.

⁸⁸ El producto potencial es el nivel de producción congruente con una inflación estable (sin presiones inflacionarias ni deflacionarias).

Ríos Ruiz, Alma de los Ángeles, “La Organización Mundial del Comercio (OMC)”, en el siglo XXI, *Amicus Curiae*, México, Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho, UNAM, www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/

_____ “China Primera Potencia Mundial Comercial”, *IDC Asesor Jurídico Fiscal*, Ed. 348, 15 de mayo de 2015, en: <http://www.idconline.com.mx/comercio/2015/05/06/china-primera-potenciamundial-comercial>.

_____ “Análisis sobre la mano de obra juvenil en los procesos de integración económica”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [online], núm. 2, año 1, 2013.

Spence, M., “The Impact of Globalization on Income and Unemployment”, *Foreign Affairs*, Volume 90, Issue 6, Nov. /Dec. 2011.

Organización de las Naciones Unidas, *Situación y perspectivas de la economía mundial 2015*, Nueva York, 2015, en: http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_archive/2015wesp-es-es.pdf

Recepción: 15 de septiembre de 2015.

Aceptación: 2 de diciembre de 2015.

**REVISIÓN AL CONCEPTO DE “NUEVO ACTO LEGISLATIVO”
COMO PRESUPUESTO PARA LA ACTIVACIÓN DE LA
COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN MEXICANA EN LAS ACCIONES DE
INCONSTITUCIONALIDAD: EL CONTROL ABSTRACTO DE
CONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL CONTROL DIFUSO DE
CONVENCIONALIDAD**

**REVIEW OF THE CONCEPT “NEW LEGISLATIVE ACT” AS
PROPOSED IN THE ACTIVATION OF THE MEXICAN SUPREME
COURT OF JUSTICE SUBJECT-MATTER JURISDICTION FOR
ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY. THE ABSTRACT ACTION
OF UNCONSTITUTIONALITY VERSUS THE DIFFUSE CONTROL
OF CONVENTIONALITY**

Jorge Carlos PENICHE BAQUEIRO*

“He visto colegas en otros países con estructuras jurídicas que no incluyen las mismas cláusulas expansivas de control constitucional que nosotros poseemos, tomando posiciones que mantienen con vida en una forma significativa –que no demagógica- los valores esenciales de una sociedad democrática.”

*Albert “Albie” Sachs,
(integrante del primer Tribunal Constitucional Sudafricano.)⁸⁹*

* Licenciado en Derecho con *mención honorífica* por la Universidad Marista de Mérida A.C.; estancia de investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Subdirector de Área en la Dirección General de Constitucionalidad de la Procuraduría General de la República. Correo electrónico: jorgecarlos_@hotmail.com *El autor del presente trabajo desea agradecer al Dr. Francisco Vázquez Gómez Bisogno, a la Mtra. Leticia Villeda Suárez y al Lic. Gabriel Flores Ocampo los comentarios y opiniones en las discusiones preliminares que a la postre servirían de anotaciones y materia prima para la elaboración de este artículo. *A José Antonio Tadeo Castellanos Gual, primero maestro, después mentor y, finalmente, entrañable amigo. [Todas las posturas expresadas son responsabilidad exclusiva del autor y no representan la postura institucional de la PGR].

⁸⁹ Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2009, p. 33. [Traducción propia].

RESUMEN: El presente artículo explora las funciones a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la vía abstracta de control directo de constitucionalidad, partiendo de la premisa insoslayable de que en este mecanismo converge también el ejercicio del control difuso de convencionalidad en su intensidad más elevada. El cambio de paradigma, que ubica la protección de los derechos fundamentales en el primer plano de la labor estatal, llevaría a la Corte a confrontar la compatibilidad de su desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del “nuevo acto legislativo” como presupuesto de activación de su competencia, de cara a la necesidad de buscar alternativas para hacer frente a las infracciones a la norma convencional emanadas de los órganos parlamentarios.

Palabras clave: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Corte Interamericana de Derechos Humanos; control difuso de convencionalidad; control abstracto de constitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad.

ABSTRACT: This paper explores the abstract judicial review function of the Mexican Supreme Court of Justice, from the undeniable premise that in this constitutional procedure converges also the “conventionality control” power. The change of paradigm from the constitutional amendment on human rights passed in 2011, may take the Mexican Supreme Court to confront, from this new perspective, its actual jurisprudence with regard to the judicially shaped concept of the “new amendment act” passed by the parliamentary bodies, as this act it is what activates the Court’s abstract jurisdiction, in order to provide alternatives to face the infraction of international human rights standards when enacted by the legislative branch.

Keywords: “Mexican Supreme Court of Justice”; “Inter-American Court on Human Rights”; “conventionality control”; “abstract judicial review” “abstract judicial review procedure”.

I. Introducción: el establecimiento de las premisas de trabajo.

Con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 el sistema jurídico mexicano ingresó a una nueva época. La renovada confección del artículo 1º permeó por completo la totalidad del entramado constitucional y, bajo esta tesitura, no fueron pocos los que

hablaron de un “cambio de paradigma” en la manera de leer y comprender al texto constitucional.⁹⁰

Como consecuencia de ello, la discusión relativa a los mecanismos que se utilizarían precisamente para la defensa de este transformado orden se centró en la arquetípica institución procesal para la tutela de derechos fundamentales en México, la cual –en conjunción con una diversa reforma constitucional publicada tan sólo unos días antes⁹¹- había adquirido, en un cambio que venía gestándose (por no decir exigiéndose) desde años antes⁹², un cariz distinto y renovados ropajes que la acercaban al siglo XXI. El llamado *nuevo juicio de amparo* acaparó las miradas.⁹³

A su vez, el cuasi inmediato reconocimiento dado en sede judicial por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o Corte) a tal realidad constitucional, al resolver el expediente varios 912/2010, dotaría de un contenido ingenioso a este novel paradigma, aceptando, entre otros aspectos, y mediante una lectura conjunta a la vigente redacción del artículo 1º constitucional con el diverso numeral 133 del mismo texto fundamental, la obligación de todas las autoridades del Poder Judicial de ejercer un *control de convencionalidad ex officio* en sede interna, de conformidad con los lineamientos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano).⁹⁴

De cara a dicha resolución, cabe recordar que, como bien apunta Ferrer, la doctrina del control difuso de convencionalidad⁹⁵, entendida, *grosso modo*, como el

⁹⁰ Véase: Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro. *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. coord. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 2011, p. IX.

⁹¹ Véase: “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011. Disponible en red: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_193_06jun11.pdf [Consultado el 15 de julio de 2015].

⁹² Ejemplo destacable de ello resulta la obra del hoy ministro de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea “Hacia una nueva Ley de Amparo”. Véase: Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo. *Hacia una nueva Ley de Amparo*. 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

⁹³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, asignan, con toda a intención, a este nuevo juicio la denominación de “juicio de derechos fundamentales”, en oposición, al centenario concepto de “juicio de garantías”. El cambio, como defienden sus acuñadores, no obedece a razones menores o a un simple cambio de nomenclatura, sino a una verdadera mutación en la fisonomía de este procedimiento constitucional. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013, p. 3.

⁹⁴ Hay quienes han leído en esta relevante decisión un verdadero ejemplo de mutación constitucional, al adherir materialmente a la Norma Fundamental un contenido que no se encontraba formalmente previsto en ella. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 30.

⁹⁵ Cabe recordar que el término “control de convencionalidad” fue acuñado por el otrora juez interamericano Sergio García Ramírez para referirse en un inicio al ejercicio de escrutinio convencional que realizaba la Corte IDH al pronunciarse sobre los casos sometidos a su competencia, realizando, en efecto, un control

examen de compatibilidad que el operador jurídico en sede doméstica debe realizar entre los actos y las normas nacionales *vis-à-vis* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, presenta diversos “grados de intensidad”, según el particular sistema de control constitucional previsto en el Estado en cuestión y las competencias concretas que posea la autoridad jurisdiccional que efectúe dicho control.

Así, dejando en un segundo plano la revigorización experimentada por el juicio de derechos fundamentales y el giro dado por la SCJN al abandonar sus anteriores criterios y reconocer la existencia de un modelo de control difuso de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano⁹⁶, el presente trabajo se centra en el grado de intensidad máximo de control que puede encontrarse en la (aún en construcción) “teoría general de la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad”⁹⁷, esto es, en la atribución para declarar la invalidez de la norma con efectos *erga omnes*, particularmente cuando tal declaratoria emana de la versión más pura del control concentrado: el mecanismo de control abstracto de constitucionalidad.⁹⁸

concentrado de convencionalidad. Véase, *inter alia*: Corte IDH. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 07 de septiembre de 2004. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

⁹⁶ Contrario a lo considerado por algunas voces reticentes, la obligación de ejercer el control de convencionalidad no implica que los países deban ajustar necesariamente sus sistemas de control constitucional a uno de tipo difuso, ya que aquel puede funcionar independientemente de la forma de control constitucional que opere en la jurisdicción doméstica. Esta distinción es precisamente el punto toral sobre el cual Ferrer edifica su hipótesis acerca de los distintos grados de intensidad que el control de convencionalidad puede presentar. Así, al reconocer la SCJN la existencia de un modelo de control difuso de constitucionalidad en el sistema mexicano, lo que en realidad hizo fue amalgamar ambas formas de control y fijar como mínimo aplicable un grado de intensidad medio, a saber, la inaplicación de la norma, cuando pueden existir efectos en el control menos invasivos pero quizá también menos efectivos. Véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano* en “La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma”, coord., Carbonell, M. y Salazar, op. cit., p. 343 y SCJN. Pleno “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD). Tesis No. LXVII/2011(9ª).

⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano* en La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma en op. cit., p.370.

⁹⁸ No debe dejar de anotarse que las otras dos formas de obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes* se encuentran previstas, por un lado y con sus particularidades, en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 105 constitucional, en lo tocante a las controversias constitucionales (CC) lo que, en principio, no constituiría un ejercicio simultáneo de control de convencionalidad *strictu sensu* ya que no estaría en juego la protección *directa* de derechos fundamentales sino la preservación de dos principios estructurales en la CPEUM: la distribución de competencias y la división de poderes. A pesar de ello, como ejemplo destacable cabe traer a colación la CC 32/212 promovida por el municipio indígena de Cherán, en la que, empleando una ingeniosa estrategia de litigio, se defendió el derecho a la consulta previa de la Comunidad pero exteriorizándolo a través de la violación a su esfera de atribuciones en su calidad de municipio indígena. La otra forma de obtener la expulsión de una norma jurídica se encuentra en el procedimiento de declaratoria de inconstitucionalidad que se origina la jurisprudencia conformada en el juicio de amparo, según se advierte de los párrafos segundo y tercero de la fracción II del artículo 107 de la CPEUM.

De esta suerte, se parte de la premisa de que, si bien, por un lado, el juicio de derechos fundamentales se ha posicionado como la vía de control directo de constitucionalidad-convencionalidad que presenta el espectro de mayor extensión y amplitud en sede doméstica, y de ahí, en gran medida, el entendible “acaparamiento de miradas” al que se hacía alusión en las primeras líneas de este trabajo⁹⁹, el mecanismo de control abstracto se habría erigido, en el otro extremo, en el medio de que presenta mayor grado de eficacia de control de convencionalidad en esta reingeniería de defensa del texto constitucional.

Lo anterior en atención a que a la fisonomía originaria del procedimiento creado *ex professo* para obtener como producto resolutorio la declaratoria de invalidez de la norma con efectos *erga omnes*, se ha adherido, a raíz de los múltiples cambios ocurridos en el sistema jurídico mexicano, gestados, de un lado, en sede legislativa y, del otro, en sede interpretativa-judicial, tanto doméstica como internacional, la posibilidad de emitir en el ámbito interno, a través de este vehículo procesal, sendas declaratorias materiales de inconventionalidad de la norma con los efectos expansivos antes señalados.¹⁰⁰

Tal integración a una de las notas características en el funcionamiento de los tribunales constitucionales ubicaría, a criterio del autor del presente trabajo, a la SCJN y a las Altas Cortes de la región¹⁰¹, particularmente a las que cuenten con facultades para declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos *erga omnes*, como primeras depositarias en sede doméstica de la garantía convencional.

Esto en la medida en la que, ante las violaciones perpetradas en sede legislativa por la introducción o permanencia de porciones normativas de contenido inconventional,

⁹⁹ Para descripción del proceso de “re-ingeniería” en la fisonomía del juicio de amparo, véase: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. y Sánchez Gil, Rubén. *El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo*, op. cit., p. 25-72 y García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta. *La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)*. México, Porrúa, 2011, p. 215.

¹⁰⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el Nuevo Paradigma del Juez Mexicano*, op. cit., p. 386.

¹⁰¹ Acuña destaca que la recepción del “modelo del tribunal constitucional” en la región pasa más por un elemento de materialidad que de formalidad, en la medida en la que más allá de no existir en algunos casos, en estricto sentido, tribunales de tal naturaleza, éstos son depositarios de la jurisdicción constitucional. Así, se presentan en Latinoamérica Cortes o Tribunales Constitucionales fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); Salas Constitucionales que forman parte de las Cortes Supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Honduras y Venezuela) y Cortes o Tribunales supremos que realizan funciones de Tribunales Constitucionales (Argentina, México, Panamá y Uruguay). Todos ellos poseen, bajo articulaciones distintas, atribuciones de expulsión con efectos *erga omnes*, sea en la vía abstracta o concreta. Acuña, Juan Manuel. *La Expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina* en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014, p. 210-2011. Véase también: Heighton, Elena. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad* en “La Justicia Constitucional y su Internacionalización: Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina. Coord. Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. México, IJ, 2010, Tomo I. p. 107-175.

se posicionaría a los “poderes contra-mayoritarios”¹⁰² al frente de la línea de batalla para expulsar una norma del ordenamiento jurídico, como función remedial ante el peligro latente de llegar al ámbito complementario internacional, principalmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), por una petición relacionada con la norma violatoria de derechos fundamentales.

De ahí la relevancia de confrontar el cuerpo de precedentes construido en sede pretoriana por la SCJN¹⁰³ respecto de los elementos que estructuran procesalmente el funcionamiento de este mecanismo de control, desarrollado en su mayoría durante la llamada “Novena Época”¹⁰⁴, precisamente a raíz de que el artículo 105 constitucional adquiriese la conformación esencial que mantiene hasta hoy en día, *vis-à-vis* los primeros lineamientos y rasgos delineados por la Corte IDH para el adecuado ejercicio del control difuso o interno de convencionalidad¹⁰⁵.

Así, el presente trabajo busca poner en la palestra al presupuesto que activa la expectativa de conocimiento por parte de la SCJN de una eventual acción de inconstitucionalidad, es decir, al objeto de control de esta figura: el producto legislativo.

II. Metodología.

Con base en las anotaciones preliminares referidas, el estudio que aquí se despliega pasa revista al concepto que nuestro Tribunal Constitucional ha ido moldeando casuísticamente para determinar si se está frente a un “nuevo acto legislativo” y por ende

¹⁰² Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*. México, Serie Cuadernos de Divulgación Electoral. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, p. 18.

¹⁰³ En estricto sentido, el mecanismo de formulación de tesis, aun mantenido por la Corte en toda su labor jurisdiccional, únicamente sería aplicable para la formación de jurisprudencia que emana del juicio de amparo, mientras que, en lo que respecta a las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales se configuraría un verdadero sistema de precedentes que acercaría la labor jurisprudencial de la Corte, al menos en lo que a estas vías respecta, a uno de tipo anglosajón, en donde se acrecienta la necesidad de extraer la *ratio decidendi* y “... la identificación entre todas las partes de las razones que sostuvieron las consideraciones de la sentencia.” Véase: Cossío Díaz, José R. *La Controversia Constitucional*. México, Porrúa, 2008 p. XII.

¹⁰⁴ Según se desprende del Acuerdo Plenario 5/1995 la Novena Época inició el 5 de febrero de 1995 con motivo de la reforma constitucional de diciembre 1994, concluyendo precisamente tras las reformas constitucionales del 6 y 11 de junio de 2011, las cuales darían pie a la inauguración de una nueva época (Décima Época), computada oficialmente desde el 4 de octubre de 2011. Véase: acuerdo 5/1995, disponible en red en: https://www.scjn.gob.mx/transparencia/paginas/trans_mn_cf_acplenario_jpermvig.aspx y acuerdo general 9/2011, disponible en red en: https://www.scjn.gob.mx/Documents/AGP_9_11-1.pdf [Consultados el 5 de septiembre de 2015.]

¹⁰⁵ Para las etapas de evolución en la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH, véase, *inter alia*: Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 123-125; caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225 y Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

si se surte la oportunidad para someter una disposición a escrutinio constitucional en la vía abstracta.

Hecho lo anterior, se confrontará tal desarrollo jurisprudencial con las notas novedosas que el ejercicio del control interno de convencionalidad imponen a la Corte en el desempeño de sus funciones, con miras a tratar de esclarecer si existen razones que justifiquen la adopción de un enfoque distinto para aproximarse a disposiciones que violenten derechos fundamentales.

III. La doctrina jurisprudencial del “nuevo acto legislativo” desarrollada por la SCJN.

Introducidas al texto constitucional (art. 105, fr. II), mediante reforma publicada el 31 de diciembre de 1994, como un proceso especializado para la impugnación de leyes¹⁰⁶ ante la jurisdicción constitucional que, a diferencia del juicio de amparo, no requería un caso concreto de afectación¹⁰⁷, las acciones de inconstitucionalidad supusieron la inauguración de un nuevo modelo de control de constitucionalidad en el sistema mexicano¹⁰⁸, constituyendo un eslabón más para consolidar a la SCJN como un auténtico tribunal constitucional.¹⁰⁹

Para regular el funcionamiento de este mecanismo, el segundo párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional fijaría como plazo para instar la competencia de la Corte en esta vía, treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma¹¹⁰, estableciéndose, en el artículo 19, fracción VII, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105 o la Ley Reglamentaria), en conexión con los artículos 21, fracción II, y

¹⁰⁶ En el caso mexicano, leyes en un aspecto tanto formal como material y tratados internacionales que prevén un proceso de incorporación específico al sistema jurídico mexicano, según se desprende de lo dispuesto por las fracciones I y X de los artículos 76 y 89 constitucionales, respectivamente.

¹⁰⁷ García Morelos, Gumesindo. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. 2ª ed. México, Ubijus, México, 2009, p. 110.

¹⁰⁸ Brage Camazano, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, op. cit.*, p. 375.

¹⁰⁹ Castellanos Madrazo, José F. *El Control de Constitucionalidad de la ley en México*. México, Porrúa, 2014, p. 225. A su vez, Brage Camazano señala que si bien la SCJN se halla más próxima de ser un tribunal constitucional de lo que su *nomen iuris* indicaría, no es posible considerarla un auténtico y exclusivo tribunal de esta naturaleza, en la medida en la que continúa reteniendo, en opinión del autor, algunas atribuciones competenciales de pura y simple legalidad. Véase: Brage Camazano, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”, ídem*.

¹¹⁰ Unos meses después, el 11 de mayo de 1995, se publicaba en el Diario Oficial de la Federación la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reiterando en su artículo 60 que el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad sería de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial.

65 de dicho cuerpo jurídico, que las demandas presentadas fuera de ese plazo serían improcedentes.

Cabe precisar que durante los más de 20 años que lleva en funcionamiento este mecanismo de regularidad constitucional¹¹¹, la SCJN ha sostenido criterios ciertamente encontrados en torno a la figura del acto legislativo que, teniendo como parámetro de referencia lo expresamente dispuesto por el aludido párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional, han tendido a reducir o ampliar, según sea el caso, el objeto susceptible de ser sometido a control (espectro normativo impugnabile) de cara al producto concreto emanado de los órganos legislativos, federal o locales.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la SCJN no ha mantenido un criterio unánime en torno a la teoría del “nuevo acto legislativo”, sino que ha privilegiado una aproximación casuística, es posible identificar en el desarrollo jurisprudencial de la 9ª y la 10ª época tres vertientes o enfoques de aproximación marcadamente distintos para considerar al acto legislativo como uno efectivamente nuevo:¹¹²

1. El criterio formalista

Este criterio se basa en el principio de *autoridad formal o congelación de rango*¹¹³ y atiende a la mera presencia de la norma en el decreto de reformas correspondiente como único requisito necesario para considerarla susceptible de ser impugnada, no obstante que la disposición de mérito se reproduzca nuevamente al encontrarse ya prevista con antelación en el ordenamiento jurídico de que se trate. Tal postura inicial de la Corte representa una interpretación poco controvertible respecto a la literalidad de lo señalado por la fracción II del artículo 105 constitucional, el cual habla de publicación de la norma sin establecer mayores distinciones, como presupuesto desencadenante para iniciar el cómputo del plazo para instar la acción de inconstitucionalidad. Fue sustentada por vez primera en la AI 14/2001.¹¹⁴

¹¹¹ A la fecha en la que se concluye el presente artículo (9 de septiembre de 2015) han sido presentadas ante la SCJN 860 acciones de inconstitucionalidad. Disponible en red en: <http://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AInconstitucionalidadResueltas.aspx> y <http://www2.scjn.gob.mx/IndicesCCAI/ControversiasConstitucionalespub/AccionInconstitucionalidad.aspx> [Consultadas el 9 de septiembre de 2015].

¹¹² Para la cita de los expedientes emanados de procedimientos de acción de inconstitucionalidad se utilizarán las siglas AI.

¹¹³ Con base en dicho principio debe entenderse que la extinción o modificación de un acto legislativo se produce a través de otro dictado conforme al mismo procedimiento y las mismas formalidades que dieron nacimiento al primigenio.

¹¹⁴ Cabe destacar que en dicho asunto la Corte derivó sus conclusiones con base en razonamientos sostenidos previamente en un procedimiento de amparo, determinando que era posible transpolarlos a un mecanismo de control diverso como la acción de inconstitucionalidad. La Corte invocó los criterios

Aunque este criterio continúa vigente y es frecuentemente invocado, en tiempos más recientes ha sido objeto de excepciones que matizan y acotan su operatividad e introducen la exigencia de un requisito adicional, ya sea la extracción de la voluntad del legislador o un cambio material de contenido normativo, sea directo o indirecto¹¹⁵. En virtud de lo anterior, podría considerarse que está en vías de ser abandonado.¹¹⁶

2. *El criterio voluntarista*

El criterio voluntarista adiciona al requisito anterior la corroboración de que la norma no novedosa pero reproducida en el decreto que se pretende impugnar, haya sido –al menos- discutida en el proceso legislativo de mérito, como medio para considerar que su presencia en tal decreto, no obstante no existir en todos los casos una modificación material o de contenido, emana de la voluntad del legislador.

La SCJN ha mezclado en algunos casos el análisis de los criterios voluntarista y material como indicadores que robustecen la posibilidad de impugnar la norma;¹¹⁷ sin embargo, en la AI 24/2012, la Corte invocó este estándar como único requisito a tomar en consideración¹¹⁸.

establecidos previamente por al resolver el incidente de inejecución 142/94. Véase: “*LEYES, AMPARO CONTRA. CUANDO SE REFORMA UNA LEY DECLARADA INCONSTITUCIONAL O SE SUSTITUYE POR UNA DE CONTENIDO SIMILAR O IGUAL, PROCEDE UN NUEVO JUICIO POR TRATARSE DE UN ACTO LEGISLATIVO DISTINTO.*” Tesis P./J.89/97. Tal criterio fue reiterado en la AI 05/2004 y su acumulada 07/2004, dando lugar a la tesis jurisprudencial P./J.27/2004 de rubro: “*ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA REFORMA O ADICIÓN A UNA NORMA GENERAL AUTORIZA SU IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DE ESTE MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL, AUN CUANDO SE REPRODUZCA ÍNTEGRAMENTE LA DISPOSICIÓN ANTERIOR, YA QUE SE TRATA DE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO.*”

¹¹⁵ Véase: AI 22/2004, la cual dio lugar a la tesis de rubro “*ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL CAMBIO DE LA IDENTIFICACIÓN NUMÉRICA DE UNA NORMA GENERAL NO CONSTITUYE UN NUEVO ACTO LEGISLATIVO PARA EFECTOS DE SU IMPUGNACIÓN A TRAVÉS DE AQUEL MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.*” Pleno. SCJN. (P. /J. 96/2007). Pareciera ser que la supuesta excepción constituiría más bien un abandono de criterio, pues bajo la nueva interpretación se introdujo el requisito de que la reforma vaya dirigida al contenido normativo del precepto que pretende impugnarse, centrando el enfoque en una mutación material más que meramente formal.

¹¹⁶ No obstante, en la reciente discusión de la AI 19/2015 (27 de octubre de 2015) y a pesar de la oposición de los ministros Cossío Díaz, Franco González y Gutiérrez Ortiz Mena, quienes –como se verá más adelante- se alinean al criterio material, el criterio formalista fue utilizado como obligatorio para la Corte para determinar que una norma reproducida en el decreto de reformas de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California pero ya prevista con anterioridad, era susceptible de ser nuevamente impugnada.

¹¹⁷ Véase: AI 2/2010. En dicho asunto, la disposición formalmente modificada fue el artículo 391 del Código Civil del Distrito Federal (CCDF), sin embargo, se consideró que, más allá de que el diverso artículo 146 del CCDF había sido indirectamente modificado por la reforma realizada al artículo 391, también formaba parte del espectro normativo sobre la base de que “...sí fue objeto de discusión durante el procedimiento legislativo respectivo, habiéndosele incluido dentro del decreto de reformas que por esta vía se combate.”

¹¹⁸ En el caso de mérito, la porción normativa objeto de control, en la especie, el párrafo segundo (antes tercero) del artículo 10 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados, no había sido materialmente modificada en el procedimiento legislativo, sino únicamente recorrida para ocupar el lugar del párrafo segundo tras la fusión del párrafo primero y el otrora párrafo segundo. Sin embargo, la Corte concluyó que la norma sí resultaba impugnada ya que había sido objeto de

El ministro Aguilar Morales en la AI 02/2010 identifica en lo que respecta a este criterio la presencia incluso de un principio general emanado de los distintos pronunciamientos de la SCJN frente al concepto del nuevo acto legislativo:

...subyace un principio general que consiste en que se está en presencia de un nuevo acto legislativo a pesar de que se trate del mismo texto preexistente, cuando dicho texto hubiese sido materia del proceso legislativo y por tanto sea voluntad del legislador reiterarlo, pues del análisis mediante discusión y su consecuente votación se podrá manifestar y entender la voluntad del legislador.¹¹⁹

3. El criterio material ¹²⁰

Empleado como forma de aproximación a la norma por un número cada vez más creciente entre los ministros que actualmente integran la Corte, por lo que podría considerarse un auténtico cambio en la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Constitucional, representa el umbral de mayor exigencia para la activación de competencia en la vía abstracta, identificando al nuevo acto legislativo como aquél que necesariamente “...entrañ(e) un cambio en el contenido normativo del precepto...”¹²¹. Así, solamente cuando exista un cambio de contenido en la norma sería posible su impugnación.

En su entendimiento más amplio, este criterio permite el escrutinio de la norma cuando se llega a generar un cambio en su núcleo normativo derivado de las enmiendas realizadas a otras disposiciones, aún a pesar de no haber sido formalmente modificada.

En relación con lo anterior, en su voto particular en la AI 24/2012, el ministro

discusión durante el procedimiento legislativo respectivo, aunque subordinando esa decisión de no reformar a la constatación de un resultado específico, a saber, su reiteración o reproducción en el decreto de reformas correspondiente. Votarían a favor de tal razonamiento las ministras Luna Ramos y Sánchez Cordero, así como los ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Cossío Díaz, Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández*, Pérez Dayán y Silva Meza. Votarían en contra los Ministros Franco González y Zaldívar Lelo de Larrea. *Tras el fallecimiento del Ministro Valls Hernández, se integró al Tribunal el ministro Medina Mora.

¹¹⁹ Véase: voto particular ministro Aguilar Morales, AI 02/2010.

¹²⁰ Es empleado en la AI 29/2008 por primera vez como requisito adicional al criterio formal, al exigir que la reforma vaya dirigida al contenido normativo del precepto impugnado y no solamente a su identificación numérica o cambio de ubicación, introduciendo como pautas a observar la modificación del texto correspondiente, su alcance jurídico o la precisión de un punto considerando ambiguo u oscuro, independientemente de que en los trabajos del proceso legislativo de mérito el legislador haya manifestado su voluntad de no reformar la norma.

¹²¹ Véase: voto particular ministro Zaldívar Lelo de Larrea, acción de inconstitucionalidad 24/2012. En la actualidad, al menos, los ministros Franco González, Zaldívar Lelo de Larrea, Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena, sostienen con claridad posiciones que, grosso modo, se identifican con este enfoque.

Franco¹²² sentaría con nitidez las dos formas en las que puede operar el cambio en el contenido de la norma, esto es, de manera directa o indirecta. Así, el cambio directo se da cuando la norma en cuestión es objeto de modificación en su contenido, sentido y alcance; siendo por su parte indirecto, cuando una norma o porción de ella, aunque intocada por la reforma, varía en su sentido o alcance a consecuencia del cambio introducido en otros componentes del sistema o subsistema normativo.

*
* *

Establecido el estado del arte en torno a la postura de la Corte frente al concepto de “acto legislativo nuevo”, surge la duda subyacente acerca de si tales criterios o posturas resultarían directamente aplicables a cuestiones en donde se encuentre en juego la tutela, aunque sea de manera abstracta, de derechos fundamentales.

Con base en ello, se cuestiona qué debería hacer el Tribunal Constitucional, en su sustentada calidad de primer depositario en sede doméstica de la garantía convencional, cuando una norma violatoria de derechos humanos no haya sido modificada, tal vez ni siquiera discutida en el proceso de enmienda, por el legislador emisor de la norma en el acto legislativo sometido a su conocimiento pero guarde, por ejemplo, relación o un vínculo con ella. ¿Es posible encontrar matices que podría invocar la Corte para justificar el conocimiento de la norma reputada inconventional de ser planteada tal cuestión por uno de los órganos legitimados para instar la vía abstracta?

El siguiente apartado, a la par que reconoce la existencia de una serie de consideraciones que pueden esgrimirse en contra de la adopción de un enfoque distinto, busca ofrecer un conjunto de herramientas argumentativas que no deberían ser soslayadas previo a tomar una decisión definitiva al aproximarse a esta problemática.

IV. El nuevo acto legislativo: el papel de la SCJN cuando el legislador permanece en infracción a la norma convencional.

Uno de los grandes desafíos que enfrenta todo tribunal constitucional en el ejercicio de sus funciones es la deferencia que debe mostrar hacia la labor de los poderes constituidos, principalmente del legislativo, con miras a no asumir un rol que usurpe o

¹²² Véase: Lo resuelto en la AI 02/2010 respecto de la posibilidad de impugnar el artículo 391 del CCDF, el cual se tornó como norma objeto de control a pesar de no haber sido formalmente modificada. En otras oportunidades la Corte ha declarado la invalidez de una disposición pero no por la vía de la procedencia para impugnarla, es decir, como parte del espectro normativo impugnabile o en calidad de norma (directamente) objeto de control sino utilizando el amplio margen con el que cuenta para asignar los efectos a la sentencia que emita, es decir, ingresando al estudio de la porción normativa en cuestión como norma objeto de control indirecto.

invada su esfera de atribuciones y, dentro de este supuesto, señalan algunos, de no inmiscuirse en las decisiones que, en un pretendido ejercicio democrático, han sido adoptadas por las mayorías¹²³. Esta tensión no hace más que agudizarse cuando la cuestión sometida a escrutinio es precisamente el producto legislativo, presentado lisa y llanamente ante el juez constitucional para ser confrontado de manera abstracta de cara a su compatibilidad con el texto constitucional.

En efecto, la labor del juez constitucional en la garantía de preservar la “fuerza normativa de la Constitución” se maximiza cuando, en su función represiva, la tarea es “...impedir los ataques que a través de normas inconstitucionales se realicen contra...” ella.¹²⁴

Así, la exposición que aquí se construye presenta como premisa de estudio una disposición o porción normativa que, *prima facie*, se reputa violatoria de los derechos fundamentales en un sistema jurídico determinado, en este caso, el mexicano. Dicho en otras palabras, la norma, en su momento, fue introducida al sistema normativo en cuestión y, por los motivos que sean, se ha perpetuado en el andamiaje jurídico estatal. El llamado “ataque” del que hablaba Sagües no fue diagnosticado o impedido con oportunidad.

Esto pudo obedecer a diversas razones: quizá la norma no fue impugnada con oportunidad por los órganos legitimados para ello; tal vez en su momento no se le estimaba violatoria y esto ha cambiado producto de la evolución propia del Derecho¹²⁵ o de la misma apertura del sistema mexicano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)¹²⁶; puede ser que –ya no siendo susceptible de ser sometida a escrutinio vía control abstracto- no se hayan reunido los requisitos necesarios para obtener su expulsión a través de otro mecanismo, etc.

¹²³ Dworkin, Ronald. *Los Casos Constitucionales* en “Los Derechos en Serio”, 5ª reimp., España, Ariel, 1984, p. 210-233.

¹²⁴ Sagües, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. México, Porrúa, 2013, p. 20.

¹²⁵ Este cambio opera en muchos casos mediante la llamada “mutación constitucional” de la constitución formal que se nutre materialmente de lo creado en distintas sedes, principalmente la pretoriana, sea nacional (SCJN) o internacional (la Corte IDH como protagonista por su ámbito de incidencia, pero también pueden incluirse a la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional). Véase: Sagües, Néstor P. *Los Jueces y la Interpretación Constitucional Mutativa* en “La Interpretación Judicial de la Constitución”, *op. cit.*, p. 49-79.

¹²⁶ En este aspecto juega un papel de primera línea el fenómeno del diálogo entre cortes (diálogo jurisprudencial) que va construyendo una especie de doctrina legal para los Estados signatarios de la CADH, a la luz del compromiso del cumplimiento *bona fide* de las obligaciones internacionales, máxime cuando la Corte IDH fija estándares en torno a la inconventionalidad de normas en los casos sometidos a su consideración. Véase como referencia: Hitters, Juan C. *Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana* en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Constitucionales, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 889-906.

Se trata pues, de decisiones adoptadas en su momento por las mayorías coyunturales que persisten en el sistema jurídico mexicano y que penetran el espectro del llamado “coto vedado”¹²⁷, el “límite de lo indecible”¹²⁸ o “las cartas de triunfo del ciudadano”¹²⁹, según el autor de cabecera que se invoque -guardando las salvedades o distinciones conceptuales y de extensión que entre dichos términos pudiese hacerse-, pero que no reúnen en estricto sentido los requisitos, previamente abordados, delineados por la Corte.

Bajo esta tesis, debe traerse a colación una realidad que se torna innegable: el legislador, local o federal, desenvolviéndose en algunos de los distintos órdenes jurídicos que reconoce el texto constitucional¹³⁰, al mantener en el sistema mexicano una norma inconventional se ubicaría en infracción, entre otros, a los artículos 1.1 y 2 de la CADH, desembocando, en el plano internacional, en la comisión de un acto ilícito que acarrea la responsabilidad internacional del Estado mexicano¹³¹.

En el otro extremo, se erige como primer argumento en contrario de esta postura expansiva, lo sustentado por la Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* al puntualizar a qué lineamientos se ceñía el ejercicio del control de convencionalidad, precisando que éste debe realizarse “...en el marco (...) de las

¹²⁷ Garzón Valdés, Ernesto. *Representación y democracia* en “Derecho, ética y política” 1993. Recuperado el día 23 de agosto de 2015.: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141760.pdf>

¹²⁸ Ferrajoli, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales* en Cuestiones Constitucionales. Número 15, julio-diciembre 2006. Disponible en red: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> [Consultado el 23 de agosto de 2015].

¹²⁹ Dworkin, Ronald. *Los Derechos y los Conceptos Políticos* en “Justicia Para Erizos” México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 401.

¹³⁰ SCJN. Pleno. “ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.” Tesis: P./J. 136/2005. Se reconoce así la existencia de cinco órdenes que inciden, de manera distinta, en el funcionamiento del Estado mexicano: los órdenes jurídico-municipales; los órdenes jurídico-locales; el orden jurídico del Distrito Federal; el orden jurídico federal y el orden jurídico constitucional o total. Algunos autores, como el Mtro. Francisco Vásquez Gómez Bisogno, identifican una nueva categoría: la legislación única o con vocación nacional, introducida en el texto constitucional al establecerse la atribución del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia adjetiva penal, ejecución de penas, etc.

¹³¹ En efecto, entendiendo al artículo 2 de la CADH, como “un rostro” o manifestación complementaria de las obligaciones genéricas de respeto y garantía consagradas en el artículo 1.1 del Pacto de San José se desprenden de su contenido, según la interpretación del Tribunal Interamericano, la obligación de adoptar medidas en dos vertientes, en la que aquí interesa, el suprimir “..._las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención.” Véase: Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 176 y *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 36; García Ramírez, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad* en “El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales”, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. México, Fundap, 2012, p.232 y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Comentario al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 72.

regulaciones procesales correspondientes”¹³² y que debían considerarse los “...presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia...”¹³³

Lo anterior, de cara al mecanismo de control en comento y la revisión realizada al desarrollo jurisprudencial de la Corte en torno al “nuevo acto legislativo”, llevaría a concluir preliminarmente que, en las circunstancias actuales, sería imposible afirmar un presupuesto habilitante distinto para conocer de una norma violatoria a derechos fundamentales por la vía abstracta, salvo que encuadre en algunos de los criterios sostenidos previamente por la SCJN y, con mayor seguridad, que la norma controvertida configure, tanto formal como materialmente, un nuevo acto legislativo. Esto es, que la porción tildada de inconstitucional represente una introducción de contenido normativo novedoso en el sistema jurídico y que se impugne en el plazo establecido por el párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional.

De esta suerte, no podría esperarse que la labor de la Corte, de cara a las violaciones del legislador a la norma convencional, varíe mucho en relación con las funciones tradicionales que venía ejerciendo en la vía abstracta. La deferencia a mostrar al legislador sería máxima y, en reflejo a ello, la asunción de funciones expansivas de tutela por parte de la SCJN bastante restringida¹³⁴.

A pesar de lo anterior, un argumento peculiar en torno al plazo para impugnar normas que, por su carácter violatorio de derechos fundamentales, resulten irreconciliables con el texto constitucional puede extraerse de lo determinado por la propia 1ª Sala de la SCJN al resolver el amparo en revisión 152/2013 (AR 152/2013).

En el caso de mérito, los quejosos impugnaban el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, vigente desde su conformación inicial al ser publicada la referida codificación en 1944 y que establecía que el matrimonio era un contrato entre un solo hombre y una sola mujer, sobre la base de que tal disposición constituía una norma autoaplicativa cuyo agravio se fundaba en el efecto discriminatorio generado

¹³² Véase: Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, op. cit., párr. 128.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Apoya lo anterior el hecho de que la invocación de que una norma es violatoria de derechos fundamentales como argumento que habilite a la SCJN a ingresar a su estudio supondría *a priori* -en términos procesales- una notoria inversión del orden de estudio que debe desarrollarse. Se invocaría así la existencia de una norma con tal carácter para legitimar a la SCJN a ingresar al análisis de la disposición no impugnada en su momento en los plazos establecidos, siendo que tal conclusión, es decir, del carácter violatorio a derechos fundamentales, resultaría, en principio, propia o reservada al estudio de fondo al que debería haberse arribado una vez superado el escollo de la procedencia y, dentro de estos presupuestos de análisis, la oportunidad para la impugnación de la norma.

automáticamente por la ley al excluir a las parejas homosexuales de este régimen de derecho familiar.¹³⁵

Ahora bien, respetando las nítidas disimilitudes que existen entre el mecanismo de control abstracto y el amparo cuando es utilizado para confrontar la compatibilidad de una norma general con el orden constitucional, sintetizadas en la necesidad de que converja en el segundo mecanismo un presupuesto de afectación (principio de agravio), lo que llevó en el caso de especie a la realización de un profuso estudio acerca de las diferencias entre el interés legítimo y el jurídico *vis-á-vis* el momento en el que se actualiza la afectación en el quejoso¹³⁶, lo cierto es que la SCJN reconoce en un tipo especial de normas, a saber, aquéllas que posean un mensaje estigmatizador por su carga discriminatoria, la existencia de un término perenne para impugnarlas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional expresaría lo siguiente:

...una ley cuya parte valorativa contenga un mensaje que se repute como discriminatorio por hacer distinciones con base en una de las categorías sospechosas prohibidas en el artículo 1° constitucional, debe considerarse que es autoaplicativa –sin importar la fecha de entrada en vigor- y que sus efectos son permanentes, pues no se agotan en un instante, sino que se actualizan de momento a momento, por lo que se pueden impugnar en cualquier tiempo. Lo anterior constituye un nuevo entendimiento en el plazo de interposición de un amparo contra leyes autoaplicativas cuando el mensaje expresado por éstas sea estigmatizador y esté basado en categorías sospechosas...

En este sentido, uno de los puntos torales empleados por la Corte en su construcción argumentativa descansó en la idea de que no podía computarse el plazo para la interposición de la demanda de amparo, pues el *agravio* subsistía de forma continuada mientras persistía la proyección del mensaje tachado de discriminatorio, lo que

¹³⁵ En la primera instancia, el procedimiento de tutela había sido sobreseído sobre la base de una supuesta ausencia de interés legítimo de los quejosos para combatir el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en la medida en la que, por tratarse de una norma heteroaplicativa, era necesario que los quejosos demostraran la existencia de un acto de aplicación.

¹³⁶ El criterio adoptado, con base en el concepto de la “individualización incondicionada” sostuvo la existencia de una regla de relación entre la amplitud del espacio de normas heteroaplicativa inversamente proporcional al grado de inclusión abarcado por el contexto de agravio adoptado. Así, bajo esta resolución, a mayor flexibilidad en el tipo de interés exigido (interés legítimo basado meramente en un derecho objetivo, esto es, una afectación real e indirecta) se genera una reducción en el espacio de leyes heteroaplicativas y amplía de manera directamente proporcional el espacio de leyes autoaplicativas.

configuraba una especie de *violación permanente* que posibilitaba controvertirla en cualquier momento desde su entrada en vigor.

Si bien tal concepto resulta, en principio, difícil de transpolar al mecanismo de control abstracto, ya que la *publicación* de la norma, como presupuesto procesal exigido por el texto constitucional, es un acto que, más allá de sus efectos, se materializa y agota en un momento determinado, tampoco debe perderse de vista que ambos procesos comparten una base jurídica de impugnación similar: la existencia de una disposición infra-constitucional irreconciliable con la Norma Fundamental que se ha perpetuado en el sistema jurídico y cuya vigencia, con sus correspondientes efectos concretos en la esfera del quejoso y abstractos en tanto presente en el mismo sistema jurídico y por ende derecho aplicable a los gobernados, permanece.

En efecto, la litis, al menos inicialmente, en cuanto a la confronta de compatibilidad que realiza el juzgar constitucional podría ser equiparable. El hecho de que en la acción de inconstitucionalidad no comparezca a juicio un sujeto que se duela por la afectación de la norma, en una cuestión que atiende más a la articulación de la relación procesal y función distinta de tales mecanismos, no significa que no existan en realidad sujetos mermados por la continuada permanencia de la norma inconvencional en el ámbito de validez en el que incida, derivado de la misma causa subyacente, a saber, el enquistamiento de tal disposición en el sistema jurídico por la falta de cumplimiento de las obligaciones internacionales del legislador doméstico.

Por el contrario, las ventajas en cuanto al grado de intensidad para ejercer el control de convencionalidad que presenta la figura de la acción de inconstitucionalidad son, como se ha sostenido, más efectivas, al permitir no solamente la inaplicación presente y futura de la norma en lo que respecta a la esfera jurídica del accionante constitucional sino la expulsión total de la norma del sistema jurídico.

De esta suerte, quizá la efectividad con la que la acción de inconstitucionalidad puede erigirse como escudo de protección del apartado dogmático de la Carta Constitucional se repute como su activo más relevante en el tema de nuestros tiempos: la maximización de los derechos fundamentales.

De cara a lo anterior, invocando a Dworkin¹³⁷, si la labor de los jueces, en cuanto funcionarios protagonistas en hacer valer la Constitución, consiste en garantizar los derechos de conformidad con el orden constitucional vigente, tendencia a la cual parece

¹³⁷ Véase como referencia: Dworkin, Ronald. Los Casos Constitucionales en "Los Derechos en Serio", 5ª reimp., España, Ariel, 2005.

inscribirse la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y la posterior interpretación de la SCJN en el expediente varios 912/2010 al adherir al artículo 1º constitucional la obligación de ejercer el aludido control difuso de convencionalidad¹³⁸, ¿podría tal argumento llevar a nuestro Tribunal Constitucional a asumir, en el entendimiento de tal posición, una postura dinámica frente a la infracción legislativa en la derogación de normas inconventionales?

A esta postura contribuye un entendimiento llevado concretamente al grado de intensidad mayor en el que puede ejercerse el control de convencionalidad, respecto de lo señalado por la Corte IDH en el multicitado *leading case* Almonacid Arellano vs. Chile:

... cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella (...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (...) ¹³⁹

La lectura de este considerando bajo el prisma del grado más intenso en el que puede ejercerse el control difuso de convencionalidad, en conjunción con lo resuelto por la 1ª Sala de la SCJN en el citado AR 152/2013, parece abrir una brecha en lo que antes se erigía como un muro procesal infranqueable.

Se trata pues de utilizar como premisa el deber de garantía y la prevalencia de la vinculación de la SCJN frente a las obligaciones estatales que emanan de la CADH, implícito en el razonamiento del Tribunal Constitucional en el AR 152/2013, de cara a las fallas del legislativo en sus obligaciones convencionales, llevando el ejercicio de tales funciones de garantía a su máxima expresión de intensidad para detener de manera

¹³⁸ Véase: Espíndola Morales, Luis. y Nieto Castillo, Santiago. *El control difuso de convencionalidad. Una aproximación* en "El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jueces nacionales", *op. cit.*, p. 415.

¹³⁹ Véase: Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs Chile*, *op. cit.*, párr. 123 y 124.

definitiva, y no simplemente remedial al caso concreto, la infracción al orden internacional en la que se encuentra el Estado mexicano.

Esto genera, por supuesto, un nuevo entendimiento en las labores compartidas entre los tribunales constitucionales, como jueces interamericanos en sede doméstica, y la CortelDH en sede internacional, en donde las altas cortes asumen esta posición en una especie de delegación de funciones por parte del Tribunal Interamericano y que se sustentan en el propio Pacto de San José.

Partiendo de tal idea, a continuación se propone un espectro argumentativo que, abrevando desde distintas aristas jurídicas y atendiendo al grado de pacificidad con el que su empleo sería admitido de cara a la eventual inaplicación de un precepto constitucional, en la especie, el párrafo segundo de la fracción II del artículo 105 constitucional, en tanto obstáculo procesal para la protección de derechos fundamentales, podrían invocarse para someter la disposición tildada de inconvencional a escrutinio.

1. El criterio material: la naturaleza de la violación a derechos fundamentales como recurso directamente proporcional al grado del repudio de su permanencia en el sistema jurídico.

En el AR. 152/2013, la SCJN se enfocó en un tipo específico de normas: aquellas que por su mensaje discriminatorio y estigmatizador resultaban irreconciliables con el orden constitucional; ello justificaba que no venciese el plazo para impugnarlas.

Así, más allá del recurso a los llamados “efectos permanentes” como solución para sustentar la posibilidad imprescriptible de impugnar la norma, argumento cuestionable, a juicio de quien suscribe, tanto por su fortaleza para ser trasladado a otro tipo de violaciones a derechos fundamentales de igual gravedad, como por la tergiversación que genera con respecto a las reglas claramente establecidas por la fracción I del artículo 17 y 18 de la Ley de Amparo¹⁴⁰, el voto concurrente del ministro Cossío en dicho asunto parece dar más claridad a esta postura argumentativa.

Discrepando de la distinción interés jurídico/ interés legítimo como criterio diferenciador para verificar el grado de autoaplicabilidad/heteroaplicabilidad de la norma,

¹⁴⁰ “Artículo 17. El plazo para presentar la demanda de amparo es de quince días, salvo:

I. Cuando se reclame una norma general autoaplicativa, o el procedimiento de extradición, en que será de treinta días;

(...)

Artículo 18. Los plazos a que se refiere el artículo anterior se computarán a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos, conforme a la ley del acto, la notificación al quejoso del acto o resolución que reclame o a aquél en que haya tenido conocimiento o se ostente sabedor del acto reclamado o de su ejecución, salvo el caso de la fracción I del artículo anterior en el que se computará a partir del día de su entrada en vigor.”

el Ministro simplifica la dicotomía creada en torno al plazo de impugnación, invocando más bien un criterio que atiende al tipo específico de violación: una violación por discriminación, en infracción directa al artículo 1º constitucional por emplear una diferenciación no objetiva ni razonable basada en una de las categorías sospechosas ahí enumeradas hace que la infracción constitucional, al ser de tal envergadura y encontrar una protección tan específica y concreta, permita "...establecer un *criterio de oportunidad* distinto al que se ha aceptado por esta Suprema Corte." (Énfasis añadido).

Ubicando tal argumento en clave de control abstracto, se estimaría así que la existencia de la norma se reputa tan aberrante que el plazo para impugnarla no fenece porque se privilegia la necesidad de expulsarla del sistema jurídico para cesar su vigencia, operatividad y posibilidades latentes de ser aplicada.

Se inscriben aquí también, aunque no hayan sido consideradas por la 1ª Sala de la SCJN al fijar tal estándar, las denominadas infracciones normativas que ingresan al espectro del "régimen de violaciones graves a derechos humanos".

Por ejemplo, una disposición que pretenda amnistiar de manera absoluta a los responsables de la comisión de graves violaciones a derechos humanos (*blanket amnesties*)¹⁴¹ debe reputarse, atendiendo a la extensa jurisprudencia del Tribunal Interamericano al respecto, como francamente irreconciliable con cualquier sistema jurídico de la región y por ende impugnabile, incluso en la vía abstracta, en cualquier momento.

Por otro lado, cabe en este apartado traer a colación una característica adicional del control de convencionalidad que no ha sido del todo enfatizada en los estudios en torno a los alcances de esta figura, radicada en el hecho de que, en palabras de la CorteIDH, una norma publicada en infracción a la CADH carece desde el inicio de efectos jurídicos.

En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH precisó que la ley en cuestión, en la especie, una ley que amnistiaba violaciones graves a derechos humanos, carecía *ab initio* de efectos jurídicos otorgando a la declaratoria de invalidez en sede internacional efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos¹⁴². Operando desde esta perspectiva, la SCJN – actuando como juez interamericano en sede doméstica- solamente estaría confirmando

¹⁴¹ Ambos, Kai. *El Marco Jurídico de la Transición* en "Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España." coord. Ambos, Kai., Elsner, Gisela. y Malarino, Ezequiel. Alemania-Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 24.

¹⁴² Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, *op. cit.*, párr. 124.

en realidad el destierro de una norma que aunque formalmente se integró al sistema jurídico mexicano no lo hizo materialmente por constituir derecho inválido.

Respecto de tal acápite, autores como Ferrer¹⁴³ han aconsejado guardar cautela de cara al manejo que debe darse a este *dictum* insertado en algunos precedentes resueltos por la CortelDH, pues no en todos los casos abordados con posterioridad a *Almonacid Arellano* se ha incluido tal consecuencia jurídica, lo que hace pensar que el Tribunal Interamericano sí ha modulado los efectos del ejercicio del control de convencionalidad también atendiendo al marco fáctico o al tipo de violación a la que se inscriba la infracción a la norma convencional.¹⁴⁴

De ahí que pueda afirmarse que el argumento relativo a la nulidad absoluta de la disposición en análisis sería sustentable, de cara a la incipiente teoría del control de convencionalidad desarrollada por el Tribunal Interamericano, únicamente para los casos que entrañen violaciones graves a DDHH.

Es menester hacer notar que el criterio que aquí se expone presentaría como característica principal, frente al precepto constitucional que norman el plazo para la promoción de las acciones de inconstitucionalidad y los criterios que la SCJN ha sostenido previamente, el mayor grado de intensidad en el despliegue de actividades de la Corte, pues rompería con todo el andamiaje bajo el cual se estructura en la actualidad tal operación, en la medida en la que no se presenta ni siquiera un nuevo acto legislativo objeto de control que, en mayor o menor medida, se relacione con la norma que se pretende sea sometida a escrutinio constitucional.

Por tanto, el acto sometido a control es el acto primigenio que introdujo la norma tildada de inconstitucional al ordenamiento jurídico mexicano, independientemente de la fecha en la que haya sido publicado.

¹⁴³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad: el Nuevo Paradigma del Juez Mexicano*, op. cit., p. 395. Debe mencionarse que tal cuestión podría reñir con la legislación nacional que, según lo dispuesto por el penúltimo párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, solamente permite la declaratoria de invalidez con efectos prospectivos, es decir, *ex nunc*, y no faculta para asignar efectos retroactivos, a excepción de la materia penal. En oposición a tal limitante, el juez interamericano en cita señala que, en ocasiones, dicha retroactividad resulta indispensable para lograr un adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad, por lo que quizá la SCJN tendría que verse en la necesidad de inaplicar tal disposición constitucional prevista en el artículo 105 con la finalidad de efectivizar el goce y la protección al derecho transgredido, independientemente de la materia de la que se trate.

¹⁴⁴ Véase: Estrada, Alexei J. Comentario al artículo "Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional", de Castilla, K. en *Revista Derecho del Estado* n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 51-54. Disponible en red: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4199/4644> [Consultado el 23 de agosto de 2015].

La razón que asiste a los sujetos accionantes previstos en la fracción II del artículo 105 constitucional, según su espectro de legitimación material, para impugnar la disposición es que la norma no puede subsistir ni perpetuarse por más tiempo en el orden jurídico apelando al principio de “depuración del sistema jurídico”¹⁴⁵ que persigue todo ejercicio de control abstracto, reforzado por el carácter o naturaleza de la norma violatoria.

2. *La extracción de la voluntad del legislador en su propia inactividad: el plazo razonable para la realización de la reforma correspondiente.*

El presente criterio guarda algunas similitudes con la figura de la “inconstitucionalidad por omisión”, aunque a la vez, las diferencias son patentes y no deben confundirse.

En ambos casos existe mora en la adopción de una decisión legislativa; sin embargo, en la inconstitucionalidad por omisión *strictu sensu* se ignora un mandato del Constituyente, tácito o expreso, de “desarrollo constitucional”¹⁴⁶, esto es, de producción legislativa en adición “...que sancione leyes reglamentarias de la constitución, llene de contenido a cláusulas programáticas. etc.”¹⁴⁷

Por el contrario, en el criterio que nos ocupa, aunque efectivamente se presenta también un desacato, en este caso tal infracción pasa por el hecho de infringir la obligación genérica de expulsar todas aquellas normas contrarias al Pacto de San José, contraviniendo el mandato del legislador internacional previsto en los artículos 1.1. y 2 de la CADH, el cual dota de contenido al mandato de protección establecido en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional. En consecuencia, al final del día, es dable hablar también de una transgresión al propio texto constitucional.

Asimismo, una norma que contemple parcialmente el disfrute de un derecho, sea por omisión relativa o por exclusión deliberada¹⁴⁸, podría ser considerada en esta categoría. Sin embargo, debe acotarse que en estos casos se requiere una doble actividad legislativa, una de expulsión por parte del legislador negativo y otra, consistente

¹⁴⁵ Véase: Huerta Ochoa, Carla. *El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional* en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado.” Septiembre-Diciembre, 1998. No. 93. Disponible en red: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/93/art/art4.pdf [Consultado el 5 de septiembre de 2015].

¹⁴⁶ Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 185.

¹⁴⁷ *Ídem.*

¹⁴⁸ Sagüez utiliza el ejemplo de una norma que confiere el derecho a circular libremente en el territorio nacional a los habitantes pero no incluye a todos ellos o la que niega arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país. Véase: *Ibidem.*

en un mandato de adecuación de la normatividad, impuesta por el mismo Tribunal Constitucional al órgano legislativo.¹⁴⁹

Así, la gran diferencia del presente criterio con la omisión absoluta, es que en el caso que nos ocupa sí existe un acto legislativo objeto de control que se tilda de inconstitucional, independientemente de que éste no haya sido impugnado de manera oportuna. En efecto, lo que no se da propiamente es un nuevo acto legislativo impugnado dentro del plazo de treinta días establecido por la LR105.

A su vez, la distinción que se hace con el criterio expuesto en el apartado que antecede, es que el espectro del presente enfoque es más amplio al comprender cualquier tipo de violación a derechos fundamentales y, por ello, su intensidad, en relación con el despliegue de la actividad jurisdiccional, menor ya que muestra un mayor grado de deferencia al legislador.

Tal deferencia se hace patente al exigir que, previo a ordenar la expulsión de la norma impugnada del sistema jurídico en cuestión, se efectúe un *test* para corroborar que el legislador no ha cumplido con derogar la norma habiendo transcurrido en exceso un plazo razonable para hacerlo, según los estándares delineados por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional.¹⁵⁰

De esta suerte, se extraería primeramente la voluntad del legislador doméstico de permanecer en infracción a la norma constitucional y convencional, esto es, de continuar en desacato internacional, derivado de su propia inactividad en adoptar las medidas pertinentes para expulsar la norma violatoria del ordenamiento jurídico, lo que genera *per se* la responsabilidad del Estado mexicano en sede internacional, como pre-requisito para justificar la actuación subsidiaria del Tribunal Constitucional en el destierro de la norma con efectos *erga omnes*.¹⁵¹

¹⁴⁹ En dichos supuestos también habría que estarse al amplio margen de configuración con el que podría contar la Corte para dotar de los efectos a sus sentencias y no solamente expulsar la norma del orden jurídico sino ordenar al legislativo—e incluso dictar ciertos lineamientos— para adoptar una nueva norma.

¹⁵⁰ Cabe destacar que textos constitucionales como el ecuatoriano ya prevén (art. 436.10) la figura del plazo razonable como herramienta adicional del Tribunal Constitucional para hacer frente a la mora legislativa. El antecedente de tal criterio fue utilizado por el Tribunal Constitucional Federal alemán cuando en casos de omisión en la producción de normas generales se estableció como estándar la observancia de un claro mensaje constitucional incumplido y el transcurso de un tiempo ya irrazonable en la adopción de medidas por parte del legislador. Véase: Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 196 y 197.

¹⁵¹ Tema distinto es que, en reiteradas ocasiones, la Corte IDH ha precisado que el deber de adecuación de la normatividad interna se materializa como una vertiente de las garantías de no repetición, por lo que no implican una revisión en abstracto de la legislación nacional, sino que deben estar estrictamente vinculados a la violación en concreto abordada. Véase: Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. *Sentencia de 23 de noviembre de 2010*, párr. 285.

Respecto a tal extremo, Sagüez trae a colación un argumento irrefutable: frente a la inactividad de los órganos parlamentarios, vista antes como una “cuestión política no justiciable”, la Constitución no deja de ser norma jurídica obligatoria, tanto para el legislador como para el juez. Si el legislador falla, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la Constitución, tornándola operativa en todo lo que pueda¹⁵², lo que la llevaría a expulsar todas aquellas normas que riñen con el texto del que es garante el órgano contramayoritario.

Cabe aquí inscribir un recurso argumentativo adicional. Recordemos que en el caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte IDH señalaría sin mayores nimiedades que “...sus sentencias no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa inter-partes), sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes)”¹⁵³, por lo que la SCJN actuando bajo esta premisa asumiría una función depuradora, al menos en lo que respecta a las porciones normativas inconventionales que ya constituyen juzgada internacional, para expulsar normas que ya no tienen ninguna razón para permanecer en un sistema jurídico determinado, independientemente de la falta del legislador doméstico en activar las vías tradicionales para su derogación.

*3. La extracción de la voluntad del legislador en el vínculo con el nuevo acto legislativo: la norma inconventional como objeto indirecto de control*¹⁵⁴

Este criterio se acerca más a la postura tradicional sostenida por la Corte en torno al enfoque voluntarista, aunque también retoma algunos aspectos del argumento anterior, si bien en un menor grado de intensidad, ya que en este caso sí existe al menos un nuevo acto legislativo. La característica principal de tal acto es que, a pesar de no modificar formal ni materialmente la norma tildada de inconstitucional, guarda un vínculo o relación material con ella.

De tal suerte que el legislador realiza una modificación a una disposición relacionada o incluso toda una reingeniería al marco regulatorio que rodea a la porción

¹⁵² Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 192.

¹⁵³ Hitters, Juan C. *Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana en op. cit., p. 905.*

¹⁵⁴ Sobre este punto, la SCJN ha desarrollado una novedosa teoría para modular el alcance de la extensión de efectos al determinar la validez indirecta de normas. Si bien tales criterios no son directamente aplicables, sí representaron un punto de partida para la construcción argumentativa que aquí se despliega. Véase: SCJN. “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INVALIDEZ INDIRECTA DE LAS NORMAS.” Pleno. Tesis P./J53/2010.

normativa inconventional haciendo ver, de manera tácita, su deseo de perpetuarla en el sistema jurídico en cuestión al no haberla modificado o derogado¹⁵⁵, o al menos su indiferencia ante sus obligaciones convencionales.

El caso más destacable se aprecia en las diversas reformas realizadas a lo largo del país a los códigos civiles de las entidades federativas con la finalidad de elevar la edad mínima para contraer matrimonio, en cumplimiento al mandato establecido por la Ley General de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁵⁶, en las que el legislador local al desplegar una tarea de adecuación sobre dicha institución opta al mismo tiempo por mantener la carga discriminatoria de la norma al limitar su espectro a las uniones heterosexuales, acuñando un producto legislativo que no solamente ignoraría una sólida doctrina jurisprudencial construida por la Primera Sala de la SCJN¹⁵⁷, sino que milita en contra de lo que puede ser considerado ya una práctica emergente de reconocimiento visible en sede judicial en otras latitudes.¹⁵⁸

La posibilidad para tornar a la disposición tildada de inconventional como norma objeto de control, al menos de forma indirecta, dependerá en mucho del producto final *in casu* que genere el legislador en el decreto en escrutinio y su relación con las disposiciones que pretenden controvertirse.

Por ejemplo, en el caso del Código Civil del Estado de Jalisco, mediante decreto publicado el 4 de abril de 2015, se modificó el artículo 260 de la siguiente manera:

Código Civil del Estado de Jalisco (previo a la reforma)	Código Civil del Estado de Jalisco (reformado)
Artículo 260.- Para contraer matrimonio, <u>el hombre y la mujer necesitan haber cumplido</u>	Artículo 260.- Para contraer matrimonio, <u>el hombre y la mujer necesitan contar con</u>

¹⁵⁵ En su menor grado de controversia, apelando a criterios sostenidos previamente por la Corte, como en la AI 24/2012, podría extraerse con mayor nitidez la voluntad del legislador de permanecer en infracción a la norma convencional, y a sus obligaciones internacionales, cuando la disposición de mérito haya sido objeto de discusión en el proceso legislativo pero no se haya materializado una modificación o expulsión de la norma como producto final de dicho proceso en el decreto correspondiente.

¹⁵⁶ “Artículo 45. Las leyes federales y de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán como edad mínima para contraer matrimonio los 18 años.”

¹⁵⁷ Aunque dicho razonamiento no fue invocado en el caso prototípico (AR 152/2013) con miras a apuntalar o robustecer la construcción argumentativa esgrimida, no es descabellado pensar que uno de las cuestiones que motivó en sus inicios la impugnación del artículo 143 del Código Civil para el Estado de Oaxaca y la idea de construir una eventual estrategia de litigación, fue el percatarse de que dicha entidad federativa había realizado reformas a la institución del matrimonio, elevando el requisito de edad para contraerlo, mediante modificación realizada al diverso artículo 147 publicada el 20 de diciembre de 2013, pero había mantenido al mismo tiempo su carácter restrictivo en el acceso a las parejas no heterosexuales.

¹⁵⁸ Para un breve recuento del avance en sede pretoriana para la consolidación del matrimonio igualitario, véase la relación hecha por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el último caso en el que analizó esta cuestión. TEDH. *Case of Oliari and others vs. Italy. Judgment. July 21th, 2015.*

<p>dieciséis años. Los jueces de la residencia de los interesados pueden conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas.</p>	<p>cuando menos dieciocho años de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes.</p>
---	--

(Énfasis añadido)

Respecto a dicha modificación, resultaría en principio discutible apelar solamente a los criterios formal y material para someter la totalidad de la disposición a estudio. Esto, en primer lugar, por la dificultad para invocar la simple reproducción de la norma como supuesto habilitante. Además, porque ante las diversas posturas sostenidas por la Corte en lo que respecta al criterio material, podría cuestionarse si el cambio de contenido normativo irradia plenamente al numeral, convirtiendo toda su confección en espectro normativo impugnabile, o únicamente a la porción normativa que resultó verdaderamente modificada (cambio de edad).

Ante tal falta de claridad, surge la posibilidad de acudir a este diverso remedio argumentativo que extrae con nitidez la voluntad del legislador de reiterar la composición de dicho artículo e, indirectamente, de mantener su carga discriminatoria, lo que da cuenta de que el legislador se muestra reacio a dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales.

En otros casos, la extracción de la voluntad del legislador y la construcción del vínculo puede ser más tenue al estar separadas la disposición que resulta, en estricto sentido, el “nuevo acto legislativo” y la que se estima inconvencional. Es ilustrativo el ejemplo del legislador de Yucatán, quien, mediante decreto número 285 publicado el 12 de junio de 2015, realizó diversas reformas al Código de Familia de la entidad para eliminar las reglas y condiciones que debían de observar quienes no hubieran alcanzado la mayoría de edad para contraer matrimonio, derogando, entre otros, los párrafos segundo y tercero del artículo 54, 55 y 56, pero manteniendo en su artículo 49 la definición de matrimonio como “[u]na institución por medio de la cual se establece la unión voluntaria y jurídica de un hombre y una mujer...”

Por último, se trae a colación un ejemplo destacable en la práctica que da cuenta de la posibilidad de utilizar los recursos argumentativos antes expuestos en casos concretos. Se trata de la AI 11/2015.

En dicho asunto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) impugnó los artículos 7, párrafo segundo, y 104, primer párrafo, de la Constitución Política

de Baja California, ya presentes en tal texto constitucional local pero reiterados en los decretos de reforma número 133 y 184 publicados en el medio oficial de dicha entidad federativa, por poseer un contenido claramente discriminatorio al privilegiar, entre otros, un modelo determinado de familia. Tales artículos, en lo que aquí interesa, prevén:

Artículo 7.- (...)

El Estado reconoce y protege la Institución del Matrimonio como un derecho de la sociedad orientado a garantizar y salvaguardar la perpetuación de la especie y ayuda mutua entre los cónyuges, satisfaciéndose este solamente, mediante la unión de un hombre con una mujer.

Artículo 104.- La Ley Civil contendrá disposiciones que tiendan a proteger la estabilidad del hogar y la constitución del patrimonio familiar, con miras a evitar el desamparo de la esposa e hijas.

(Énfasis añadido)

En el caso de mérito, a la fecha de conclusión de este artículo aún no resuelto por la SCJN pero con amplias posibilidades de ser sobreseído, la CNDH adujo, como argumento habilitante para tornar tales disposiciones como objeto de control del escrutinio abstracto, que la mera reproducción en el decreto de reformas publicado generaba una nueva oportunidad para su impugnación, invocando un precedente que parte de inicio con pocas posibilidades por las posiciones encontradas que existen en la Corte.

Sin embargo, es evidente que tales disposiciones de carga discriminatoria, una de ellas incluso ubicada en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en el orden local, al haber sido reiteradas por el legislador en el decreto publicado podría estimarse que dan cuenta de manera patente de la falta de voluntad del legislador de reformarlas y de permanecer en infracción a sus obligaciones convencionales. ¿Podría ello haber sido argumento suficiente para motivar a la SCJN a ingresar a su estudio?

V. Conclusiones: ¿un exacerbado activismo judicial?

Es innegable que las propuestas presentadas en el presente artículo podrían ser consideradas por algunos como una manifestación que toma partido y se funda en nociones del activismo judicial.

Para estos objetores, quienes ya conceden con cierta reticencia que un puñado de abogados no elegidos por la vía democrática posean la habilidad para interpretar los

mandatos de la Norma Fundante (lo que, en honor a la verdad, tiene en muchas ocasiones el alcance de crear derecho)¹⁵⁹, un ejercicio de esta naturaleza por parte la Corte supondría erigirla en un supra poder, irrespetuoso de las labores y de la propia mecánica de funcionamiento de otros poderes, en especial, del legislativo, a la par de que rompería, en una aproximación inicial, con la estructura y límites delineados por el propio Poder Revisor de la Constitución al introducir la figura de las acciones de inconstitucionalidad en el texto supremo en 1994.

No obstante ello, sin perjuicio de que se estima que se ha dado cuenta de cómo debe amalgamarse y “re-entenderse” la reforma que en 1994 buscaba consolidar a la SCJN como un Tribunal Constitucional con el nuevo “techo ideológico” en materia de protección a los derechos fundamentales fijado por la reforma de 2011, así como con sus renovadas labores como primer órgano garante en sede doméstica de la CADH, lo que llevaría incluso, según la propuesta planteada, y hay que decirlo con todas sus letras, a modular –en mayor o menor medida- la concepción tajante del plazo estatuido por la fracción II del artículo 105 a la luz del mandato establecido por el numeral 1º de la CPEUM, piedra angular en este nuevo paradigma, no debe soslayarse una cuestión ciertamente más preocupante que las discusiones en torno al activismo judicial y que ha sido puesta en evidencia por las líneas que anteceden: la falta de impacto efectivo que las obligaciones emanadas de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, robustecidas y explicadas por la jurisprudencia de la Corte IDH, han tenido en la labor de los órganos legislativos domésticos.¹⁶⁰

En efecto, es la permanencia en infracción a la norma constitucional y convencional por parte del legislador doméstico, y por ello el énfasis que el presente artículo pone en extraer con estándares objetivos y razonables tal cuestión, el presupuesto desencadenante que llevaría a la SCJN a adoptar una decisión considerada “creativa” en términos jurisdiccionales, buscando alternativas y remedios judiciales para preservar la fuerza normativa de la Constitución, lo que en sede internacional se traduce,

¹⁵⁹ Dworkin, Ronald. *Justice in Robes*. Reino Unido. Belknap-Harvard, 2006, p. 29. El propio autor destacaría posteriormente la notable circularidad de este argumento, que intrínsecamente “...supone que una mayoría política tiene autoridad moral para decidir por todo el mundo problemas controvertidos, pero para esta concepción, una mayoría no tiene autoridad moral (previa) para decidir nada a menos que las instituciones a través de las cuales gobierna tengan la legitimidad suficiente.” Véase: Dworkin, Ronald. *La Democracia en “Justicia para Erizos”*, *Op. cit.* p. 466-467.

¹⁶⁰ Nieto hace notar la complejidad y desafíos que presenta una transición jurídica como la que acontece en el caso mexicano. Si bien las reformas legislativas han sustituido el marco normativo y han construido una nueva forma de entender el derecho, esto genera también la modificación del perfil jurista de esa sociedad determinada que quizá aún no se encuentra del todo arraigada en los operadores jurídicos. Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, en *op. cit.*, p.12.

a su vez, en velar también en su máxima expresión por el “*efecto útil*” de los instrumentos internacionales de protección a derechos humanos.

Así, la idea de que el silencio del legislador importa, al permitir la perpetuación de una norma inconstitucional, una facultad discrecional, y que cualquier actuación judicial que intentara poner freno a ello era una invasión al ámbito del Poder Legislativo, ha quedado superada por la idea de que la Constitución, en tanto norma jurídica obligatoria, somete al legislador y al juez. Si el primero ignora sus obligaciones convencionales, el segundo, como se ha señalado, debe hacer prevalecer la Constitución tornándola operativa en todo lo que pueda.¹⁶¹

Valadés aborda esta paradoja mediante lo que él denomina el proceso de *nomopoeisis* (el cambio de la norma originado en la norma misma). A su juicio, si bien los tribunales constitucionales implican una excepción a dos de los constructos que sirvieron de base al constitucionalismo moderno (la separación de poderes y la soberanía popular), cuando la elaboración de la norma queda, en muchas ocasiones, sujeta a las transacciones entre los factores de poder, la capacidad adaptiva de la propia norma debe ser lo suficientemente dúctil para generar respuestas innovadoras a los nuevos problemas de la sociedad y del Estado¹⁶².

En consecuencia, la propia fuerza de nuestro orden jurídico, incrustada como base irradiante, en nuestro caso, en el artículo 1º constitucional, es tal, señala el citado autor, que pone en movimiento acciones creativas incrementales capaces de conducir a la derogación de los órdenes cerrados o ensanchadoras de los derechos subjetivos en los órdenes abiertos¹⁶³.

De esta suerte, en este contexto de consolidación de las democracias constitucionales, caben, como bien lo señala el célebre Albie Sachs, integrante del primer Tribunal Constitucional Sudafricano, dos posturas: la posición que concibe a los poderes de un Estado como fuerzas antagónicas en conflicto y, en el otro lado, la concepción que los entiende como órganos coordinados en la consecución de una misma empresa, a saber, la empresa constitucional, lo que se traduce en una aspiración compartida para mejorar la vida de las personas, proteger la dignidad humana, la libertad y la igualdad.¹⁶⁴

El propio Sachs daría cuenta de que este entendimiento que parte de premisas compartidas puede conducir al final del día a entablar un *diálogo civilizado* entre el

¹⁶¹ Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, op. cit., p. 192.

¹⁶² Valadés, Diego. *A manera de prólogo* en “Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales”, op. cit., pp. 28-30.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*, op. cit., p. 147.

Legislativo y el Judicial, más que una discusión violenta entre poderes¹⁶⁵. A la postre, señala el autor, en la experiencia sudafricana, la cual contó como ingrediente con uno de los productos jurídicos más avanzados en cuanto a la extensión de facultades de su tribunal constitucional, llevó a la generación de una labor sanamente compartida entre ambos poderes¹⁶⁶.

El presente trabajo no pretende aportar respuestas definitivas en torno a la teoría del “nuevo acto legislativo” pero sí, en primer lugar, demostrar que los cimientos de la avenida por la que transita, en su vertiente abstracta, el grado más elevado de intensidad del control de convencionalidad, pueden resultar obsoletos cuando está en juego la tutela de los derechos fundamentales. Siendo patente que un enfoque más dinámico es necesario, se han dado las primeras propuestas que dan bases sólidas para variar tal aproximación.

Por ello, esta primera entrega se concentró, en cuanto a sus efectos, en un grado bajo de control de constitucionalidad de leyes, esto es, en la calidad de la SCJN actuando prioritariamente como legislador negativo, aunque reconducida a la luz de las obligaciones que se imponen a nuestro Tribunal Constitucional en el ejercicio del control difuso de convencionalidad, enfocándose en la derogación de normas netamente inconstitucionales que no requieren posterior tratamiento parlamentario, lo que incluso desde un enfoque pragmático podría ser benéfico al permitir la derogación directa de normas aligerando la carga de trabajo legislativa.

No obstante ello, es deseable que posteriores aproximaciones al tema busquen ofrecer respuestas al papel de la Corte como legislador positivo y la cobertura de vacíos lagunosos, mediante la actividad *nomogenética* o productora del juzgador cuando el legislador permanezca en infracción a la norma convencional.¹⁶⁷

Así, se mantiene la esperanza de que este esfuerzo contribuya a los primeros pasos que deben darse para lograr el giro necesario hacia una sana actividad dialéctica entre el legislador y nuestro Tribunal Constitucional. El nuevo paradigma mexicano, piedra

¹⁶⁵ Breyer, integrante de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América y conocido por su aproximación pragmática, ha hecho ver las bondades de entablar un diálogo entre ambos poderes. Véase: Posner, Richard. *How Judges Think*. Londres, Inglaterra. Harvard University Press, 2010, p. 334.

¹⁶⁶ Véase como referencia el caso *Fourie* resuelto por la Corte Constitucional Sudafricana. Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*, *op. cit.*, p. 231-269.

¹⁶⁷ Sagüez identifica cuatro momentos en el desarrollo de la jurisdicción constitucional sobre el control de las leyes. La primera posibilidad, de baja intensidad, se basaba meramente en la inaplicación de las normas inconstitucionales; posteriormente, llegaría el legislador negativo para derogar normas inconstitucionales, bajo el modelo Kelseniano. Éste adoptaría más tarde el papel de legislador positivo, impulsando la sanción de nuevas normas y, en una cuarta etapa, se haría cargo personalmente de la inconstitucionalidad por omisión produciendo en sede judicial normas generales, es decir, actuando como legislador suplente. Sagüez, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*, *op. cit.* p. 204.

de toque que gesta la transición del Estado de Derecho Legislativo al Estado Constitucional de Derecho¹⁶⁸, y que camina junto con los países de la región hacia la consolidación de un *ius constitutionale commune*, pero sobre todo la lacerante realidad mexicana, lo demandan más que nunca.

Referencias bibliográficas.

- ACUÑA, Juan M. *La Expansión de la Jurisdicción Constitucional en América Latina en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”*, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014.
- AMBOS, Kai El Marco Jurídico de la Transición en “Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España.” coord. Ambos, Kai., Elsner, Gisela. y Malarino, Ezequiel. Alemania-Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad en “Curso de Derecho Procesal Constitucional”*, coord. Acuña Roldán, Juan M. y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2ª ed. México, Porrúa, 2014.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro. *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. Coord. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), 2011.
- CASTELLANOS MADRAZO, José F. *El Control de Constitucionalidad de la ley en México*. México, Porrúa, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José R. *La Controversia Constitucional*. México, Porrúa, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Los Casos Constitucionales en “Los Derechos en Serio”*, 5ª reimp., España, Ariel, 2005.
- _____ *Justice in Robes*. Reino Unido. Belknap-Harvard, 2006.
- _____ *Los Derechos y los Conceptos Políticos en “Justicia Para Erizos”* México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ESPÍNDOLA MORALES, Luis y NIETO CASTILLO, Santiago. *El control difuso de convencionalidad. Una aproximación en coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo*. México, Fundap, 2012.

¹⁶⁸ Nieto Castillo, Santiago. *Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, op. cit., p. 13.

ESTRADA, ALEXEI, J. Comentario al artículo “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, de Castilla, K. en Revista Derecho del Estado n. ° 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015.

Disponible en red:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4199/4644>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén. El Nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la Nueva Ley de Amparo. 1ª ed. México. Porrúa, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma del Juez Mexicano en La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma. México, IJ-UNAM, 2011.

_____Comentario al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los Derechos Fundamentales en Cuestiones Constitucionales. Número 15, julio-diciembre, 2006. Disponible en red:
<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. La Reforma Constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011), México. Porrúa, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad* en “El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales”, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. México, Fundap, 2012.

GARCÍA MORELOS, Gumesindo. Introducción al Derecho Procesal Constitucional. 2ª ed. México, Ubijus, México, 2009.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Representación y democracia* en “Derecho, ética y política” 1993. Recuperado el día 23 de agosto de 2015. Disponible en red:
<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141760.pdf>

HEIGHTON, Elena. *Sistemas Concentrado y Difuso de Control de Constitucionalidad* en “La Justicia Constitucional y su Internacionalización: Hacia un Ius Constitutionale Comune en América Latina. Coord. Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. México, IJ, Tomo I, 2010.

- HITTERS, Juan C. Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana en Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Constitucionales, coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013.
- HUERTA OCHOA, Carla. *El control de la constitucionalidad. Análisis del artículo 105 constitucional* en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado.” Septiembre-Diciembre, 1998. No. 93. Disponible en red: biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/93/art/art4.pdf
- NIETO CASTILLO, Santiago. Control de Convencionalidad y la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. México, Serie Cuadernos de Divulgación Electoral. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- POSNER, Richard. *How Judges Think*. Londres, Inglaterra. Harvard University Press, 2010.
- Sachs, Albert. *The Strange Alchemy of Life and Law*. Reino Unido, Oxford University Press, 2009.
- SAGÜES, Néstor P. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. México, Porrúa, 2013.
- VALADÉS, Diego. A manera de prólogo en “Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales” coord. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso. México, Tirant lo Blanch, 2013.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo. *Hacia una nueva Ley de Amparo*. 2ª ed., México, Porrúa, 2004.

Recepción: 1 de octubre de 2015.

Aceptación: 21 de diciembre de 2015.

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y ESTADO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. TENSIONES CONTEMPORÁNEAS

ADMINISTRATIVE FUNCTION AND CONSTITUTIONAL STATE IN MEXICO. CONTEMPORARY TENSIONS

Gerardo CENTENO CANTO*

RESUMEN: El neoconstitucionalismo como teoría y la constitucionalización del sistema jurídico, como tema práctico, imponen al funcionario de la administración pública una serie de tensiones que exigen un renovado planteamiento de cuestiones éticas en el abordaje de los temas sometidos a su decisión.

En diversos aspectos de la función administrativa ya se resienten los efectos de la recepción del nuevo paradigma, por lo que resulta interesante su revisión desde la perspectiva de quienes la ejercen y desde los conceptos de dignidad de la persona, derechos fundamentales y la juridicidad que debe acompañar su práctica.

Palabras claves: Función administrativa, neoconstitucionalismo, garantismo, juridicidad, dignidad de la persona, acto administrativo, procedimiento administrativo.

ABSTRACT: Neo-constitutionalism as a theory and the constitutionalisation of the judicial system, as a practical issue, force the public officer to consider a renewed approach regarding ethical questions to solve public issues.

Many aspects that decide the administrative function are defined by the effects of this new paradigm, therefore, it results interesting to study this issue from the perspective of the public officers that apply the concepts of human dignity, Fundamental Rights and legality in administrative acts and procedures.

Keywords: Administrative function, neo-constitutionalism, legality, human dignity, administrative acts, administrative procedures.

* Doctor en Derecho por la Universidad Anáhuac Mayab. iuspro17@hotmail.com

Introducción.

Los fenómenos regulados por el Derecho Administrativo se transforman continuamente; como *ius in fieri* que ajusta sus conceptos e instituciones a las nuevas realidades sociales, lo cual es relevante porque se trata de un *Derecho Constitucional en concreto*, con el que se busca realizar un trascendente cometido de Estado como es la función administrativa, que resulta condicionada por esta dinámica.

El análisis desde la perspectiva de la Administración Pública activa, permite advertir que existen tensiones derivadas de procesos de constitucionalización contemporáneos en los que ahora se involucran principios que se insertan en la médula de las normas legales, en un paradigma que propugna por hacerlas un Derecho vivo, que potencia la vocación por el interés general y el respeto por la dignidad personal, lo que significa un renovado reto ético para quienes la ejercen.

Esta dignidad de la persona, como núcleo indisponible, significa, esencialmente, que el individuo debe ser tratado por lo que es y no ser humillado, envilecido o cosificado, por lo que su juridificación no constituye una simple declaración ética, moral o programática, que se proyecta con una dimensión axiológica inescindible del ser humano, en tanto que es merecedor de la más amplia protección jurídica; como derecho fundamental inalienable que debe respetarse en todo caso, cuya importancia resalta por ser base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.

La dignidad, como exigencia materializable, plantea algunas tensiones al ejercicio de la función administrativa pues requiere de renovadas posturas éticas y jurídicas que generen avances sociales e institucionales que impacten los lastres al desarrollo jurídico impuestos por modelos más preocupados por los procedimientos y formalismos rígidos que por los contenidos sustanciales, más por las disposiciones que por las normas.

La recepción de cánones que condicionan la interpretación y aplicación de normas legales ha dado pauta a la existencia de mecanismos que han venido a enriquecer y a hacer más compleja la labor de los operadores jurídicos al propugnar por una axiología que requiere de ejercicios de ponderación, de razonabilidad, etc., para ser operable, por lo que enfrenta la resistencia de posturas que prefieren la cómoda seguridad de la letra, la inamovilidad legal, y otras viejas prácticas que ya resultan atávicas.

Los operadores administrativos tendrán que afrontar estos nuevos modelos en sus decisiones, pues se las tendrán que ver, según advierte Zagrebelsky¹⁶⁹, con la dificultad de trabajar con valores constitucionalizados, que requieren de la hermenéutica para

¹⁶⁹ Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, 2009, p. 9 y ss.

aplicarse a casos concretos de modo justificado y razonable, dotándolos de contenidos normativos concretos, lo que implica el desarrollo de nuevas competencias para los funcionarios administrativos y un golpe de timón en las formas académicas e institucionales para estabilizar el nuevo paradigma.

Las reflexiones teóricas contemporáneas han resaltado la importancia que la labor jurisdiccional debe cumplir en este estado de cosas, tarea ésta que resulta trascendente porque el Poder Judicial actúa como intérprete y también como aplicador del contenido de la Constitución; sin embargo, poco se ha escrito del papel que toca a quienes realizan la función administrativa, a pesar que la experiencia indica que el ciudadano busca la tutela jurisdiccional solamente cuando se considera afectado por fenómenos de ilegalidad; sin embargo, es en el seno de la relación Administración-ciudadanía y por conceptos como la dignidad personal, el interés general, los principios generales, las políticas públicas, etc., examinados a la luz del nuevo paradigma, donde el funcionario debe decantarse por una postura ética y concretar la exigencia constitucional en la atención de los asuntos que son sometidos a su conocimiento o decisión.

El interés general sigue siendo norte principal para el Estado, que el funcionario ha de tener presente en el *continuum* que implica administrar, pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la misión que lo justifica, la cual consiste en una mejor ordenación y gestión administrativa pública, esta vez con arreglo a una labor en la que se debe hacer realidad el respeto de la dignidad de la persona, ya que debe dar a la multitud de normas técnicas y directrices una mayor sustancia y vivencia material, de ahí su relevancia.

Los principios generales de Derecho hacen presente y operativa la idea de justicia. Son, como su nombre indica, previos a las normas, y en el nuevo modelo las impregnan, orientan su sentido y razón teleológica. Por otra parte, con perspectiva positiva, dirigen la función administrativa con conceptos categorías, instituciones, en busca de racionalidad y objetividad que le resulta inherente de manera expresa y formal, con lo que se reivindica el principio de juridicidad o legitimidad, que la invade.

Las políticas públicas representan un primer paso en el abandono del monopolio que ha significado el modelo burocrático; se identifican con la gobernanza y permiten transitar hacia nuevas formas de hacer gobierno con enfoque en derechos humanos, en un proceso democrático de concertación entre Estado y ciudadanía.

Por lo que hace a los procedimientos administrativos, se exige el respeto por el debido proceso, no únicamente como concepto vinculado a la capacidad de defensa sino integrando los principios de buena fe, eficacia, eficiencia. Y los actos administrativos, que

devienen en aplicaciones concretas y particulares de postulados constitucionales, deben ser contruidos por el funcionario teniendo en cuenta la totalidad del espectro normativo aplicable para una cierta situación, decidiendo con base en una armónica aplicación que conjugue el interés general con la dignidad de la persona, la cual deberá ser razonable y la mejor posible u óptima para el caso concreto, en un ejercicio que colme la esencia finalista de la disciplina en cuestión.

En estos tópicos y otras cuestiones que implican tensión conceptual en el ejercicio de la función administrativa radica el objeto de las presentes reflexiones.

1. El nuevo paradigma constitucional.

A la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* se han incorporado densos contenidos materiales bajo la forma de derechos, principios, valores y directrices, con alto grado de indeterminación y vaguedad, que nos remiten a conceptos con una fuerte carga axiológica: justicia, libertad, autonomía, igualdad, y como piedra basal: la dignidad del ser humano.

Su papel fundante plantea mayor dinámica en un contexto posterior al Estado de Derecho, el Estado Constitucional, pero sin soltar aún el bagaje jurídico que es propio de un paradigma que está siendo cuestionado. Su dogmática no se objetiva sólo con su establecimiento formal sino se identifica con la manera de hacerlos efectivos.

Bajo este nuevo parámetro se presentan tensiones para los operadores jurídicos porque se interpreta el Derecho no como sistema fijo y coherente de normas, sino como un conjunto flexible y armónico de principios, valores, reglas y directrices. Se trata de un paradigma político y jurídico innovador y revolucionario que introduce un nuevo concepto de Constitución, ya no como modelo tradicional formal y normativo, sino con una visión de contenido sustancial, que se apoya en valores y principios. El Derecho, concebido como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas, se convierte también en un sistema normativo flexible, adaptable y móvil, donde la primacía de la argumentación y la interpretación jurídica, la priorización de lo axiológico, cobra así más fuerza y relevancia.

En este contexto, los “conceptos jurídicos indeterminados” pasan a ser “conceptos jurídicos determinables”, que requieren ser particularizados en cada caso concreto, con lo que la ponderación, la proporcionalidad así como la razonabilidad y los bloques virtuales de constitucionalidad, pasan a ser herramientas hermenéuticas necesarias para graduar de manera óptima la encrucijada entre el interés general y la dignidad de la persona.

2. El garantismo.

Llamado con mayor propiedad: “modelo garantista de democracia constitucional”, supone la superación del modelo paleopositivista ya que se incorpora una sustancia constitucional como garantía en contra del derecho ilegítimo. La producción de normas y contenidos sustanciales pasan a ser una garantía contra el accionar ilegítimo, una verdadera *ley del más débil*, por oposición a la ley del estado de naturaleza.

Para Ferrajoli¹⁷⁰, es una teoría del Derecho que designa una teoría de la validez y de la efectividad. Es, además, un modelo normativo y también una filosofía jurídica. En un plano epistemológico, se trataría de un sistema de poder mínimo; en el plano político, sería un sistema capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad; y en el plano jurídico, se trataría de un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de las personas. Como filosofía del Derecho, impone a éste y al Estado, la carga de una justificación externa de los bienes e intereses, que constituyen la finalidad de ambos.

La finalidad principal del garantismo busca cerrar la brecha entre norma y realidad, lo que se podría traducir en lograr que el vínculo impuesto al poder con el concepto de validez sustancial se mantenga firme y que los contenidos impuestos por los derechos fundamentales, se materialicen en leyes y actos del Estado y del mercado. El medio para lograr esta correspondencia son las garantías.

En la reflexión de Prieto¹⁷¹ el garantismo necesita del constitucionalismo para realizar su programa ilustrado; y desde el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista al condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales, que se condensan en los derechos fundamentales.

Es la Administración Pública, en primer término, la que tiene el deber de proteger a los grupos vulnerables y realizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. El primer tamiz para acceder a una justicia que revise la actuación del funcionario son los recursos administrativos, y estos, hoy por hoy, tienen un significado extendido que los vincula de manera remota, como medio de defensa, con el juicio constitucional de amparo.

Cuando no se cumple la esencia de revisión en sede administrativa, la función de acceso a la justicia queda desvirtuada.

3. Los neoconstitucionalismos.

¹⁷⁰ Ferrajoli, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, p. 851.

¹⁷¹ Prieto Sanchís, L. *Constitucionalismo y Garantismo*, pp. 51-57.

En este inicio de siglo, el Estado experimenta fenómenos y tendencias que dan cuenta del tránsito del Estado de Derecho legislativo hacia un Estado Constitucional de Derecho, sin que implique una contraposición sino una evolución que mejora a aquél, pues lo decanta y perfecciona.

Este proceso irreversible, inició con la Segunda Guerra Mundial, dando pauta así al paradigma contemporáneo de la Constitución, al que se acude para explicar el modo de entenderla y su forma de irradiar al sistema jurídico con máxima fuerza sustantiva, lo que también se denomina genéricamente *neoconstitucionalismo*, con el cual, dicho de un modo muy básica, se define un modelo constitucional, como un conjunto de mecanismos normativos e institucionales, en el contexto de un sistema jurídico y político determinado históricamente, que limita el poder estatal y tutela derechos fundamentales. Bajo este paradigma se replantea el papel y operatividad directa de la Constitución sobre el sistema jurídico, con lo que han surgido teorías y metodologías que buscan explicar, desarrollar, justificar y estructurar la práctica constitucional.

Se trata de un concepto que no resulta unívoco pues se ha enriquecido con cánones de distintos orígenes. Pozzolo¹⁷² dice que aunque se pensó para identificar una perspectiva iusfilosófica antiuspositivista, pronto se tornó ambiguo pues explica un conjunto de textos constitucionales surgidos después de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo desde los años setenta del siglo XX. Hablamos de constituciones que no se limitaron a establecer competencia o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales que condicionan la actuación del Estado y la enderezan hacia ciertos fines y objetivos.

Bajo el paradigma, las constituciones contemporáneas incorporan ciertos contenidos y materias que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores, con alto grado de indeterminación y amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que supone un marco renovado para las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales de esos derechos, que deben ser realizados por el administrador público.

3.1. Variables neoconstitucionalistas.

¹⁷² Pozzolo, S. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista*. En Carbonell M. et al. *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta, 2010, p. 165.

El *neoconstitucionalismo teórico* advierte una ideología que está dirigida a limitar el poder y defender la esfera de libertades naturales o derechos fundamentales; tal ideología tiene como trasfondo el iusnaturalismo que sostiene la tesis que vincula a Derecho y Moral.

Por su parte, el *neoconstitucionalismo ideológico* coloca en un segundo plano el objetivo de limitar el poder estatal para enfocarse en garantizar derechos fundamentales, a los que valora positivamente y propugna por su defensa y ampliación.

En el *neoconstitucionalismo metodológico* es necesaria, para describir el Derecho, una toma de posición metodológica que se centra en una postura metaética para conocer el orden objetivo de las normas morales, lo que se deriva de una adecuada razón práctica en la que el ser humano puede conocer por experiencia propia los bienes humanos.

Las variables descritas plantean tensiones éticas y jurídicas para los operadores jurídicos, pues como expone López¹⁷³: “Las nuevas generaciones deben pensar más en los principios y en los valores que en la reglas y las normas. Especialmente la Administración Pública, que tiene entre manos analizar, en la mayoría de los casos en primera instancia, si resulta procedente otorgar o no, a través de un acto o una resolución administrativa, su “aval” para que la persona pueda disfrutar un derecho humano (al trabajo, a la protección de la salud, a una vivienda digna, a la cultura, etc.)”, lo cual exige un posicionamiento ético para el ejercicio de la función administrativa.

4. La función administrativa.

Constituye un fenómeno complejo que se integra por ámbitos de conducta legal y material de individuos que la llevan a cabo. En su vertiente formal, se trata de una labor que puede ser realizada por órganos del legislativo, ejecutivo, judicial u órganos constitucionales autónomos; y en su variable material es una tarea realizable por ciudadanos, organismos supranacionales e incluso transnacionales.

Se esboza así porque la trilogía clásica de distribución del poder como una manera de procurar cometidos estatales está siendo superada. Nuevas y complejas necesidades sociales e institucionales de administración exigen atención en materia de transparencia, ambiental, energía, competencia, telecomunicaciones, etc. En la función administrativa ha ocurrido la aparición de órganos reguladores que no se corresponden con la estructura organizacional que conserva el texto constitucional y numerosas normas secundarias, y

¹⁷³ López Olvera, M.A. *El control de convencionalidad en la Administración Pública*. Editorial Novum, 2014, p. 18.

que, por cierto, no provienen de la tradición jurídica continental europea, sino del Derecho norteamericano.

Esto provoca que la sinonimia entre función pública y servicio público se torne aún más estéril porque es realizada entre dos figuras que se ubican en planos conceptuales diversos, pues mientras que dentro del primero de ellos se incluyen las funciones clásicas (ejecutiva, legislativa y judicial) y las de nuevo cuño (órganos reguladores), el concepto de servicio público guarda una relación de género a especie con la función administrativa. Por lo tanto, confundir servicio público con función administrativa es otorgarle a ésta un alcance pobre y desvirtuar el sentido de ambos conceptos, y si bien el servicio público fue considerada en algún tiempo como la figura basal del Derecho Administrativo, hoy su influencia radica en una actividad prestacional que es realizada bajo un régimen jurídico específico, que no guarda proporción con la función pública ni la administrativa, que son mucho más amplias.

Esta función es muy importante, operativamente hablando, por lo que debe ser reivindicada, lo que implica conceptualizar y redimensionarla. Zagrebelsky¹⁷⁴ explica que esto provoca tensiones para la Administración Pública pues la crisis de su vínculo con una ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función como garantía concreta de reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos de aplicación individual y concreta (prohibiciones, permisos, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.) y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos.

Esto implica realizar actividades que materialmente son de naturaleza administrativa que realizan órganos de los poderes legislativo y judicial; los consejos de la judicatura son ejemplos de esto. Así, la tesis: "ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. SU CLASIFICACIÓN Y CONCEPTO. La actividad administrativa, debido a su considerable volumen, a la multiplicidad y heterogeneidad tanto de los fines perseguidos como de materias atendidas, ha hecho necesaria su sistematización, clasificándose, en un primer momento, en una acción: de policía o coacción (de imperium o coactiva), de servicio público o de prestación y de fomento, añadiéndose a su vez actividades de producción directa de bienes o servicios; arbitral o de mediación, para pasar en la actualidad a la planificación y programación como una forma autónoma de actividad administrativa y, por último, al hilo de las políticas de privatización y desregulación, sumándose a las anteriores una actividad de garantía de la prestación de los servicios entregados en la lógica de la iniciativa privada en el marco del mercado. En consecuencia, por función o actividad administrativa

¹⁷⁴ Zagrebelsky, G. *op. cit.* p. 34

debe entenderse toda aquella desplegada por cualquier ente integrante de la administración pública en el marco de sus atribuciones, la cual incluye, excepcionalmente, los actos de los Poderes Legislativo y Judicial y, como producto de ello, nos encontramos ante el acto administrativo, como el principal, aunque no el único medio, por el cual se exterioriza esa voluntad.¹⁷⁵

En paralelo, la función administrativa material ha cobrado gran impulso, dando pauta a la satisfacción del interés público a través de medios que antes eran impensables, tales como: bursatilización de presupuestos, empleo de herramientas originadas en el Derecho privado, etc. Esto demuestra que tiene hoy un significado mucho más amplio que rebasa a aquella simple perspectiva que la definía de manera negativa y residual, esto es, que la entendía como aquello que no era ni legislativo ni judicial, lo que en nada contribuía a su comprensión.

A pesar de que se resalta el papel de los juzgadores en el modelo neoconstitucional, no debe pasar por alto la trascendencia de la función administrativa y de sus operadores. López¹⁷⁶ plantea que el Estado, a través de la Administración Pública (federal, estatal o municipal) -principalmente-, está obligada a garantizar condiciones mínimas para que las personas tengan una vida digna; por lo que juega un papel principal y relevante, ya que es el primer círculo de contacto con las personas y si bien, el Poder Legislativo establece las reglas, aquella las aplica y las pone en práctica. Las personas no acuden con el legislador o con el juez a solicitar que se haga efectivo un derecho, sino que acuden primero a una oficina de la Administración Pública.

Para resaltar la importancia de la función administrativa en estos aspectos, resulta ilustrativa la tesis: "ACCESO A LA JUSTICIA. LA PROTECCIÓN DE ESE DERECHO FUNDAMENTAL DEBE EXTENDERSE A LOS MECANISMOS ADMINISTRATIVOS DE TUTELA NO JURISDICCIONAL QUE TENGAN POR OBJETO ATENDER UNA SOLICITUD, AUN CUANDO ÉSTA NO INVOLUCRE UNA CONTROVERSIA ENTRE PARTES. En los sistemas jurídicos tradicionales el concepto "justicia" se ha asimilado al conjunto de instituciones, procedimientos y operadores que intervienen en la dinámica de la resolución de desacuerdos legales dentro del aparato jurídico formal. De acuerdo con esta concepción formalista, las únicas autoridades que se encontrarían obligadas a la

¹⁷⁵ Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima. Registro: 2004633. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.66 A (10a.). Página: 1724.

¹⁷⁶ López Olvera, M.A. *El control de convencionalidad en la Administración Pública*. Editorial Novum, 2014, p. 17.

observancia del derecho fundamental de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos serían las que realizan funciones materialmente jurisdiccionales. No obstante, esta visión restringe la aplicación del principio de progresividad de los derechos humanos establecido en el artículo 1o., párrafo tercero, de la propia Norma Suprema, pues el acceso efectivo a la solución de desacuerdos constituye un derecho dúctil que tiende a garantizar la concreción de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas que posibiliten el reconocimiento y el ejercicio efectivo de derechos de los gobernados dentro de las organizaciones jurídicas formales o alternativas. Por tanto, en congruencia con el principio aludido, la protección del derecho fundamental citado debe extenderse a los mecanismos administrativos de tutela no jurisdiccional que tengan por objeto atender una solicitud, aun cuando ésta no involucre una controversia entre partes.”¹⁷⁷

Para Häberle¹⁷⁸ La Administración, en sentido institucional y funcional no es menos importante en el Estado constitucional, lo que queda de manifiesto en la frase que califica al Derecho Administrativo como *derecho constitucional concretizado*. Agrega que se caracteriza por realizar funciones estatales en particular y en especial por su vinculación a normas jurídicas, por lo que se define como actividad: a) dirigida; b) con la función de la concretización en el caso particular; y c) en la que se requiere saber técnico y profesional.

En el Estado Constitucional no puede describirse la Administración con el concepto de *ejecución dependiente* ni con el empleo de la *técnica avalorativa*, pues la vinculación del ciudadano para con el Derecho ocurre de una manera diferenciada y la Administración Pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de conceptos constitucionales de textura abierta, en el campo de la planeación, prestación de servicios públicos y el ámbito discrecional. En esta medida, la Administración se afirma como función independiente.

Por tanto, si una característica de la función administrativa radica en concretar el interés general, el empleo del bagaje jurídico deberá tener por norte la integración de los elementos de eficacia, eficiencia, el respeto por la dignidad de la persona y los derechos humanos, en un proceso de optimización, con perspectivas cualitativa y no únicamente cuantitativa, en un renovado posicionamiento ético del funcionario de la administración que deberá emplear herramientas jurídicas como la aplicación del principio pro persona, la interpretación conforme y la precautoriedad, en los que deberá formarse necesariamente, pues se desenvuelve en un ámbito de juridicidad, con todo lo que esto significa.

¹⁷⁷ Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Registro: 2008956. Tipo de tesis: Aislada. Materia(s): (Constitucional) Tesis: I.1o.A.E.48 A (10a.)

¹⁷⁸ Häberle, P. *El Estado constitucional*. UNAM, 2001, p. 218.

5. Algunas de las tensiones creadas.

La recepción en nuestro sistema jurídico nacional de este nuevo paradigma constitucional plantea una serie de renovadas tensiones, para los funcionarios administrativos. Si bien el papel del juzgador ha adquirido relevancia superlativa en el nuevo estadio constitucional, quienes operan en la Administración Pública reciben un impacto que debiera conducir a remodelar la relación que se gesta entre autoridades administrativas y los ciudadanos.

En México esto cobra especial interés si se considera que fue el tema de derechos humanos el que condujo el rediseño constitucional a un nuevo tratamiento del esquema de la jerarquía normativa con el que nos educamos varias generaciones de operadores jurídicos, la cual se asume como lógica e inamovible, pero que ahora resulta enriquecida por el efecto de irradiación de una Carta Magna material que desciende hacia las normas secundarias, en un fenómeno de constitucionalidad virtual o bloques de constitucionalidad que genera, enriquece y complejiza las decisiones para el funcionario administrativo, entre ellas, las siguientes:

5.1. Dignidad del ser humano.

En el dominio y decisión sobre su propia vida como ser, y no en el simple acto de existir, radica la esencia de la dignidad de la persona, que no admite discriminación racional por motivos de origen, raza o sexo, opiniones o ideología y en ella se sustentan los derechos del ser humano que son su sustrato. La persona constituye un fin en sí mismo para cuya realización y perfección necesita disponer de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que impone el interés general.

Desde la perspectiva iusnatural, la dignidad personal constituye, un *focus* axiológico que Estado y comunidad deben respetar como un deber jurídico fundamental de carácter universal, *erga omnes*, que concierne a la función administrativa, ya que la persona es el centro de los derechos, pues su humanidad no deriva del reconocimiento formal.

Esta satisfacción de la dignidad humana, para ser efectiva, requiere de derechos fundamentales que la aseguren sustancialmente, por lo que debe apoyarse en principios generales comunes a todo el Derecho como la buena fe, pro persona, pro *libertate*, debido proceso y otros que son propios del Derecho público: confianza legítima, tutela judicial y administrativa efectiva, que constituye renovados paradigmas del Derecho Administrativo.

En el artículo 11 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se prevé que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad y en nuestro país, la

Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷⁹ ha afirmado que la dignidad es un derecho privativo del ser humano, que es connatural a toda persona física y que de dicho concepto se desprenden todos los demás derechos, necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran los relativos a: la vida, la integridad física y psíquica, al honor, la privacidad, al nombre, a la propia imagen, el libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Nuestro máximo tribunal¹⁸⁰ también ha considerado que la dignidad del ser humano no es una simple declaración de carácter ético o moral, sino que constituye un verdadero parámetro ínsito en el núcleo duro de las normas jurídicas. Así se advierte en la tesis: “DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.”

En el paradigmático caso “Pabellón 13” el máximo tribunal razonó en el sentido de que en la Constitución se reflejan las aspiraciones del pueblo y permite a éste trazar su propio destino, por ello, sus disposiciones no se reducen a “buenas intenciones”, sino que

¹⁷⁹ Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima. Registro: 2004199. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: VI.3o.A. J/4 (10a.), p. 1408.

¹⁸⁰ Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Época: Décima. Registro: 200773. Tipo de Tesis: Aislada. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), p. 602

resulten plenamente eficaces y justiciables, esto es, que tengan la máxima fuerza jurídica. La inclusión expresa de derechos económicos, sociales y culturales en la Norma Suprema tiene un claro objetivo: mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social¹⁸¹.

Esto significa que la Corte entiende que este valor se ha trasladado al núcleo duro e indisponible de la norma jurídica y a la vez se ha juridificado lo que constituye elemento de tensión para los operadores administrativos del Estado, quienes en todas sus decisiones deberán integrar esta axiología de manera cualitativa y no sólo cuantitativa, como eventualmente ocurre bajo el modelo burocrático.

5.2. El interés general.

El intento doctrinario por definir lo que debe entenderse por “interés general” ha sido una cuestión que no resulta pacífica. La perspectiva idónea para aproximarse a su definición y su objetivación son temas áridos que jurídicamente se zanjaron pragmáticamente bajo la premisa de que “*es lo que las leyes dicen que es*”, situación que está siendo severamente cuestionada desde la óptica neoconstitucionalista y el fenómeno de la gobernanza.

Existe un matiz jurisdiccional con el que se arroja sobre los juzgadores de amparo la carga de establecer, de manera casuista, lo que debe entenderse; así se advierte en la tesis: “SUSPENSION, NOCIONES DE ORDEN PUBLICO Y DE INTERES SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA. De acuerdo con la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo, que desarrolla los principios establecidos en el artículo 107, fracción X, de la Constitución Federal, la suspensión definitiva solicitada por la parte quejosa en un juicio de garantías sólo puede concederse cuando al hacerlo no se contravengan disposiciones de orden público ni se cause perjuicio al interés social. El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corresponde al Juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darles significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones

¹⁸¹ Semanario Judicial de la Federación. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo en revisión 378/2014*, p. 59 <https://www.scjn.gob.mx/segundasala/asuntos%20lista%20oficial/AR-378-2014.pdf>. Consultado el 9 de abril de 2015.

esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, a modo de evitar que con la suspensión se causen perjuicios mayores que los que se pretende evitar con esta institución, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.”¹⁸²

Saguer¹⁸³ asegura que el concepto de interés general sustituyó al de bien común, que contenía a su vez fuertes connotaciones morales y religiosas y desde un principio apareció confrontado con dos concepciones: Una, que entiende el interés general como suma de intereses particulares y otra, que lo tiene como misión encomendada al Estado con fines que deben imponerse a los intereses individuales porque representan la expresión de la voluntad general.

Sin pretender abordar profundamente un tema que presenta múltiples aristas, me conformaré con proponer que el interés general debe seguir enfocado en una generalidad de personas (aspecto cuantitativo) cuyas expectativas pueden ser satisfechas desde el diseño de una política pública que las colma, sólo como ejemplo, pero sin perder de vista a aquellas minorías o individuos (aspecto cualitativo), cuya especial situación frente al ordenamiento jurídico precisa de un tratamiento diferenciado. En este sentido, Rodríguez-Arana¹⁸⁴ afirma que el nuevo Derecho Administrativo demuestra que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, lo cual resulta compatible con nuevas formas de gestión pública y el nuevo paradigma constitucional.

5.3. Los principios generales de Derecho.

Los principios generales de Derecho hacen presente y operativa la idea de justicia, guardan íntima relación con ésta y con la ley natural, donde tienen su fundamento, como valores similares a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Preceden a las normas y reglas, se les impregnan para facilitar y orientar su interpretación y aplicación. Mientras las normas responden a una estructura lógica, donde la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que determina y

¹⁸² Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Registro: 199549. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Tomo V, Enero de 1997. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.3o.A. J/16, p. 383.

¹⁸³ Saguer, M.I. *El interés público: La ética pública del Derecho Administrativo*. En Fernández Ruiz, J. *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, p. 406.

¹⁸⁴ Rodríguez-Arana J. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Editorial Novum, 2011, p. 49.

su consecuencia están formuladas “con singular propósito de precisión”, los principios se presentan con alto margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise mediante una formulación más detallada, sea en su incorporación al derecho positivo o en su aplicación a un caso concreto.

Con perspectiva positivista los principios prefiguran un Derecho Administrativo que se orienta a producir racionalidad, objetividad y justicia con base en el interés general y el orden jurídico al cual inspiran, porque son un dique y no sólo instrumento normativo de arbitrariedad y apego dogmático a la literalidad legalista y se advierte de la tesis: “BUENA FE EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CONFORME A SU SENTIDO OBJETIVO. La buena fe en sentido objetivo se refiere al sometimiento de la conducta de un operador jurídico, a un estándar socialmente establecido. Es un modelo de conducta, por tanto, para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar las motivaciones y las exteriorizaciones de su comportamiento; pero para tal fin es preciso que tenga anclaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el derecho sea calificable como tal, pues la buena fe no se autodetermina a sí misma. La honradez personal se da en la medida en que se atenga a las reglas de la moral social. Por tanto, si se demuestra objetivamente que una autoridad faltó a la lealtad y honradez en el tráfico jurídico, puesto que mediante intencionadas maquinaciones y artificios impidió a un concesionario ejercer la concesión legalmente obtenida y pretendió inducirla a que la cancelara, tales actuaciones infringen el principio de derecho positivo de la buena fe, previsto en el artículo 13 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y sus actos deben declararse nulos.¹⁸⁵

Cassagne¹⁸⁶ afirma que la característica que poseen los principios en el mundo del Derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el Derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos, en su aplicación recíproca, hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de la cambiante realidad social. Así ha ocurrido, por ejemplo, al hacerse operacional el principio *in dubio pro natura*, que derivó del principio de precautoriedad, propio del Derecho Ambiental.

En los ordenamientos modernos, los principios tienden a positivarse y esto ocurre con la mayoría de las instituciones del Derecho Administrativo que encuentran su fundamento en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que constituye

¹⁸⁵ Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, Registro: 179659, Tipo de tesis: Aislada, Tomo XXI, Enero de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: IV.2o.A.122 A, p. 1723

¹⁸⁶ Cassagne, J.C. *El nuevo constitucionalismo y el Derecho Administrativo*.

la fuente primigenia de gran parte de los principios de dicha disciplina jurídica. Para Häberle¹⁸⁷ la penetración de la categoría de los principios generales del derecho quiebra el carácter estatal de las fuentes del Derecho lo mismo que lo hacen las referencias, expresas de manera más o menos clara, a los principios del derecho “preestatales” o “prepositivos”, en la forma que sea: como “derechos humanos universales”, como “derecho”, por la vía de las “cláusulas de realización de los derechos fundamentales”, etc.

En esta tesis, las decisiones de los funcionarios administrativos deben construirse bajo la esencia del principio de juridicidad, como aplicación de disposiciones legales de las que deberá ser extraída su riqueza principialista, lo que implica una nueva tensión pues tal axiología exige un renovado posicionamiento ético que deberá ser incorporado en todo tipo de decisiones de la Administración Pública activa.

5.4. El principio de legalidad.

El principio de legalidad es connatural al Estado de Derecho y apareció por la necesidad de imponer límites a los excesos del poder. La concepción del Derecho y de la Ley propia de esta circunstancia fue robustecida después por el positivismo jurídico, como ciencia de la legislación positiva. Según Zagrebelsky¹⁸⁸ la idea que es expresada por esta fórmula presupone una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en la instancia legislativa. Esta simplificación llevó a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, e incluso como simple exégesis, es decir, conducía a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador, por lo que no habría podido reivindicar ningún valor autónomo.

El desarrollo del principio auspició el surgimiento de un “bloque de legalidad”, en el que la coherencia interna del sistema jurídico estaba garantizada por su armonía con los reglamentos y demás normas infralegales respecto de las leyes formales y materiales, de las cuales derivaban. Esto tuvo como efecto colocar al legislador como único poseedor del dogma normativo, provocando que su voluntad se convirtiera en sinónimo de legalidad, no de constitucionalidad y menos de justicia.

Con el advenimiento de la cláusula del Estado de Derecho, que surge propiamente en la doctrina alemana, derivó -entre otros- el principio de legalidad para la Administración Pública, del cual, entre nosotros, se ha privilegiado una concepción positiva, esto es, se entiende que toda acción de la administración debe sustentarse necesariamente en un

¹⁸⁷ Häberle, P. *op. cit.* p. 237.

¹⁸⁸ Zagrebelsky, G. *op. cit.* p. 33

fundamento legal, o como ordinariamente se afirma: “las autoridades solamente pueden hacer lo que las leyes permiten”. Sin embargo, junto a este expreso facultamiento existen otras atribuciones implícitas, necesarias para que los funcionarios de la administración puedan operar las facultades que les están expresamente concedidas en ley. En este último caso se requeriría de: a) la existencia de una facultad expresa que *per se* fuera imposible de ejecutar; y b) que entre la facultad expresa y la implícita exista una relación de medio a fin.

Si la función administrativa se realiza en el marco y las directivas básicas fijadas por la estructura constitucional, como afirma Gordillo¹⁸⁹, entonces, según Saggese¹⁹⁰, la actividad prestacional de la Administración encuentra su continente conceptual dentro de ella porque partiendo de que la producción normativa de carácter primario está en cabeza del Poder Legislativo, y los actos de producción jurídica “complementarios” emanados de la Administración Pública, son simplemente la ejecución concreta de un de un acto de producción jurídica abstracto contenido en una ley anterior, tenemos inicialmente que la obligación administrativa prestacional puede presentarse, según, como una “atribución explícita y específica” o bien como una “atribución implícita”.

En armonía, Zagrebelzky¹⁹¹ sostiene que la sumisión de la Administración a la ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, predeterminada por la ley o, simplemente, delimitada por ella. En el primer caso, la ausencia de leyes que otorgaran potestades a la Administración, significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo de los casos, la ausencia de leyes que delimitaran las potestades de la Administración, comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines.

En su vertiente de total y predeterminada sujeción a la literalidad de la ley y de una discrecionalidad acotada solo a variables que las normas establecen de manera formal, el funcionario administrativo queda vinculado en mayor medida al texto normativo. Esta última es la que lamentablemente tuvo éxito entre nosotros.

Con el “bloque de constitucionalidad” producto de las reformas en materia de derechos humanos, se ha visto potenciado y ampliado el valor garantista del principio de legalidad, por lo que ahora es esperable que el funcionario administrativo extraiga la

¹⁸⁹ Gordillo, A.A. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, FDA, p. VIII-6

¹⁹⁰ Saggese, F. *El derecho a un nivel de vida adecuado. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectiva desde el Derecho Constitucional y Administrativo*. Librería Editorial Platense, p. 67.

¹⁹¹ Zagrebelzky, G. *op. cit.*, p. 33

riqueza normativa contenida en las disposiciones y normas legales que aplica, sin apartarse de una legalidad delimitada legalmente, que ahora debe ser armonizada con el interés por la persona y el interés general.

Concretado de una manera inestable en la época moderna en el aforismo “*las autoridades sólo pueden hacer lo que las leyes les permiten*”, vinculado más bien con el principio de competencia, sufre en la época contemporánea de nuevos cuestionamientos por el interés derivado de necesidades sociales complejas, propias de estos tiempos, así como de la recepción de fenómenos que involucran la más decidida, informada y plural participación ciudadana.

Esa inestabilidad proviene de dos variables que se han alternado en la significación del concepto, lo cual ha dependido del perfil político y de poder en turno. Vignolo¹⁹² señala que ambas versiones de la noción fueron mutando a lo largo del tiempo.

Con la primera de esas variables se predica: “*todo lo que está prohibido no está permitido*”, que es una vertiente positiva del principio de legalidad y con ella se considera que la norma es el fundamento previo y necesario de toda acción administrativa, que sólo podrá realizarse de manera válida en la medida e intensidad que la norma habilite al funcionario administrativo.

Una segunda variante que resulta más permisiva: “*todo lo que no está prohibido está permitido*”, plantea un límite externo para la actuación del funcionario administrativo, que podrá realizar las conductas necesarias e implícitas que la habilitación más amplia y genérica (norma) no detalla, a condición de no contrariar esta última, siempre y cuando - además- resulte necesaria al cometido de interés público que se proponga.

Ahora deben considerarse los matices que hacen flexible posturas extremas que opten sólo por cualquiera de las dos vertientes descritas y propugnan por la racionalidad de la decisión. Así, en la tesis: “FACULTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES. SUS DISTINTOS MATICES. La división de facultades regladas y discrecionales no es categórica o pura, sino que hay facultades discrecionales fuertes que confieren una gran libertad para tomar decisiones o crear disposiciones, frente a otras débiles, donde esa libertad está delimitada por determinados principios o estándares, conceptos jurídicos indeterminados o supuestos predeterminados. Por otra parte, las facultades regladas pueden serlo en distintos grados, donde la norma indica con detalle y concreción lo que debe hacerse o no hacerse y, en otros casos, el uso de algún concepto jurídico

¹⁹² Vignolo Cueva, O. *La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen XLV, Número 131, mayo-agosto 2011, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 174.

indeterminado o vaguedad en las disposiciones permite y obliga a la autoridad a tomar la mejor decisión. En todos los casos, debe existir una motivación, la cual tiene que estar ligada a la consecución de un interés público, realizada en forma objetiva, técnica y razonada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad; de ahí que las facultades discrecionales deben estar enmarcadas y constreñidas a satisfacer ciertos fines y conforme a referentes elementales.”¹⁹³

Ese ejercicio discrecional y necesario se justifica en la medida en que respeta el principio de legalidad, para lo cual junto a las facultades expresas existen facultades implícitas, que son imprescindibles o necesarias para que el funcionario administrativo pueda operar sin que ello signifique excederse. Las últimas se identifican: a) porque existe una facultad expresa que por sí sola sería imposible de ejercer; y b) que entre esa facultad expresa y la implícita existe una relación de medio a fin.

Por tanto, cuando se alude al principio de legalidad, no sólo se significa un vínculo indisoluble de la función administrativa con la ley que proviene del Legislador, sino un sentido amplísimo, que abarca desde la Constitución Política, los tratados internacionales, la legislación secundaria, reglamentos y demás normas infralegales, en comunión con la axiología principialista como signo de un Estado Constitucional de Derecho.

De esta manera, se puede inferir que aquella percepción del funcionario de la administración como un simple ejecutor de la ley debe ser rebasada y evolucionar en el principio de juridicidad, que enseguida será abordado.

5.5. El principio de juridicidad.

Relata Bullinger, al prologar un libro de Bacigalupo, que la reflexión del pueblo alemán después de los horrores del Tercer Reich derivaron en la revisión del concepto de Estado de Derecho, lo cual tuvo su punto más alto con la aparición y aplicación cabal del artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn: “El Poder Ejecutivo y los tribunales están vinculados a la ley y al Derecho”.

Los principios de legalidad y dignidad de la persona, contenidos en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* derivaron en el principio de juridicidad como un desarrollo avanzado respecto de aquella visión en la que la voluntad del legislador y su expresión normativa literal constituían el único parámetro para su definición. De este

¹⁹³ Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima. Registro: 2008770. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.30 A (10a.). Página: 2365.

modo, el concepto de juridicidad resulta más amplio que el de legalidad, pues involucra a todo el espectro principialista, constitucional, normativo y directriz, pues modula la relación autoridades-ciudadanos, sin confrontarse con aquél sino, antes bien, enriqueciéndolo y reivindicándolo.

Se entiende por juridicidad, desde la perspectiva de la Administración Pública, que la actuación integral del funcionario esté sujeta a la ley, como un estándar general de aplicación, pues debe ser complementada con los derechos humanos y el respeto por la dignidad personal. Para Cárdenas¹⁹⁴ la juridicidad no implica la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que se produzca conforme a la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales; es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino sólo aquél contenido que sea conforme con la Constitución y los derechos humanos.

López¹⁹⁵ señala que el principio de juridicidad es una garantía, que no es nueva, ya que lo que sucede es que en la actualidad, con la incorporación de los tratados internacionales que contienen derechos humanos y la aplicación de sus disposiciones por parte de los órganos del Estado, se potencia su aplicación y se elimina el dogma del principio de legalidad. Siendo críticos con lo anterior, el rompimiento paradigmático al que alude este autor tiene que ver con la visión normativista de la ley, con aquella percepción de que las soluciones posibles se agotan en la voluntad del Legislador y en la letra de la ley, que por cierto constituía el único, sólo por debajo de una Constitución percibida como una simple declaración de principios.

En la opinión de Comadira¹⁹⁶ a esto se agrega la exigencia de que todo el accionar del Estado se someta al ordenamiento jurídico, considerado como un todo. Por tanto, es inaceptable que en los actos de administración pública solamente se ejecute la ley o que tal actuación se ajuste al contenido letrista o racional que contiene una determinada norma, pues la ejecución de una norma no se agota en el cumplimiento automático y formal por parte del operador administrativo de una prescripción legislativa, ya que cuando ejecuta la ley, deben crearse las relaciones jurídicas que aquélla le atribuye, realizándola a través de sus facultades.

En la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* existen principios que constituyen normas supremas que irradian juridicidad al espectro normativo, y como poder

¹⁹⁴ Cárdenas Gracia, J. *Remover los dogmas*. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Num. 6, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2002, p. 21.

¹⁹⁵ López Olvera, M.A. *El control de la convencionalidad en la Administración Pública*. Editorial Novum, 2014, p. 42.

¹⁹⁶ Comadira, J.R. *El Juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa). Los intereses a proteger*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/6.pdf>. Consultado el 23 de abril de 2015.

jurídico constitucional que se concede al funcionario administrativo su realización implica maneras y medidas amplias, efectivas, eficaces, racionales, oportunas y concretas, en las que debe integrarse el respeto por la dignidad de la persona, valiéndose para ello de las herramientas metodológicas existentes y el cumplimiento de los principios generales de Derecho.

Esto introduce una exigencia mayor para los administradores públicos pues deben incorporar en sus decisiones el aspecto teleológico de la función que desarrollan, por lo que deberán considerar que la juridicidad se refiere a que la totalidad de esa actuación se sujete a la ley; sin embargo, las disposiciones legales sólo son un estándar general de interpretación y aplicación que debe complementarse con el respeto irrestricto y la tutela de los derechos humanos.

5.6. Acto administrativo.

Si de manera prevalente se ha considerado que el acto administrativo es una declaración de voluntad que se gesta en permanente relación con el marco legal, tal simbiosis implica tensión para el funcionario administrativo porque deberá integrarla en las consideraciones que se formule para resolver cada caso concreto del que deba conocer y porque, como asegura Marienhoff¹⁹⁷, muchas de las vinculaciones de la Administración Pública con particulares, se basan en un acto administrativo que de manera preponderante ha sido definido como una declaración a la que se agregan elementos y requisitos con la que se expresa la voluntad de los órganos administrativos, expresión que debe construirse teniendo en cuenta la esencia metajurídica de la norma de Derecho Público aunada a la determinación humana que la concreta. Esta volición se integra con un componente psicológico que debe estar orientado por finalidades de interés público, pero que debe soportar el escrutinio que implican los medios garantistas de defensa.

Hasta ahora, este examen se ha hecho radicar en la revisión de los aspectos de forma y poco, o nada, en el escrutinio de los componentes que atienden a cometidos de carácter axiológico, o fines que son característicos de la Administración Pública, ya que en principio, la Administración Pública tiene obligación, al momento de emitir el acto administrativo, ceñirse a las formalidades esenciales de los procedimientos y cuidar que en ese acto en concreto se cumpla la finalidad para la cual la norma habilitante le confirió una determinada facultad. A esto habría que agregar que el valor jurídico de la dignidad humana, que ocupa un lugar privilegiado en el Derecho público, constituye un principio

¹⁹⁷ Marienhoff, M.S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot, p. 198.

constitucional que proyecta a la teoría del acto administrativo, a través del desarrollo de una serie de principios generales cuyos diversos contenidos se expresan a través de permisos, sanciones, prohibiciones, etc.

Las diferentes nociones del acto administrativo que lo entienden como producto de la función administrativa y predicen el carácter particular y directo de sus efectos jurídicos, se muestran armónicos con el desarrollo y la concreción de los valores del Estado Constitucional por cuanto apunta a la satisfacción del interés público. De esta manera, el Estado de Derecho resulta mejorado, decantado y evolucionado.

Desde esa perspectiva, el acto administrativo está llamado a brindar previsibilidad cualitativa en la relación autoridades-ciudadanos, por lo que se enfoca en proteger la dignidad humana, realizando (haciendo realidad) los derechos humanos que constituyen su sustrato, por lo que deberá adecuarse su contenido y finalidad con exigencias formales y materiales de juridicidad.

La recepción de esquemas organizacionales de administración con los que se ha abandonado el modelo burocrático, caracterizado por un cierto tipo de normativista, tiene en las políticas públicas y en la administración por resultados ejemplos y razones que trasladan los temas éticos, al corazón mismo de la Administración Pública, con lo que la fundamental tarea del funcionario entrará en tensión por la intensidad con que estos elementos estén presentes en la psique de la persona que instruye y decide.

Si mediante los actos administrativos se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de los ciudadanos, es esperable que a partir de esta cuestión sus elementos y requisitos sean impactados, tal como se advierte de la tesis: “ACTO ADMINISTRATIVO DISCRECIONAL. SUS ELEMENTOS REGLADOS. Los elementos reglados de un acto administrativo emitido conforme a potestades discrecionales consisten en: a) el propio margen discrecional atribuido a la administración (entendido como el licenciamiento o habilitación preconfigurada por la ley) y su extensión; b) la competencia para ejercer esas facultades; c) el procedimiento que debe preceder al dictado del acto; d) los fines para los cuales el orden jurídico confiere dichas atribuciones; e) la motivación en aspectos formales y de racionalidad; f) el tiempo, ocasión y forma de ejercicio de aquéllas; g) el fondo parcialmente reglado (personas, cuántum, etcétera); h) los hechos determinantes del presupuesto; y, i) la aplicación de principios.”¹⁹⁸

¹⁹⁸ Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Materia(s): (Administrativa) Tesis: I.1o.A.E.29 A (10a.) Época: Décima, Registro: 2008759, Tipo de tesis: Aislada.

Lo anterior constituye un indicativo de que los principios deberán ser considerados en la construcción de los actos administrativos y que el Estado Constitucional no está exclusivamente enderezado en la limitación del poder de la Administración, sino que, en virtud de que son expresiones lejanas o directas de la Constitución y de sus preceptos sobre derechos humanos, deben promover y tutelar su protección empleando en esta fundamental tarea las herramientas que permiten llevar su actuación a zona de certeza, donde el elemento teleológico no resulte algo retórico, sino parte integral de la actuación administrativa.

5.7. Procedimientos administrativos.

La serie de formalidades y otros actos intermedios que dan al funcionario administrativo la instrucción necesaria para la creación, revisión o ejecución de actos administrativos son los procedimientos administrativos de primera generación. Se trata de protocolos que regulan la actuación autoritativa de los órganos administrativos en sus relaciones jurídicas con los ciudadanos, como resultado de las cuales puede crearse o restringirse una esfera de derechos, revisarse una decisión o ejecutarse.

En opinión de Barnes¹⁹⁹ una segunda generación de procedimientos administrativos tuvo por objeto la aprobación de normas administrativas de carácter infralegal, que son construidas -al menos teóricamente- mediante un mecanismo que es similar al proceso legislativo. Todo esto en el contexto de un proceso regulatorio vertical, que está en manos de una administración jerárquica e imperativa, con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada.

El mismo autor da cuenta de que la nueva tensión que se presenta para la función administrativa en materia de procedimientos administrativos es la ausencia de autarquía, ya que no lo sabe todo ni lo puede todo, por lo que, en consecuencia, necesita de las demás administraciones y del sector privado para realizar numerosas políticas públicas. Cuando la magnitud de los problemas excede la talla de una determinada administración o de la del Estado o cuando los *issues* están marcados por la incertidumbre, resulta necesario colaborar y gobernar de un modo diferente al tradicional. Así surge lo que puede denominarse políticamente como “gobernanza”.

Bajo el nuevo paradigma, dentro de un proceso continuo e inacabado, se establece un criterio que se aplica y proyecta en la práctica, en el que se vigilan y supervisan las

¹⁹⁹ Barnes J. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. No. 67, pp. 77-108.

consecuencias o efectos que generan, y se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado -como si se tratara no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento-. El proceso regulatorio se concibe así como un ciclo que está en permanente movimiento. Al respecto, resulta paradigmática la sentencia que se dictó en el Amparo en Revisión 378/2014, caso “Pabellón 13”, donde contrastó la actitud administrativa normativista con aquella otra que exige la atención del funcionario administrativo, en un *continuum* con el que se busca satisfacer la exigencia de progresividad, como se concreta en la tesis: “SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO. El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado Mexicano, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado Mexicano no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.”²⁰⁰

Esto plantea que la función administrativa no es lineal, que no se agota en un sola acción, sino que requiere de ciclos permanentes e inacabados de actuación que permitan verificar y controlar racionalmente si los resultados de un determinado procedimiento de la administración continúa siendo idóneo como respuesta o solución a un determinado *issue*

²⁰⁰ Semanario Judicial de la Federación. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.. Décima Época. Registro: 2007938. Tipo de tesis: Aislada. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), p. 1192

de administración pública y si con el mismo fueron respetados la dignidad humana y los derechos fundamentales.

5.8. Políticas públicas.

En opinión de Lahera²⁰¹, las políticas públicas son cursos de acción y flujos de información relacionadas con un objetivo público definido de una forma democrática; los que son desarrollados por funcionarios administrativos, con la participación de la sociedad. De una manera más operativa, Franco²⁰² las concibe como acciones de gobierno con objetivos de interés público que surgen de decisiones sustentadas en un proceso de diagnóstico y análisis de factibilidad, para la atención efectiva de problemas públicos específicos, en donde participa la ciudadanía en la definición de problemas y soluciones. En ambos casos, se advierte que se gestan en entornos de gobernanza.

Para Aguilar²⁰³ la contribución del estudio de las políticas públicas ha sido relevante en tanto que llevó al concepto y a la luz pública el procedo directivo del gobierno, el modo como se formulaban las políticas públicas, que son sus instrumentos directivos, a la vez que contribuyó a mejorar la calidad de las decisiones y de su gestión. Pero advierte este autor que no se puede pasar por alto que la disciplina nació y se estructuró en el contexto del patrón de gobernación que era propio de los Estados sociales de mitad de siglo XX y que se caracterizaba por el incuestionable protagonismo del gobierno en la dirección de la sociedad, mientras que hoy el problema de fondo consiste en que el papel directivo del gobierno ha cambiado en peso y estilo.

Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y preverá resultados. El mínimo es un flujo de información con relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones. El concepto es incluyente pues permite integrar en su diseño y operación una serie de actores: ciudadanía, grupos sociales y sector privado, etc. Se abandona la vieja idea de acuerdo con la cual las políticas públicas son materia exclusiva de las autoridades públicas. Esto permite democratizar las políticas públicas e incluir al sector privado que en su gestión o ciertos aspectos de éstas tiene la capacidad de coadyuvar con el Estado.

Aquellas acciones que el Estado realiza para cumplir con sus funciones se clasifican como: a) Políticas de Estado, que son acciones plasmadas en la Constitución, con

²⁰¹ Lahera Parada, E. *Introducción a las políticas públicas*. Fondo de Cultura Económica, p. 13.

²⁰² Franco Corzo, J. *Diseño de políticas públicas*. IEXE editorial, p. 86.

²⁰³ Aguilar Villanueva, L.F. *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica, p. 38.

preceptos claros que trascienden períodos de gestión gubernamental. Son implementadas únicamente por el Ejecutivo Federal y son de alcance general, su aplicación ocurre a nivel nacional y atiende a materia de índole estratégica; b) Políticas de gobierno, que son acciones cotidianas y permanentes que se instrumentan por ramos y competencias administrativas por parte de los órganos administrativos. Presentan ciertas características, a saber: 1) estar en los planes nacionales, estatales y municipales de desarrollo, 2) tener el sello distintivo de la administración en turno, y 3) en la práctica administrativa, en ocasiones se identifican como acciones discrecionales en las que no hay un respaldo técnico de las decisiones y no forman parte de una estrategia particular de gobierno; y c) Son acciones de gobierno con objetivos de interés público que surgen de decisiones sustentadas en un proceso de diagnóstico y análisis de factibilidad, para la atención efectiva de problemas públicos específicos, en donde participa la ciudadanía en la definición de problemas y soluciones.

El enfoque en la dignidad de la persona puede ahora ser entendida como una nueva perspectiva para concebir y diseñar las políticas públicas tendientes al desarrollo del ser humano en el marco de un proceso de concertación entre Estado y sociedad civil, donde la médula la constituye la incorporación de principios de interdependencia e integralidad de derechos humanos. Garretón²⁰⁴ afirma que los derechos humanos son el fundamento ético de la formulación y ejecución de políticas públicas y su objeto mismo en la medida que se dirigen a concretar, proteger o defender situaciones socialmente relevantes que implican violación de derechos humanos.

Los procesos que generaron el enfoque en los derechos humanos refuerzan la tendencia hacia la constitucionalización del Derecho, pues comparten las luchas por el reconocimiento y concreción de unos derechos que necesitan trascender de la formalidad legal hacia la realidad sustancial. La Constitución aparece entonces como el instrumento fundamental que puede dar la pauta para la concreción de tales aspiraciones. De su texto se deriva la existencia de políticas de Estado y políticas de gobierno, por lo que si se acepta que en el texto fundamental se establecen bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no son prescindibles al momento de diseñar la agenda pública y las políticas que la integrarán, es lógico sostener que las políticas públicas están estrechamente vinculadas con los derechos constitucionales y sus postulados en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben

²⁰⁴ Garretón, R. *La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas*. Comisión Andina de Juristas, pp. 27-48.

tender a realizar los bienes objeto de los derechos. Esto representa una tensión para los funcionarios pues conforme a estos razonamientos, las políticas públicas son programas de acción gubernamental con las que se busca concretar derechos establecidos en los principios constitucionales, conforme a una visión de derechos humanos, que desde un punto de vista normativo, se legitiman mediante directrices.

5.9. Directrices.

Lo propio de la actividad de dirección o gobernación es fijar las condiciones generales de actuación, que excedan del ámbito singular de actuación de cada órgano administrativo, orientando teleológicamente el rumbo que ha de seguir una determinada sociedad y los instrumentos normativos para hacerlo.

Dworkin²⁰⁵ plantea la existencia de “directrices” o “directrices políticas”, a las que considera estándares con un objetivo político, social o económico para la comunidad y para cuyo cumplimiento pueden tomarse en cuenta ciertas razones de cálculo político o utilitario. Estas directrices son de naturaleza normativa, por lo que deben ser generales en su contenido y ámbito de aplicación, por lo que no pueden estar dirigidas a una o más instituciones individualmente consideradas, sino a todas las entidades autónomas o a categorías genéricas de ellas. Si bien las directrices derivan del poder de dirección, su cumplimiento es materia de administración, por lo que es responsabilidad exclusiva del órgano administrativo dirigido. No pueden constituir órdenes ni sujetar a autorizaciones el ejercicio de facultades de los funcionarios administrativos, pero sirven para la elaboración de procedimientos y la uniformación de metodologías, pues identifican factores que contribuyen a la eficacia de los programas y ofrecen recomendaciones para una práctica eficaz. Aportan un marco para la aplicación de políticas y coadyuvan a garantizar la legalidad y eficiencia de la función pública.

La tensión que plantean está dada por un diseño e interpretación que ilustre a los funcionarios de manera puntual, específica, sin abandonar la tarea de protección de los derechos fundamentales y dignidad de la persona.

Conclusiones.

De los elementos y razonamientos expuestos se deduce la existencia de un paradigma en ciernes que ha generado diversas circunstancias que plantean tensiones conceptuales, éticas y jurídicas para el funcionario administrativo, que lo lleva a un reposicionamiento en tales aspectos para el desarrollo de su actividad.

²⁰⁵ Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, p. 72

Cuando aún en el discurso se maneja de modo consistente el concepto Estado de Derecho y es evidente que su presencia es intensa en el sistema jurídico nacional; hemos asistido ya a los primeros trazos de un Estado Constitucional de Derecho en el que las bases provenientes y evolucionadas del paradigma decimonónico resultan cuestionados por un fenómeno que tiene que ver con el respeto por la dignidad del ser humano.

La labor del funcionario se torna más compleja aún, por la exigencia de que en sus decisiones se encierren elementos objetivos y valorativos que las justifiquen bajo el nuevo paradigma, en el que la eficiencia y la eficacia son una premisa y no un resultado, para lo cual deberán emplear el bagaje de herramientas que el Derecho proporciona para esta nueva circunstancia. Se trata de un proceso ideológico que desciende por todo el entramado normativo y genera reales procesos de constitucionalización virtual de todo el sistema legal, que abandonará mediante un proceso lento pero continuo, la cómoda seguridad de la literalidad y la jerarquía normativas para entrar en arenas movedizas donde será necesario que las decisiones administrativas se justifiquen, expliquen, y se transparenten, pues el interés general que orienta a la función administrativa deberá integrar el respeto por la dignidad de la persona y en esto radicará, en términos amplios, el verdadero motivo de tensión para el funcionario administrativo.

Bibliografía.

- AGUILAR VILLANUEVA, Luis Fernando. *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- BARNES, JAVIER. *Tres generaciones del procedimiento administrativo*. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. *Remover los dogmas*. Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El nuevo constitucionalismo y el Derecho Administrativo*.
- COMADIRA, Julio Rodolfo. *El Juez contencioso administrativo y el principio de juridicidad (legalidad administrativa)*. Los intereses a proteger.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel Derecho.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta.
- FRANCO CORZO, Julio. *Diseño de políticas públicas*. IEXE editorial.
- GARRETÓN, Roberto. *La perspectiva de los derechos humanos en el diseño y ejecución de las políticas públicas*. Comisión Andina de Juristas.

- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, FDA.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. UNAM, 2001.
- LAHERA PARADA, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas*. Fondo de Cultura Económica.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *El control de convencionalidad en la Administración Pública*. Editorial Novum.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Abeledo Perrot.
- POZZOLO, Susana. *Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista*. En Carbonell M. et al. *El canon neoconstitucional*. Editorial Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y Garantismo*.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*. Editorial Novum.
- SAGUER, Martha Franch I. *El interés público: La ética pública del Derecho Administrativo*. En Fernández Ruiz, J. *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*.
- SAGGESE, Federico. *El derecho a un nivel de vida adecuado. Discurso jurídico y dimensión judicial. Perspectiva desde el Derecho Constitucional y Administrativo*. Librería Editorial Platense.
- VIGNOLO CUEVA, Orlando. *La cláusula del Estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta.

Fuentes jurisprudenciales.

- Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima. Registro: 2004633. Tipo de tesis: Aislada. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.66 A (10a.). Página: 1724.
- _____Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima Registro: 2008956. Tipo de tesis: Aislada. Materia(s): (Constitucional) Tesis: I.1o.A.E.48 A (10a.)
- _____Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima. Registro: 2004199. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3. Materia(s): Constitucional. Tesis: VI.3o.A. J/4 (10a.), p. 1408

_____Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Época: Décima. Registro: 200773. Tipo de Tesis: Aislada. Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), p. 602.

_____Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo en revisión 378/2014*, p. 59

<https://www.scjn.gob.mx/segundasala/asuntos%20lista%20oficial/AR-378-2014.pdf>. Consultado el 9 de abril de 2015.

_____Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Registro: 199549. Tipo de tesis: Jurisprudencia. Tomo V, Enero de 1997. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.3o.A. J/16. p. 383.

_____Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época, Registro: 179659, Tipo de tesis: Aislada, Tomo XXI. Enero de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: IV.2o.A.122 A, p. 1723.

_____Tribunales Colegiados de Circuito. Época: Décima. Registro: 2008770. Tipo de tesis: Aislada. Libro 16, Marzo de 2015, Tomo III. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.1o.A.E.30 A (10a.). Página: 2365.

_____Tribunales Colegiados de Circuito. Materia(s): (Administrativa) Tesis: I.1o.A.E.29 A (10a.) Época: Décima, Registro: 2008759, Tipo de tesis: Aislada.

_____Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Décima Época. Registro: 2007938. Tipo de tesis: Aislada. Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. CVIII/2014 (10a.), p. 1192

Recepción: 26 de octubre de 2015.

Aceptación: 29 de diciembre de 2015.